



DERECHOS SOCIALES Y TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

GUILLERMO ESCOBAR ROCA
(DIRECTOR)

THOMSON REUTERS
ARANZADI



Nota de Autoría

La obra ha sido dirigida por Guillermo ESCOBAR ROCA, quien estableció las líneas conceptuales y metodológicas comunes y el esquema básico a seguir en cada capítulo. Asimismo, el director de la obra distribuyó el trabajo entre los autores y supervisó la versión provisional de sus textos, indicando a las modificaciones pertinentes para garantizar la coherencia del conjunto. Seguidamente, los autores modificaron sus textos, en la medida de lo posible y sin renuncia a su libertad de criterio, teniendo en cuenta tales indicaciones.

La obra ha sido sometida a evaluación externa de dos expertos independientes.

La autoría de cada apartado o capítulo figura en las notas a pie de página que acompañan a los títulos correspondientes, así como en la reseña de autores que aparece al final de este volumen.

Abreviaturas

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BIC	Bien de Interés Cultural
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
BVerfGE	Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil
CDF	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CDN	Convención de los Derechos del Niño de 1989
CDPD	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006
CE	Constitución española de 1978
CEDAW	Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950
CEDR	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales
CES	Consejo Económico y Social
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CI	Constitución italiana de 1947
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas
CISNS	Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud
Comité CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

Comité DESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CP	Ley Orgánica 10/1995, de Código Penal
CRFB	Constitución brasileña de 1988
CRP	Constitución portuguesa de 1976
CSE	Carta Social Europea de 1980
DA	disposición adicional
DT	disposición transitoria
DF	disposición final
DFSP	derechos fundamentales sociales de prestación
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948
EA	Estatuto de Autonomía
ECOSOC	Consejo Económico y Social
EPU	Examen Periódico Universal
ET	Real Decreto Legislativo 1/1995, de texto refundido del Estatuto de los Trabajadores
FIO	Federación Iberoamericana de Ombudsman
INDH	Instituciones Nacionales de Derechos Humanos
INE	Instituto Nacional de Estadística
JEC	Junta Electoral Central
LAI	Ley 54/2007, de Adopción Internacional
LAJG	Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita
LAP	Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica
LAU	Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos
LBRL	Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local
LC	Ley 55/2007, del Cine
LCC	Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud
LCSP	Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público
LD	Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia
LE	Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LECiv	Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil

LEMPE	Ley 55/2003, de Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud
LFB	Ley Fundamental de Bonn de 1949
LGS	Ley 14/1986, General de Sanidad
LGSP	Ley 33/2011, General de Salud Pública
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social
LJCA	Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LJS	Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social
LLLB	Ley 10/2007, de la Lectura, del Libro y las Bibliotecas
LM	Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios
LO	Ley Orgánica
LODA	Ley Orgánica 1/2002, del derecho de asociación
LODE	Ley Orgánica 8/1985, del Derecho a la Educación
LODH	Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen
LODP	Ley Orgánica, del Defensor del Pueblo
LOE	Ley Orgánica 2/2006, de Educación
LOED	Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación
LOFCA	Ley Orgánica 8/1980, de Financiación de las Comunidades Autónomas
LOI	Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial
LOPJM	Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor
LOREG	Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores
LOTG	Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional
LOU	Ley Orgánica 6/2001, de Universidades

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

LOVG	Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género
LPC	Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LPH	Ley 49/1960, de Propiedad Horizontal
LPHE	Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español
LPI	Real Decreto Legislativo 1/1996, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
LPL	Real Decreto Legislativo 2/1995, de texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales
LS	Real Decreto Legislativo 2/2008, de Texto Refundido de la Ley del Suelo
OACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OG	Observación General
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OM	Orden Ministerial
ONG	Organización no gubernamental
PE	Parlamento Europeo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966
RD	Real Decreto
RDCSC	Real Decreto 1030/2006, de Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de salud
RE	Real Decreto 557/2011, de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCC	Sentencia de la Corte Constitucional italiana
SNS	Sistema Nacional de Salud
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Abreviaturas

STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TIC	Tecnologías de la Información y de la Comunicación
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

Nota Preliminar

Hace ahora doscientos años, el constituyente de Cádiz afirmaba que «El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen» (art. 13) y poco antes (1780), en el momento fundacional del constitucionalismo, al otro lado del Atlántico, decía MADISON que «el verdadero bienestar de la gran masa del pueblo es el supremo fin que debe perseguirse y que ninguna forma de gobierno, sea cual fuere, tiene valor sino en cuanto se adapte a la consecución de este fin». Como es sabido, la Constitución de los Estados Unidos no llegó a incluir (y sigue sin hacerlo) un catálogo de derechos sociales pero eso no fue óbice para que, como recuerda SUNSTEIN, éstos fueran reconocidos, por vía de conexión con otros derechos, en los mejores momentos de la Historia constitucional de ese país. Como se expondrá en el capítulo II, ésta es hoy la tendencia general, bien ejemplificada, últimamente, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frente a nuestro más reticente Tribunal Constitucional. Al final, como apuntábamos en nuestro primer libro (1993), con apoyo en HELLER, las razones morales (y no la lectura aislada de un desafortunado precepto) son siempre las decisivas y, como mostraremos en los capítulos III y IV, parece haber acuerdo en la Filosofía política contemporánea (por todos, SEN), fundada en los valores (también constitucionales) de dignidad y libertad (reales y efectivas), que moralmente tan importantes son los derechos sociales como los demás.

Asumiendo una importante tradición, no mayoritaria en Estados Unidos pero bien presente, por ejemplo, en el clásico constitucionalismo francés* y en el socialismo democrático (constitucionalizado en 1931 y hecho suyo por

* La Editorial que nos acoge acaba de publicar, con cuidada presentación de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, un opúsculo anónimo, impreso en 1797, titulado *Derechos del hombre y del ciudadano con varias máximas republicanas y un discurso preliminar dirigido a los americanos*, donde se incluye la primera traducción al castellano de la Declaración francesa de 1793: su lectura pone a las claras que los derechos sociales no son una construcción reciente o parcial sino que pertenecen a la esencia misma del constitucionalismo originario, al menos en Europa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la concepción originaria del Estado social), el constituyente español de 1978, con buen criterio, pretendió «promover el bien» de los integrantes de la nación española y un «orden económico y social justo», así como «asegurar a todos una digna calidad de vida», y a tal fin reconoció un amplio catálogo de derechos sociales y simultánea y complementariamente abrió el camino para la superación de las discriminaciones contra los colectivos en situación de vulnerabilidad. La intención del constituyente de orientar la política hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la persona era clara y firme (relean si no el art. 9.2), un elemento esencial del consenso de aquel entonces.

Sin embargo, treinta y tres años después el estudio de los derechos sociales (o quizás más bien su comprensión como materia constitucional) permanece prácticamente inédito entre nosotros, en parte con la excusa de una apresurada lectura del artículo 53.3 de nuestra Constitución. Pese a algunos brotes verdes en sentido contrario, la consulta de los programas de la asignatura Derecho constitucional impartida en nuestras Facultades de Derecho y de los correspondientes manuales ofrece un resultado desolador: los derechos sociales (educación, trabajo, Seguridad Social, salud, vivienda y cultura), ampliamente regulados como derechos (al menos, según la interpretación literal) en la norma fundamental, apenas aparecen y, cuando lo hacen, figuran diluidos en un apartado, escasamente importante en el contexto general de la asignatura, sobre los «principios rectores de la política social y económica». Existe sin duda una relación entre desatención política y judicial y desatención dogmática hacia uno de los componentes esenciales del pacto constituyente. La laguna científica (la que aquí interesa destacar) es grave, pues a los futuros juristas se les acaba ofreciendo la imagen de un Derecho constitucional centrado en el análisis del poder y de una parte de los derechos (los derechos liberales), cuando lo que seguramente más interesa a los ciudadanos es su bienestar material. En cierto modo, también se hace política desde la academia y un Derecho constitucional construido al margen de los intereses de los ciudadanos dificulta enormemente la consecución del objetivo principal de toda Constitución (HESSE): la integración sociopolítica, la creencia de los ciudadanos en la legitimidad del poder. Ninguna duda cabe de que un poder que no otorga bienestar a los ciudadanos tiene serios problemas de legitimidad. Alguna de las causas, ideológicas y sociológicas, de la aludida laguna dogmática se exponen en el capítulo I, pero no es éste el momento de mirar al pasado sino al futuro, reivindicando algo tan simple como el programa normativo de 1978, pese a la siempre borrosa línea (uno de los quebraderos de cabeza de los autores de la presente obra) entre lo constitucionalmente exigido (el mal llamado contenido mínimo de los derechos sociales) y lo constitucionalmente deseable.

Aunque los presupuestos metodológicos de esta obra también se exponen (resumiéndose en siete máximas) en el capítulo I, conviene adelantar algunas ideas esenciales. Partimos de un convencimiento fundamental: la ciencia del Derecho (permítasenos la licencia de llamarla así, no es éste el momento de tratar la espinosa cuestión del estatuto epistemológico de la dogmática) puede progresar y este progreso sólo puede lograrse construyendo (tras la parcial renuncia de nuestra doctrina a tratar de los derechos sociales se encuentra seguramente la dificultad de los juristas de construir –así, ZAGREBELSKY–), de manera colectiva (esta obra lo es, en el estricto sentido del término) y en diálogo crítico con la doctrina (y jurisprudencia) anterior (española y extranjera), *haciendo* dogmática. Algunos lectores del manuscrito se han sorprendido del tono excesivamente crítico (inusual entre nosotros) de algunas páginas, pero lo creímos imprescindible: pedimos disculpas a los colegas que puedan sentirse molestados y nos defendemos diciéndoles que si hemos contestado sus tesis fue porque nos parecieron de altura. El jurista no debe renunciar a su vocación intelectual, esto es, crítica, y el Derecho positivo bien lo admite, pues como también mostró ZAGREBELSKY, el ordenamiento es, hasta cierto punto (matizaríamos), dúctil, y más todavía lo admite el ideal al que sirve, que es la justicia (incluyendo, naturalmente, la justicia social), ahora constitucionalizada (art. 1.1). Desde luego, como señala POSTMAN, con cita de HUXLEY, «todos somos grandes abreviadores, es decir, ninguno de nosotros tiene el entendimiento suficiente para conocer toda la verdad ni la oportunidad para explicarla ni (aun si creyéramos que la poseíamos) una audiencia tan crédula como para aceptarla». Ojalá esta obra pueda ser también objeto de crítica, pues eso significaría que tiene algún valor.

Nuestra actividad no consiste sólo en contar cosas (tarea descriptiva) de una manera ordenada (tarea sistemática) o en proponer atribuciones de significado a los textos jurídicos (tarea interpretativa) sino también y sobre todo en construir categorías orientadoras y explicativas, tarea esta última a la que sólo puede llegarse desde una teoría de la Constitución, en término que ha hecho fortuna, «constitucionalmente adecuada». A nuestro juicio, el progreso de la dogmática constitucional tiene que lograrse, sobre todo, por tres vías esenciales complementarias, que hemos intentado transitar en esta obra: la conexión entre parte general (quizás todavía no teoría) y parte especial (esto es fundamental, y el Derecho constitucional está todavía muy lejos, p. ej., de los avances al respecto del Derecho civil y penal), el análisis constitucional (crítico) del legislador (lo específico del punto de vista constitucional, frente al positivismo legalista dominante en otras ramas del Derecho) y la atención a la realidad social, buscando soluciones (orientando a la clase polí-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tica y a los tribunales) a los problemas que en cada momento histórico preocupan a los ciudadanos.

No nos engañemos ni pretendamos engañar. Frente al «mito tecnocrático de la jurídica neutralidad» (Elías Díaz), todo estudio de dogmática constitucional tiene unos presupuestos y consideramos que la honestidad académica exige explicitarlos (así, en los capítulos III y IV). Otro de los motivos del escaso desarrollo entre nosotros de la dogmática de los derechos sociales es el fuerte condicionante de una serie de prejuicios, que suelen jugar en contra de su plena aceptación como derechos. En no pocas ocasiones, el tratadista queda tan exhausto de defenderse de tales críticas que no le restan fuerzas para construir una dogmática de los derechos propiamente dicha (lo que intentamos en el capítulo IV). Por ello, previamente (capítulo III), despejamos el camino, demostrando, en síntesis, que los derechos sociales (y su marco fundamental, el Estado social) no sólo no contradicen sino que complementan y refuerzan los demás elementos centrales de nuestra estructura constitucional: sobre todo, como ya apuntábamos, los principios de dignidad y libertad, pero también el Estado de Derecho, la democracia y, por qué no decirlo, la economía de mercado, rectamente entendida en su contexto.

Nuestra partitura no gustará ni a los acomodaticios juristas del sistema («todo va bien») ni a los apocalípticos juristas anti-sistema («el Derecho, y en especial el derecho subjetivo, no ayuda e incluso dificulta la transformación social»). Nos sentimos más cómodos con JUDT («algo –es decir, no todo– va mal») e incluso llegamos a defender que el Estado social funciona razonablemente bien en nuestro país, al menos en comparación con la democracia y el Estado de Derecho, pero que es mejorable y que para esa mejora el instrumento más adecuado no es otro que el Derecho mismo. Los autores de la obra no representan un movimiento ideológico determinado (cuenta DAHRENDORF que acabó huyendo del famoso Instituto donde se fraguó la escuela de Frankfurt por su autoritarismo académico, y no queremos que nadie huya) pero sí comparten una línea de pensamiento más o menos homogénea, con un cierto tono generacional (la mayor parte hemos nacido entre 1960 y 1975), que no propugna un cambio de paradigma (ni siquiera una reforma constitucional) pero que quizás se enfrenta, en parte, a la dogmática aún dominante (aunque cada vez menos) en España. La ideología que compartimos no es otra que la del constituyente de 1978. No deja de resultar curioso que reivindicar los valores de entonces resulte hoy algo extraño: la inercia de las ideas preconcebidas (la omnipotencia del legislador en materia social o la reserva de lo económicamente posible, entre otras) es tan fuerte que tomarse la Constitución (toda ella) en serio parece casi «sospechoso, [quizás] el destino inevitable del hombre de ciencia dedicado a temas sociales» (FRAGA, 1973). A nuestro entender,

no es necesario reivindicar una nueva cultura de los derechos, como a veces se demanda desde una izquierda pretendidamente innovadora: todo está dicho ya en el texto de 1978, y aun antes, en 1966 e incluso en 1948, cuando las Naciones Unidas reconocieron al mismo nivel los derechos sociales y los derechos liberales. No hay que reformar los textos, sino otorgar el mismo peso a los valores que los textos reconocen, no hay que propugnar la transformación de las conciencias sino sencillamente aplicar la Constitución vigente. En definitiva, esta obra pretende transitar el camino propuesto por BOBBIO en 1976, con cita de SPINOZA, rechazando las construcciones quiméricas, sólo realizables en el reino de la utopía, pero también la apología de lo existente; utilizando la atractiva propuesta del novelista Houellebecq, no somos ni revolucionarios ni profetas sino, en su caso, precursores, esto es, no pretendemos «imprimir una nueva dirección a los acontecimientos» sino servir de «acelerador histórico» de una tendencia, en nuestro caso, del pensamiento jurídico (la que concibe los derechos sociales como auténticos derechos), adelantada con rigor desde fines del pasado siglo por algunos autores de origen latinoamericano (especialmente, ABRAMOVICH y COURTIS), que por cierto nos acompañan en esta misma obra.

La igualdad material o del punto de llegada, reivindicada (no se olvide) por el socialismo real y erróneamente propuesta como fundamento de los derechos sociales, no puede jurídicamente imponerse (y es muy dudoso que la Constitución la permitiera: una sociedad bien ordenada reclama un margen a la autonomía de las personas y la retribución del mérito, principios ambos incompatibles con el socialismo real) pero los documentos internacionales y la Constitución sí parecen exigir la igual satisfacción de las necesidades básicas, un mínimo contenido de los derechos sociales, y aquí todavía, dogmáticamente, ni siquiera hemos llegado. No se defienden en esta obra ni el liberalismo extremo ni el socialismo igualitario, por la sencilla razón de que ninguno de ellos cabe en la Constitución. El socialismo democrático (desde cualquiera de sus dos principales versiones, la socialdemocracia y el llamado socialismo liberal) no es una alternativa a la Constitución sino que está presente en la Constitución misma. La palabra todavía asusta, pero como ya demostró BALDASARRE (y ha recordado recientemente JUDT), la derecha europea ha asumido sus postulados esenciales, como parte del pacto constituyente que son.

Restan algunas reflexiones más pedestres, pero igualmente necesarias, sobre la artesanía de este libro. También desde este punto de vista la obra tiene, creemos, bastante de original. No es ésta la ocasión de lamentarse sobre el actual momento de nuestra Universidad (en caída libre, salvo que los nuevos gobernantes pongan pronto fin a los desmanes), que indudablemente condiciona (negativamente) proyectos como éste; otros lo han hecho con singular acierto, y a ellos nos remitimos. El desprecio a los profesores causa más daño a

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la ciencia que los recortes presupuestarios. Desde luego, la versión a la española del llamado proceso de Bolonia («Europa como excusa», nuevamente Elías Díaz) no ayuda mucho al progreso del conocimiento y menos aún los oscuros y poco racionales criterios (si es que los hay) y procedimientos de evaluación de nuestra actividad: de habernos plegado a ellos nunca habiéramos escrito este libro. También hemos luchado contra el tan denostado individualismo español (en el conocido ensayo de FORD de 1845, considerado por GIBSON el «más importante escrito nunca sobre España por un extranjero», aquél señaló, como la característica principal de nuestro pueblo, su «tendencia anti amalgadora», su rechazo a unir fuerzas para un propósito común) y contra el también hispánico adanismo («hábito de comenzar una actividad cualquiera como si nadie la hubiera ejercitado anteriormente», según la RAE), practicando una forma de trabajar tan escasa como necesaria. Por el contrario, nos hemos beneficiado (no todo es negativo en el nuevo modelo universitario español) de la flexibilización de las jerarquías académicas y de la consiguiente apertura de los grupos de investigación, que han rebajado en mucho la tradicional dificultad de aunar esfuerzos desde diferentes «escuelas».

Hemos realizado también un esfuerzo de diálogo entre juristas de diversas áreas de conocimiento, combatiendo la habitual resistencia (también, nuevamente, peculiar de nuestro país) de los constitucionalistas a bajar al Derecho infraconstitucional y de los demás juristas a enjuiciar las leyes y reglamentos desde la perspectiva constitucional. Como decíamos, el positivismo legalista está todavía más vivo de lo que parece entre nosotros, y si nos tomamos en serio la Constitución resulta necesario atemperarlo en algún modo.

Apenas existe tradición en nuestro país de reconstrucción global y colectiva, más allá de la glosa jurisprudencial o de la exégesis legal, de un amplio sector de nuestro ordenamiento constitucional. Desde un comienzo, la obra (originalmente pensada para un objetivo más modesto, completar los materiales docentes del Máster que desde hace varios años dirigimos sobre «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica») se diseñó conforme a un amplio plan de actuación, con detallados índice y metodología. Como Director, hemos discutido con los otros treinta y tres autores las primeras versiones de sus contribuciones, sugiriendo sobre todas ellas numerosas alteraciones, normalmente significativas. La mayor parte aceptaron bastantes de nuestras propuestas, lo que ha conducido a un resultado final, creemos, bastante coherente, al menos en el uso de las categorías. Una cierta disparidad ideológica entre los autores, como decíamos, nos parece saludable.

Siguiendo con alguna libertad a HECLO, hay dos tipos de profesionales: los preocupados por acumular papeles (los certificados de viajes, cargos y proyectos científicamente irrelevantes pero al parecer bien valorados –¡más que los

libros!— por nuestros anónimos evaluadores) y los que «piensan institucionalmente», aportando su grano de arena al progreso colectivo, lo que exige vocación y generosidad. Si esta obra ha logrado contribuir en algo a ese progreso, se debe sin duda a que sus autores han demostrado ambas cualidades. A todos ellos, nuestro agradecimiento por su paciencia y dedicación.

Una reflexión final sobre el momento en que se publican estas páginas (el libro se cierra con la IX Legislatura y la convocatoria de elecciones generales), entre dos Gobiernos. Comenzamos a trabajar antes de la crisis y cerramos la obra con ella, cuando el desempleo y la pobreza alcanzan niveles moral y políticamente inaceptables en nuestro país. Para un jurista que realmente lo sea, lo que es moral y políticamente inaceptable no puede ser jurídicamente aceptable. De la crisis sólo hablamos expresamente en una ocasión (capítulo III), aunque el tema está implícito en toda la obra. Esta parcial omisión resulta significativa: si los derechos sociales son fundamentales, siguen siéndolo con la crisis. No cabe aquí mutación constitucional sino defensa (nuevamente) del Estado social, como baluarte frente a los retrocesos más flagrantes, cuestión ésta sí, abordada con detalle (aunque todavía en un plano general) en nuestro capítulo IV. Esperemos que la obra pueda arrojar alguna luz a los futuros gobernantes y que aporte argumentos útiles frente a los recortes (seguramente uno de los temas estrella del inmediato momento constitucional) que al parecer se avecinan.

Por último, agradecemos a las instituciones colaboradoras (sendos proyectos financiados por la AECID y por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nos permitieron reunir en cuatro ocasiones a parte de los autores) y, con sincero afecto, a cuantos nos han apoyado, especialmente a quienes han leído (y criticado) partes del manuscrito (sus nombres figuran en la nota al pie que acompaña a algunos capítulos), al centenar largo de colegas que han colaborado (algunos desde 2001) o colaboran (muchos de ellos presentes también en esta obra) en la apasionante aventura del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica, así como, por su generosidad, en un momento difícil de nuestra carrera, a los profesores Francisco BASTIDA, Roberto BLANCO, Raúl CANOSA, José Luis CASCAJO, Marc CARRILLO, Fernando REY, Pablo SANTOLAYA, Antonio TORRES, Manuel TEROL y Eduardo VÍRGALA.

Guillermo Escobar

Madrid, diciembre de 2011

PRIMERA PARTE

PARTE GENERAL

Capítulo I

Introducción

1. OBJETO Y MÉTODO*

1.1. APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL OBJETO DE ESTUDIO

Para comenzar, se hace preciso justificar la existencia de un objeto de estudio autónomo, de una parcela de la realidad relativamente homogénea, merecedora de un análisis independiente. En primer lugar, «derechos sociales» o, con mayor exactitud, derechos fundamentales sociales de prestación, que es el tema de la primera parte de esta obra, como más detalle se precisará (*infra*, III, 1.2 y IV, 2). Existe una reciente corriente doctrinal, que en líneas esenciales suscribimos, que viene a sostener que los derechos sociales no son sustancialmente diferentes a los demás derechos (a los que llamaremos, para abreviar y destacar mejor el contraste, derechos liberales), tesis que podría convertir en desafortunado un estudio separado de aquéllos. Además, desde el Derecho positivo español (punto de vista que será el adoptado en esta obra), los derechos sociales no conforman, al menos expresa y formalmente, un bloque determinado de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE o la Constitución): aunque todos son «derechos fundamentales» (título I), algunos se consideran «derechos fundamentales y libertades públicas» (la educación), otros «derechos y deberes de los ciudadanos» (el trabajo) y otros «principios rectores de la política social y económica» (la Seguridad Social, la salud, la cultura y la vivienda). Sin embargo, desde siempre y claramente al menos desde 1966 (cuando en Naciones Unidas se decidió regular en textos separados los derechos civiles y políticos –en nuestra terminología, derechos liberales–, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales –en nuestra terminología, derechos sociales– por otro) la dogmática ha

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

realizado un estudio independiente de los derechos sociales, y por algo será. Sin duda, todos ellos comparten un cierto «aire de familia», que se resume en tres características comunes: un origen histórico y sobre todo ideológico diferente al propio de los derechos liberales, una estructura característica básicamente prestacional y una dificultad persistente de ser aceptados, por la doctrina y jurisprudencia dominantes, como derechos tan importantes como los derechos liberales, seguramente por lo que implican de límite a una concepción expansiva de la economía de mercado.

Si queremos mantener una mínima homogeneidad del objeto de estudio (esencial para la construcción de una dogmática general, como la que desarrollamos en el capítulo IV) hemos de dejar fuera dos derechos habitualmente llamados «sociales» que no responden en su estructura básica o característica a los elementos propios de los derechos de prestación: la libertad sindical y la huelga.

¿Cuáles son entonces los derechos sociales? En un estudio de esta índole (jurídico, como se verá) ha de partirse, obviamente, de las clasificaciones de los derechos presentes en el Derecho positivo. La Constitución no ayuda mucho a ello: desde el comienzo la crítica a la clasificación de los derechos del constituyente fue unánime y no conviene reiterar en la dogmática el error del constituyente. Sin embargo, existe otro texto más claro, vigente en España y de mayor proyección (aunque la dogmática es «ciencia nacional», no debería caer en el «provincianismo»), que nos ofrece la pista fundamental a seguir: derechos sociales son los incluidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (en adelante, PIDESC), el cual, por cierto, no amplía el catálogo ya presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (en adelante, DUDH) y que responden a la estructura de los derechos de prestación, que son formulados en el propio Pacto como derechos y que son además reconocidos en la CE, esto es, por el orden del propio PIDESC: derecho al trabajo y al trabajo en unas determinadas condiciones, para abreviar, derecho al trabajo digno (arts. 6 y 7 PIDESC y 35.1 CE), derecho a la Seguridad Social (arts. 9 PIDESC y 41 CE¹), derecho a la vivienda (arts. 11.1 PIDESC² y 47 CE), derecho a la salud (arts. 12 PIDESC y 43.1 CE), derecho a la educación (arts. 13³ y 14 PIDESC y 27 CE) y derecho a la cultura (arts. 15.1 PIDESC⁴ y 44.1 CE). El artículo

1. El art. 41 CE no reconoce expresamente un derecho a la Seguridad Social sino un mandato a los poderes públicos de mantenerla. Sin embargo, como veremos (*infra*, III, 1.3) mediante la interpretación puede llegar a concluirse la existencia de un derecho.
2. El art. 11 PIDESC reconoce otros derechos pero que carecen de paralelo en la CE.
3. El art. 13.3 y 4 PIDESC reconoce derechos educativos no prestacionales, que no serán abordados en la presente obra.
4. El art. 15 PIDESC reconoce también derechos culturales no prestacionales, que no serán abordados en la presente obra.

10 PIDESC merece una mención especial: en sus tres párrafos impone, respectivamente, obligaciones de actuación a los Estados Partes en materia de familia, maternidad y niñez (y en similares términos, paralelamente, el art. 39 CE), pero sin el reconocimiento expreso de derechos. Por tanto, al menos de momento, estas obligaciones de protección no configuran derechos sociales.

Al listado de seis derechos sociales comunes al PIDESC y a la CE añadimos otros tres, lo que exige una justificación especial (*infra*, IV, 1, y los capítulos adonde allí se remite): el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a los servicios sociales y el derecho al mínimo vital.

Un tema próximo al de los derechos sociales pero relativamente independiente de él (de ahí la dualidad de conceptos –separados por la conjunción «y»– presente en el título de la obra) es el de la tutela antidiscriminatoria; como acabamos de ver, el propio PIDESC añade al catálogo de derechos algunos mandatos de protección no articulados expresamente en forma de derechos. La elección del título de la tercera parte de la obra no resultó fácil y optamos por escoger el menos malo. Los otros términos que suelen emplearse para denominar a este sector de la realidad, «derechos de los grupos» o «protección de colectivos desaventajados» nos parecían menos afortunados. Como se demostrará cuando proceda (*infra*, III, 1.2 y IV, 5.1.1), los derechos son, sobre todo, de las personas individuales. Por otro lado, el término desaventajado, que hace referencia a una realidad sociológica, no siempre encaja bien con la situación real de la sociedad actual. Sin embargo, en todos los casos, el ordenamiento incluye mandatos de actuación que, de un modo u otro, tienen por finalidad (no única pero sí principal) contribuir a paliar la desigualdad real de un grupo de personas, más o menos amplio y determinado, y si esto es así es porque existe una cierta discriminación (*normalmente* fáctica y no jurídica) contra dicho grupo. Los grupos escogidos (la nómina sin duda podría ampliarse) fueron siete: niños y adolescentes, mujeres, personas mayores, inmigrantes, emigrantes, homosexuales y gitanos. La CE establece expresas obligaciones de protección sólo en algunos casos pero estamos convencidos que si hoy la Constitución volviera a escribirse se referiría también a los grupos entonces olvidados. En todo caso, para todos los grupos existen obligaciones positivas de actuación legalmente establecidas, y cuando el legislador las establece, suele señalar que cumple obligaciones constitucionales implícitas, conclusión ésta a la que puede llegarse mediante la interpretación jurídica.

Reconocemos, en todo caso, que la división radical (radical sólo por la separación formal entre las partes II y III de la obra) entre derechos sociales y tutela antidiscriminatoria es convencional e histórica. Todos los derechos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales incluyen un mandato implícito de tutela antidiscriminatoria y dicha tutela es frecuentemente articulada en forma de derechos subjetivos (*infra*, III, 2.3.8), aunque todavía sin llegar a configurar, de manera expresa, derechos fundamentales. Se trata seguramente de una coyuntura concreta, pues la tendencia parece ser la configuración de mandatos de tutela antidiscriminatoria como derechos fundamentales⁵. Sea como fuere, a efectos prácticos, la separación tampoco es tajante hoy: si por la existencia de mandatos constitucionales expresos o por la deducción de los mismos mediante la interpretación se considera que las obligaciones legales de protección tienen naturaleza constitucional, el nivel de garantía al que finalmente se llega puede ser similar al propio de los derechos fundamentales. La técnica del derecho subjetivo (presente, por definición, en los derechos sociales) es una más (como veremos, no siempre la más adecuada) entre las posibles y los intereses subyacentes pueden quedar bien protegidos sin necesidad de acudir a dicha técnica.

Los derechos sociales y la tutela antidiscriminatoria pueden ser estudiados desde diversas perspectivas (sobre todo cinco: histórica, filosófica, política, sociológica y jurídica), todas ellas complementarias. No pretendemos sin embargo un análisis netamente interdisciplinar de ambas materias sino centrado en una de ellas, la jurídica. En el apartado siguiente precisaremos algo más sobre la necesidad de conectar las distintas perspectivas de estudio de una misma materia.

1.2. RETOS DOGMÁTICOS DE LA PRESENTE OBRA

En ocasiones anteriores hemos intentado describir con algún detalle la situación actual de la dogmática constitucional y de la dogmática de los derechos en particular, así como sus perspectivas de futuro, y a esos trabajos remitimos⁶. En síntesis, y centrándonos en las consideraciones atinentes a nuestro objeto de estudio, consideramos que una dogmática adecuada de los derechos sociales, que implicara un progreso en su conocimiento científico (la ciencia del Derecho también puede –y a nuestro juicio debe– evolucionar), debería adoptar las siguientes pautas metodológicas, que obviamente

5. El documento más importante de la última década, la CDF, ya apunta en esta dirección; véanse si no los arts. 24 («derechos del niño») y 25 («derechos de las personas mayores»), que cuentan con sus paralelos, respectivamente, en los arts. 39.2 a 4 y 50 CE. A nivel universal, el último documento relevante en materia de derechos humanos es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, texto que, superando documentos anteriores sobre la misma materia, incorpora plenamente la perspectiva de derechos: véase, p. ej., el art. 19 CDPC (entre otros muchos del mismo texto), que cuenta con el paralelo del art. 49 CE.

6. Sobre todo, ESCOBAR ROCA, en prensa.

hemos intentado seguir en esta obra, y en especial en los capítulos de los que somos directamente responsables:

- a) Hay que construir, «hacer doctrina»⁷, sin temor a ser originales y sin apoyarse *sólo* en la jurisprudencia (la dogmática la hacen los profesores, no los jueces⁸), evitando caer en el «positivismo jurisprudencial»⁹: obviamente, han de tenerse en cuenta, al menos, las sentencias del Tribunal Constitucional (pues en nuestro sistema son fuente de Derecho, arts. 164 CE y 5.1 LOPJ), pero estas resoluciones judiciales, como las demás, deben ser analizadas críticamente.

No conviene, sin embargo, «inventar» demasiado. Si es posible, resulta preferible utilizar los conceptos y técnicas conocidas y aplicarlas a los derechos sociales, con las modulaciones en su caso necesarias¹⁰. En el mundo del Derecho raramente una concepción original va a ser aceptada y seguramente resulte sea más realista apostar por una cierta construcción democrática (o al menos colectiva¹¹) de la dog-

7. No resistimos la cita de este fragmento de uno de los más importantes constitucionalistas vivos: «El actual derecho constitucional [nuestro autor se refiere a la dogmática constitucional] ha renunciado visiblemente a sus principales tareas. En vez de intentar síntesis histórico-culturales de la época constitucional presente, como base de elaboraciones abiertas al porvenir, su máxima aspiración es proponerse como prontuario de soluciones inevitablemente dirigidas al pasado. Así, el derecho constitucional termina por configurarse como una continua búsqueda de medios de emergencia, perennemente retardataria y necesariamente instrumentalizada e instrumentalizada en sentido político. De este modo, el derecho constitucional se contenta continuamente con ser un subproducto de la historia y de la política, en vez de intentar convertirse al menos en una fuerza autónomamente constitutiva tanto de una como de otra» (ZAGREBELSKY, 2005, pp. 27-28).
8. «Los jueces no son profesores de Derecho», POSNER, 2011, pp. 229-258.
9. Entre nosotros, DE VEGA, 1998, pp. 65 y ss. Buena parte de los estudios sobre derechos fundamentales en España se reducen a una exposición más o menos ordenada de la jurisprudencia, a veces con tangenciales apreciaciones críticas. Sobre la utilidad pero también límites de la jurisprudencia para la dogmática, precisamente en el ámbito que aquí interesa, asumimos el planteamiento de ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 119-120), así como el de UPRIMNY y GUARNIZO (2007, p. 2), que citan a su vez a McCORMICK.
10. Entre los más recientes estudiosos de los derechos sociales son frecuentes las apelaciones a la necesidad de renovación dogmática; p. ej., SASTRE ARIZA, 2001, pp. 254-255 o COURTIS, 2007, pp. 185 y ss. y, con carácter más general, FERRAJOLI, 1999, esp. pp. 28-34. Estamos de acuerdo con estos autores (y de hecho, hemos tenido en cuenta sus sugerencias) pero hasta cierto punto.
11. Sólo puede llegarse a resultados satisfactorios a medio plazo si se trabaja de forma colectiva, y por ello esta obra fue concebida desde un inicio como estrictamente colectiva, no como una mera suma de artículos inconexos. Ciertamente, no fue fácil, más en los tiempos que corren, cuando los «criterios de calidad» de acreditaciones y evaluaciones valoran más las investigaciones individuales en «revistas indexadas» que las investigaciones colectivas publicadas en forma de libro.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mática, que dialogue de manera crítica con las aportaciones doctrinales anteriores¹² y (cada vez más) con el Derecho comparado e internacional¹³. Si se trata de convencer (la dogmática tiene también una función persuasiva) hay que hacerlo poco a poco: la dogmática puede evolucionar pero no transformarse radicalmente y no creemos factible una revolución copernicana en nuestro ámbito científico¹⁴. Por ello, en línea de principio y a menos que el texto lo impida¹⁵, debería intentarse aplicar el modelo dogmático *clásico* de los derechos fundamentales a los derechos sociales¹⁶.

- b) Hay que ser útiles (los operadores jurídicos y la sociedad quieren respuestas a sus problemas). Teoría y práctica son inescindibles en el mundo del Derecho¹⁷. Resulta entonces necesario conocer los problemas actuales relativos a los derechos sociales y ordenar la argumentación con miras a solucionarlos: el «jurista de la torre de marfil», que sólo escribe para sí mismo o para lucirse ante sus colegas es social y moralmente inaceptable.

-
12. El lector de los capítulos de los que somos directamente responsables puede sorprenderse por el tono quizás ácido de nuestras críticas a los autores cuyas tesis no compartimos. Si es así, pedimos disculpas de antemano. La referencia a estos autores ha de entenderse como un reconocimiento de su trabajo (no exponemos las tesis que consideramos peor argumentadas) y si el tono sorprende a algunos es por contraste con la (a nuestro juicio) excesiva asepsia (un mal entendido temor a no molestar) dominante en el ámbito académico español. Si la dogmática puede progresar, no vemos otro modo de lograrlo que criticando a los autores con los que discrepamos y cuya valía en todo caso reconocemos.
13. De ahí la pertinencia, entre otros, del capítulo II, del largo *excursus* de Derecho internacional que figura en el apartado 4.3.2 del capítulo IV y de las múltiples referencias al Derecho internacional en todos los capítulos de las partes II y III de esta obra.
14. Como se verá, a lo largo de esta obra hemos evitado también caer en concepciones maximalistas, utópicas e incluso apocalípticas (que también las hay, incluso entre los juristas) del Estado social y de los derechos sociales.
15. En España es recurrente la cita del art. 53.3 CE. Como demostraremos (*infra*, III, 1.2), cabe una interpretación del precepto que no impide considerar como fundamentales los derechos sociales del capítulo III del título I.
16. El mejor intento de inserción de los derechos sociales en el sistema de derechos fundamentales es seguramente el de ALEXY (1993, pp. 482-501), que ya intentamos seguir en ESCOBAR ROCA (2005, pp. 58-62). Volvemos sobre el tema, entre otros momentos, en *infra*, IV, 6.
17. Al menos desde KANT (1986, esp. pp. 25 y ss.) no se discute que una práctica sin teoría está condenada a caminar a ciegas. Nuestra preocupación es más bien la contraria, que nosotros, los supuestos teóricos (al menos así califican con frecuencia a los profesores los juristas prácticos), construyamos una dogmática desvinculada de los problemas reales y por tanto inútil. En otro trabajo (ESCOBAR ROCA, en prensa), al que remitimos, nos hemos detenido con mayor detalle en esta cuestión.

c) Ésta es una obra de dogmática jurídica, es decir, tiene por misión explicar y comprender el Derecho positivo, y para ello se sirve de los métodos habitualmente utilizados por la dogmática, a saber, la descripción, la sistematización, la conceptualización, la interpretación y en su caso la crítica de las normas jurídicas vigentes. La dogmática es una ciencia única (en rigor no hay una ciencia del Derecho penal o una ciencia del Derecho financiero) y ésta es una obra de Derecho, no de Derecho constitucional. Ahora bien, es precisamente nuestro Derecho positivo el que obliga a tomar primeramente en cuenta y de forma especial (no es «un Derecho como los demás») al Derecho constitucional¹⁸. A nuestro juicio, el positivismo es irrenunciable en su esencia (en la medida en que considera que conceptualmente sólo es Derecho el Derecho positivo) pero la entrada en vigor de la Constitución (desde hace ya 33 años, pero sigue siendo necesario recordarlo) impone una forma de hacer dogmática (también de hacer interpretación, *infra*, IV, 4.3.3) sensiblemente diferente a la tradicional del positivismo (entendido como positivismo legalista)¹⁹, y ello en el sentido siguiente: la primacía de la norma fundamental y la inserción en su contenido de valores, principios y derechos de fuerte contenido político y moral obliga, entre otras cosas, a analizar críticamente la ley²⁰ y a recurrir, con las cautelas oportunas, al apoyo auxiliar de otros saberes, tradicionalmente más versados en el estudio de la política y de la moral²¹.

18. En nuestro ámbito de estudio contamos con estudios muy estimables que a nuestro juicio cometen el error de no tener adecuadamente en cuenta esta centralidad de la Constitución, como los de GARCÉS SANAGUSTÍN (1996) o RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007), excelentes desde el Derecho administrativo (ambos autores propugnan una renovación de la dogmática del Derecho administrativo pero nada –o poco renovador– dicen de la dogmática del Derecho constitucional), o el de PORRAS NADALES (2009), excelente desde la Ciencia política.
19. En nuestro ámbito de estudio, la intuición está bien apuntada en GARCÉS SANAGUSTÍN (1996, pp. 12, 18-19 o 32) pero, curiosamente, fuera de la perspectiva constitucional, que es la que nosotros queremos destacar ahora.
20. Nos referimos, sobre todo, a críticas internas, esto es, a aquellas que utilizan como parámetro el mismo Derecho positivo, y en concreto la Constitución. En definitiva, propugnamos como mejor teoría del Derecho el llamado positivismo inclusivo, defendido entre nosotros, p. ej., por MORESO (2009, esp. pp. 183 y ss.), a quien remitimos para más detalles. Como el tema es complejo y en él no podemos detenernos ahora, remitimos también, entre la ya amplia bibliografía, a las obras, entre los filósofos, de GARCÍA FIGUEROA (2009) y, entre los constitucionalistas, de ZAGREBELSKY (1995), ambas en plena sintonía, salvo leves discrepancias de detalle, con la propuesta metodológica por la que apostamos en esta obra.
21. Éste parece ser, en síntesis, el núcleo central del llamado *neoconstitucionalismo*, término que nos resistimos a asumir, por su ambigüedad y porque no creemos que resulte realmente tan innovador como parece. Modestamente no hacemos otra cosa que

En definitiva, de lo que se trata es de abandonar la versión más radical del positivismo (en su sentido de apego estricto a las normas legales) y analizar críticamente la ley, sin necesidad para ello de salir fuera del Derecho positivo. Raramente encontraremos omisiones absolutas pero con mucha frecuencia vamos a encontrar leyes oscuras (aquí sobre todo la dogmática debe aportar claridad) y cicateras en materia de derechos sociales. La crítica jurídica interna (contraste con la Constitución y el Derecho internacional) es más útil que la externa (basada meramente en razones morales o políticas), porque permite conseguir cosas sin abandonar la metodología propia del Derecho. Dado que el Derecho internacional y la Constitución incorporan los valores morales que han logrado mayor consenso (*infra*, IV, 3.1 y 3.3), no es necesario subvertir la lógica central del positivismo (el Derecho es únicamente el Derecho positivo), el cual bien permite la inserción de la argumentación moral en el interior de la Dogmática (*infra*, IV, 4.3.3).

- d) Hay que argumentar bien, seria y jurídicamente (la dogmática se distingue de la Filosofía y, desde luego, de la acción política), sobre la base de los principios constitucionales²² pero dejando claras las posiciones asumidas. No es bueno ser extremista (siempre hay que reconocer el valor de concepciones diferentes) pero tampoco engañar al «público» diciéndole que la dogmática es neutral. Por ello, es necesario explicitar los presupuestos materiales de teoría constitucional que se adoptan, sin temor a manifestar concepciones e ideologías. En general en la dogmática jurídica, y con mayor motivo en el tema que abordamos, detrás de las grandes cuestiones en juego y de las afirmaciones que se sostienen se encuentra la *precomprensión* del jurista o, dicho en términos más ampulosos, su concepción del Estado, la Constitución y la sociedad. Siendo esto así, mejor será reconocer cuáles son esos presupuestos, pues si no los dejamos entrar al principio por la puerta después se nos colarán, a escondidas, por la ventana. A nuestro entender, uno de los mayores frenos al progreso de la dogmática no es sólo la ya denunciada ocultación de la *precomprensión* sino, cuando más o menos ésta se justifica, el escaso desarrollo de dicha justificación²³.

proponer que la Constitución sea tomada realmente en serio, algo que, pese a las apariencias, está todavía lejos de conseguirse, al menos en España.

22. Cualquier argumentación seria de dogmática de los derechos sociales debe explicitar la concepción material de los principios constitucionales (*infra*, III, 2 y IV, 3.3) y de los derechos fundamentales (*infra*, IV, 4.3.3) de la que parte.
23. La dogmática de los derechos sociales debe resolver previamente cuestiones de Teoría constitucional, de ahí, sobre todo, la pertinencia del capítulo III de esta obra. Adelán-

- e) Por lo anterior, hay que recurrir a las aportaciones de la Filosofía del Derecho e integrarlas, con las adecuaciones necesarias (la Filosofía es para nosotros «disciplina auxiliar»), en el interior de la Dogmática. La consideración filosófica de los derechos sociales resulta útil, en primer lugar, para la comprensión de su fundamento (filosofía moral, en su sentido más clásico). Si los filósofos del Derecho presentan tesis sólidas (con apoyo internacional²⁴ y base empírica, que a veces se echan en falta) que conecten con las categorías de valor presentes en la Constitución vigente y que ofrezcan pistas para una construcción dogmática más firme de los derechos sociales en concreto, deberán ser escuchados²⁵. No se olvide, asimismo, la sustancial conexión entre derechos humanos y derechos fundamentales, sobre la que argumentaremos con mayor detalle en su momento (*infra*, IV, 3.1).

Conocer el fundamento del derecho resulta necesario para determinar su contenido (*infra*, IV, 2 a 4). El contenido de los derechos sociales consiste, sobre todo, en prestaciones (o, más exactamente, en obligaciones de prestar). Las prestaciones pueden ser muchas o pocas y ni podemos pedir lo imposible a la Constitución ni podemos renunciar a fijar contenidos exigentes. No hay que definirlo todo sino sólo el contenido constitucional de un derecho, esto es, lo exigible al legislador. Al resto, que no es prioritario definir, podemos llamarlo contenido adicional. La determinación del contenido constitucional de los derechos sociales implica una doble operación: definición del objeto o bien protegido (p. ej., qué es la salud) y determinación de los medios indispensables para su protección. Esto es, la determinación del contenido implica concretar fines y medios, pero sobre todo lo primero. Lo segundo es algo más abierto (normalmente son posibles diversos medios o formas de alcanzar un fin) a la discrecionalidad del legislador²⁶. Aquí la fundamentación del de-

temos ya que no puede construirse un sistema de derechos fundamentales que no integre en su seno, al mismo nivel que los demás, los derechos sociales. Para la estructura de la Constitución, tan importantes son unos como otros. Una distinta configuración (en su caso) de las garantías no puede hacer olvidar el dato esencial de que los derechos sociales derivan, tan directamente o más que los derechos liberales, de los principios constitucionales nucleares.

24. La propuesta de fundamentación filosófica de los derechos sociales no debería olvidar los avances logrados por el Derecho internacional, pues Filosofía y Derecho internacional aquí se complementan; para más detalles, ESCOBAR ROCA, 2005, pp. 35-38.
25. El más exitoso divulgador de esta propuesta es sin duda DWORKIN: p. ej., 1984, p. 33.
26. Por ello, metodológicamente quizás sea preferible centrarse en determinar el objeto del derecho y no concretar demasiado las obligaciones de los poderes públicos al respecto, operando con ellas de modo inverso: analizando críticamente la ley (si bien la crítica presupone una implícita concepción de las obligaciones constitucionales).

recho (que conecta con la interpretación finalista) debe ofrecernos las claves, sin olvidar un fuerte componente empírico (indicadores, necesidades).

La teoría democrática, más desarrollada desde la Filosofía política que desde el Derecho constitucional, también ha de ser tomada en consideración: el *cómo* determinar del contenido constitucional de los derechos sociales está muy relacionado con el *quién* ha de hacerlo. Se impone aquí el diálogo colectivo, un cierto reconocimiento a las teorías procedimentales de los derechos, a lo HABERMAS. Advertimos, sin embargo, de un peligro: otorgar todo el protagonismo al legislador. La idea apuntada bien por NINO (entre otros muchos) para nuestro ámbito de estudio (favorecer la discrecionalidad legislativa)²⁷ sería aceptable sólo en condiciones ideales de la democracia (el Parlamento como foro abierto). Una vez más, la ayuda de la Filosofía del Derecho (como Filosofía política) resultará inestimable en este punto.

- f) También las aportaciones de la teoría del Derecho han de ser tomadas en consideración. Para la incorporación a nuestro quehacer de la teoría general de los derechos fundamentales, sobre cuya necesidad no parece haber dudas en la dogmática actual (tampoco en España), ha de considerarse, además de la teoría de la Constitución (en la cual la teoría de los derechos ha de insertarse), la perspectiva analítica y funcional de las normas, más propia de la teoría (nuevamente, para nosotros disciplina «auxiliar») que de la Filosofía del Derecho. Asimismo, la mutua conexión (uno de los elementos más característicos de la metodología seguida en esta obra) entre «parte general» y «parte especial» de los derechos fundamentales sociales resulta imprescindible. Sobre todo en el capítulo IV («doctrina general») nos detenemos en este punto, sin llegar a construir una «teoría» propiamente dicha pero yendo algo más allá de una mera «parte general». Así entendida, nuestra doctrina general se detiene especialmente en las tareas conceptuales propias de la dogmática y en la fijación de criterios, formales y materiales, para asentar sobre bases más firmes la interpretación de las normas relativas a los derechos sociales en concreto.
- g) Hay que integrar el «ámbito normativo»²⁸ en el análisis dogmático. La teoría pura del Derecho constitucional es imposible (rompería la

27. NINO, 2002, esp. pp. 410-411.

28. En el sentido de MÜLLER, 1989, uno de los primeros metodólogos vivos.

sustancial unidad del ordenamiento y por ello esta obra no es una obra de Derecho constitucional sino de Derecho) y la teoría pura del Derecho es inútil y enmascaradora. Es obligado acudir, nuevamente como «disciplinas auxiliares», a la Sociología del Derecho y a la Sociología general²⁹. Los hechos han de ser tomados en cuenta, sobre todo, en dos momentos principales³⁰: a la hora de concretar las necesidades (que primariamente son hechos, *infra*, IV, 3.2) que conforman el objeto de los derechos sociales y a la hora de verificar la efectividad de sus garantías, de cara al análisis de su adecuación al cumplimiento del «programa normativo», por utilizar la terminología de MÜLLER.

2. ANTECEDENTES*

Una mirada a la Historia de los derechos sociales en España se hace necesaria en este capítulo introductorio, como elemento auxiliar de la dogmática. No se pretende ofrecer, en las líneas que siguen, un estudio exhaustivo ni detallado de esta amplia y compleja problemática (la cual puede seguirse de manera más completa en la bibliografía citada) sino tan sólo poner de manifiesto las líneas esenciales de su desarrollo, en la medida en que puedan resultarnos útiles para comprender la realidad actual. Como hilo conductor, se ha preferido escoger, ante todo, el punto de vista de la actuación de los poderes públicos en materia de pobreza. Las referencias específicas a los antecedentes de cada uno de los derechos sociales y formas de tutela antidiscriminatoria se realizan en los capítulos correspondientes. El estudio se centra además en el análisis de los hechos, dejando de lado, salvo referencias puntuales, la mención a la Historia de las ideas.

2.1. LOS SECTORES IMPRODUCTIVOS. POBREZA Y BENEFICENCIA EN LA ESPAÑA LIBERAL

A medida que nos adentramos en la época contemporánea, la pobreza desborda las barreras convencionales de los sectores improductivos para convertirse en una amenaza, cada vez más cercana, de buena parte de la población rural y urbana. Esta pobreza móvil u ocasional, nutrida de individuos insertos en el mundo del trabajo pero en situaciones de alto riesgo y a un paso, tras la menor adversidad, de traspasar tan endeble frontera inquieta a

29. De momento, FERRAJOLI, 1999, p. 112.

30. Para el esbozo de un planteamiento algo más ambicioso, *vid.* ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 16.

* Por Elena MAZA ZORRILLA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los dirigentes políticos por sus dimensiones y peligrosidad social³¹. Los «nuevos pobres» contemporáneos, trabajadores de ínfimo nivel adquisitivo abrumados de cargas familiares, sin garantías de estabilidad laboral ni cobertura social, alteran los perfiles tradicionales de la pobreza en España.

La pobreza percibida como problema sintetiza el sentir mayoritario de su valoración social contemporánea³². Atrás quedan los tiempos en que los menesterosos simbolizaban la imagen de Cristo en la tierra y era obligado remediar sus necesidades a fin de preservar el orden establecido³³. Esta noción reverencial de la pobreza, de raíces cristianas, descansa en un juego tácito entre ricos y pobres que comienza a cuestionarse a golpe de convicciones productivas. La exclusión del valor meritorio de la limosna y de la ayuda indiscriminada al necesitado, es decir, la desmitificación de la pobreza, supone un nuevo enfoque de sesgo sociológico. Vagos y pobres fingidos pierden su aureola piadosa para convertirse en prototipo de rebeldía y contestación social. Esta desacralización de la pobreza y su encauzamiento por senderos de orden y productividad, ensayados por los higienistas ilustrados, se va a consumir en el liberalismo. La mentalidad burguesa decimonónica combina en su apreciación del problema tintes paternalistas y defensivos (ayuda), con anhelos de reinserción (moralización a través de su inclusión en los circuitos productivos).

El ordenamiento legal de la pobreza y la mendicidad, en los albores liberales (Ley general de 1822), apuesta en principio por la previsión frente a las medidas coercitivas dieciochescas. Las Casas de Socorro pretenden facilitar trabajo a los faltos de medios de subsistencia con objeto de evitar el crecimiento del pauperismo y prohibir la práctica incontrolada de la caridad. Se reserva para los pobres de solemnidad, con permiso escrito de las Juntas de Beneficencia, el disfrute de la generosidad de sus conciudadanos.

Los vaivenes involucionistas del rodaje liberal en España y la comprobación del escaso éxito de estas disposiciones reorientan las inquietudes legisladoras hacia la vía expeditiva del castigo y la prohibición. El Código Penal de 1850 reprime la mendicidad por medio de una pormenorizada tabla de sanciones: arresto mayor y vigilancia anual para los mendicantes carentes de licencia o que engañen con falsas argumentaciones; penas de prisión correccional en su grado máximo y tres años de vigilancia para quienes recurran a malas artes, actitudes sospechosas o delictivas. Dentro del Sexenio Democrá-

31. *Vid.* COHEN, 1988 y BERGALLI y MARI, 1989.

32. *Vid.* VILA LÓPEZ, 1988; CARASA SOTO, 1991, pp. 359-384; RUIZ RODRIGO y PALACIO LIS, 1995.

33. LIS y SOLY, 1985; HIMMELFARB, 1988; WOLF, 1989; HAVEL, 1990.

tico, el Código Penal de 1870, vigente hasta muy avanzado el siglo XX, evita pronunciarse sobre este espinoso asunto excluyendo la mendicidad de su articulado, lo cual significará su control a través de leyes especiales.

Los segmentos sociales más débiles, mujeres y niños, entrañan contratiempos añadidos³⁴. El desasosiego de los poderes públicos respecto a la mendicidad infantil deriva en esporádicas disposiciones, que intentan regular la participación de los niños en los espectáculos públicos, en las industrias, en la venta ambulante o en la mendicidad profesional (Leyes de 26 de julio de 1878, 13 de marzo de 1900, 23 de julio y 21 de octubre de 1903). Al despuntar la centuria, tienen prohibido pedir limosna todos los menores de dieciséis años bajo pena de detención y multa a sus padres o tutores, llegándose a la supresión de la patria potestad en el caso de reincidencia. La sima que separa la España legal de la real conduce a la Ley de 12 de agosto de 1904, dedicada en su totalidad a la protección de la salud física y moral de los menores de diez años. Su enfoque pluridimensional e interclasista de la acción protectora al niño, que busca implicar en el empeño a la Iglesia, el Estado, los profesionales de la sanidad y un buen número de instituciones, supone un importante paso adelante en el modo de afrontar el problema.

Los asuntos relacionados con la mendicidad quedan en manos de la Sección de Reformas Sociales del Ministerio de Gobernación, dependiente del Consejo Superior de Protección a la Infancia y Represión de la Mendicidad (Real Decreto de 21 de marzo de 1909) y, desde 1911, del propio Consejo y su Comisión ejecutiva. El elevado gasto que supone la recogida, albergue y control de los mendigos, a cargo de los presupuestos del Estado, promueve campañas mediáticas de estímulo de la caridad, junto a la concesión de un porcentaje de la recaudación derivada de los espectáculos públicos, cuestaciones y funciones benéficas.

Con el mundo de la marginación, rayando la criminalidad y la delincuencia, sobran miramientos³⁵. La Constitución gaditana de 1812 declara suspensos los derechos de cuantos carezcan de «empleo, oficio o modo de vivir conocido», instando a los poderes locales a colaborar con todos los medios a su alcance en la persecución sistemática de vagos y rateros. En esta intimidación municipal y provincial insiste el Decreto de Cortes de 11 de septiembre de 1820, por el que gitanos, vagos, holgazanes y mal entretenidos deberán ser apresados y enviados, vía apercibimiento, a las obras públicas,

34. *Vid.* BORRAJO DACRUZ, 1992; BORRÁS, 1996.

35. *Vid.* ÁLVAREZ URÍA, 1983; FRAILE, 1987; SERNA, 1988; REY GONZÁLEZ, 1990. El ejercicio de la prostitución recaba, por parte de los poderes públicos, una atención especial repleta de contradicciones. Véanse los trabajos de RIVIÈRE GÓMEZ, 1994; NÚÑEZ ROLDÁN, 1995; GUEREÑA, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

arsenales y demás establecimientos de trabajo. La preferencia por las medidas correccionales gubernativas explica la ausencia de la vagancia de la tipificación delictiva del Código Penal de 1822, reservándose para ella una legislación especial.

Lo poco que sirven estos desvelos resulta obvio ante la necesidad de promulgar la Ley de vagos de 9 de mayo de 1845, que sintetiza en plena Década Moderada la nueva definición y clasificación de la vagancia considerada, sin tapujos, un delito. Su tipificación interna y el recurso a la redención mediante el pago de una fianza, siempre que el fiador responda de la reinserción laboral del individuo, muestran el carácter posibilista y jerárquico del orden burgués. El Código Penal de 1848, reformado un bienio después, al igual que hace con la mendicidad incorpora la vagancia a sus disposiciones en calidad de delito e incluso amplía su espectro hasta llegar a la paradoja del «vagabundo fijo»³⁶. Por su parte, el Código Penal de 1870 introduce un matiz importante al rechazar la vagancia como un hecho punible en sí mismo para calificarla de «circunstancia agravante». Esta visión algo menos inquisitorial mantiene el Código Penal de 1928 que, junto a la ociosidad, vincula la vagancia a las condiciones del infractor. El advenimiento republicano apenas modifica la filosofía oficial en torno a esta supuesta lacra³⁷.

La atención a los necesitados recaía en el Antiguo Régimen en la esfera particular y religiosa, con muy escasa presencia de instituciones de patrocinio público³⁸. La inoperancia de este sistema de asistencia social, con siglos de discusión en torno al drenaje o no de la limosna, el discernimiento entre los falsos y verdaderos pobres, y las posibilidades de recuperación productiva, resulta innegable. El desfase entre la demanda y la oferta asistencial, muy por debajo de subvenir las necesidades más perentorias, acaba por dañar los cimientos de un edificio carente de una mínima cohesión en pro de su articulación y desarrollo.

Dentro del entorno europeo, las sociedades avanzadas consideran la forma más eficaz de protección social la encarnada por la beneficencia pú-

36. Son vagos quienes «no poseen bienes o rentas, ni ejercen habitualmente profesión, arte u oficio, ni tienen empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, aun cuando sean casados y con domicilio fijo».

37. La Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933 evidencia el detallismo regulador de los «estados peligrosos», donde convergen vagos, homosexuales, rufianes, proxenetes, ladrones, mendigos profesionales, explotadores de menores, jugadores, borrachos, toxicómanos, corruptores, mentirosos, personas proclives al delito, terroristas, atracadores, estafadores, individuos antisociales y causantes de malos tratos a animales, árboles o bienes materiales. La gama es tan variada como las medidas de seguridad consecuentes: internamiento, expulsión, vigilancia, multas e incautaciones.

38. *Vid.* MANDLER, 1990; GEREMEK, 1998.

blica. En palabras de MONTESQUIEU, «El Estado debe a todos los ciudadanos una subsistencia segura, el alimento, un vestido conveniente y un género de vida que no sea contrario a la salud». La atención a los necesitados desde manos públicas se erige en un instrumento de articulación social y una labor de policía frente a los riesgos de ruptura de la convivencia y desintegración. La revolución francesa intensifica la acción pública asistencial enfocada desde presupuestos ideológicos, que conectan con las formas contemporáneas del Estado social. La Declaración de Derechos del Hombre de 1789 impone a la Nación el deber de proporcionar trabajo o ayuda al necesitado, consagrando así el derecho a la asistencia de los ciudadanos.

El liberalismo decimonónico se encargará de debilitar esta enérgica concreción de la asistencia como un derecho subjetivo público y de contribuir al nacimiento de los seguros sociales en cuanto fórmula de protección social alternativa. Por razones de economía social, la previsión se convierte en la palabra preferida de los gobernantes en su política de prevención de la pobreza³⁹. En el tránsito al siglo XX, países latinos como Francia, Italia o Bélgica (España se sumará en 1908) desarrollan una labor de estímulo a las formas voluntarias de previsión social laboral y de colaboración financiera, mediante regímenes de libertad subsidiada. Se trata todavía de un intervencionismo externo, selectivo y tangencial del Estado, hasta que el paso del tiempo haga converger a los sectores productivos e improductivos en el amplio abanico de la protección social.

Volviendo a España, el primer tercio del siglo XIX se caracteriza por una dialéctica de enfrentamiento entre las estructuras del pasado, que se resisten a desaparecer, y los nuevos postulados liberales⁴⁰. La Constitución de 1812 reclama, por primera vez para el Estado y los organismos públicos, la asunción y el control de la asistencia social (art. 321). Desde una perspectiva municipalizadora, los Ayuntamientos son los encargados de supervisar los centros benéficos públicos e inspeccionar, junto con los jefes políticos provinciales, los de patronato particular, siempre que «estos establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objeto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren» (art. 335). Este pionero intento secularizador se convierte, por el momento, en papel mojado ante el giro involucionista del retorno de Fernando VII.

El Trienio Liberal sirve de escenario de un segundo y también fallido intento en la regulación pública asistencial, tras el que latén razones de eco-

39. HATZFELD, 1989; PROCACCI, 1993; DEMIER, 1996.

40. *Vid.* ROMERO MORENO, 1983.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nomía política y estabilidad social. Descuella por su especial transcendencia para el sector benéfico la Ley de 23 de enero-6 de febrero de 1822 que, en sus 138 artículos, traza un completo organigrama de la beneficencia pública fundamentado en la autonomía de las corporaciones locales⁴¹. Uno de sus aspectos más polémicos es el frontal rechazo de la beneficencia particular⁴², si bien apenas cunde efecto por el prematuro corte de la experiencia constitucional en 1823.

El eje central del debate asistencial durante estos años descansa, frente a las viejas prácticas nosocomiales, en las bondades e inconvenientes de la hospitalidad domiciliaria. Los nuevos valores utilitarios relegan la actividad asistencial de la Iglesia hacia una clientela específica (ancianos, impedidos, expósitos, inadaptados, descarriados), reservando para los profesionales de la medicina la atención domiciliaria. Esta coincidencia de intereses entre gobernantes y facultativos va a significar, a largo plazo, el triunfo de la medicina domiciliaria y la crisis del internamiento y las viejas formas de asistencia.

Algo parecido ocurre con la previsión, panacea contra la inseguridad y el aumento del pauperismo⁴³. El liberalismo defiende la previsión individual frente a la usura y demás amenazas que acechan la supervivencia de las clases populares. El ahorro, primer estadio de la acción preventiva, se convierte así en una de las banderas del discurso oficial, que choca frontalmente con la imposibilidad material de practicar dicha virtud por parte de unas maltrechas economías familiares. Cuestión aparte es la previsión organizada, que acabará por desembocar entre un mar de obstáculos en los seguros sociales obligatorios del siglo XX.

El segundo tercio decimonónico reviste especial interés por testimoniar la secularización de la asistencia social en España⁴⁴. Durante el reinado isabelino se consuma la sustitución del viejo sistema de caridad religiosa y particular, atomizado e ineficaz, por la beneficencia concebida como un servicio

41. Las Juntas municipales de Beneficencia integradas por facultativos, autoridades civiles y religiosas, y pudientes vecinos son el motor auxiliar de los Ayuntamientos en la dirección y vigilancia de los centros asistenciales. En un claro empeño de sistematización administrativa, se entienden por tales las Casas de Maternidad (freno de infanticidios y refugio para la vergüenza de las madres solteras), las Casas de Socorro (adaptación nominal de las antiguas Casas de Misericordia u Hospicios), y los Hospitales, amén de recaer también en dichas Juntas todo lo concerniente a la atención domiciliaria.

42. «Los fondos procedentes de fundaciones, memorias y obras pías de patronato público, sea real o eclesiástico, cualquiera que fuese su origen primitivo, quedan reducidos a una sola y única clase, destinados al socorro de las necesidades a que se provee por esta ley» (art. 25).

43. *Vid.* ESTEBAN DE VEGA, 1992, pp. 123-138, y 1997.

44. *Vid.* BARRADA RODRÍGUEZ, 2001; MAZA ZORRILLA, 1987 y 1999.

público. Dicho proceso presenta una primera fase de carácter administrativo, en la cual el poder público asume sus derechos y deberes asistenciales con manifiesta arrogancia. La exclusividad contenida en el Decreto de 8 de septiembre de 1836, que restablece la normativa de 1822 monopolizadora de la atención asistencial, cede paso a medidas más compartidas y realistas. Fruto de esta política revisionista ven la luz la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y el Reglamento para su ejecución de 14 de mayo de 1852, que sancionan a largo plazo su organigrama, articulación, competencias, régimen económico y clasificación tipológica.

Asumido el control administrativo, el segundo paso del proceso secularizador adquiere connotaciones económicas. Por decisión unilateral de Pascual Madoz, la Ley general de 1 de mayo de 1855 y medidas subsiguientes acarrear la nacionalización de los bienes de las instituciones benéficas y su venta en pública subasta al mejor postor, lo que significa su total dependencia de los presupuestos oficiales. Concluida la secularización asistencial en su doble vertiente, no parece que el sistema benéfico resultante colme sus objetivos asistenciales, a tenor de los estudios monográficos y síntesis a nuestro alcance⁴⁵.

En el transcurso de la Restauración, varias leyes retocan epidérmicamente el sistema benéfico descrito (en especial, los Reales Decretos de 27 de abril de 1875 y 27 de enero de 1885), sin alterar sus postulados básicos. En el tránsito al siglo XX, la actitud del gobierno se deshace en halagos hacia la beneficencia particular, «orgullo de nuestra patria», en palabras de Eduardo Dato vertidas en su preámbulo al Real Decreto e Instrucción de 14 de marzo de 1899 para el ejercicio del Protectorado del Gobierno en la Beneficencia Particular. Dentro de la dilatada nómina de instituciones benéficas, incluyen «los establecimientos o asociaciones permanentes destinados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, como Escuelas, Colegios, Hospitales, Casas de Maternidad, Hospicios, Asilos, Manicomios, Pósitos, Montes de Piedad, Cajas de Ahorros y otros análogos, y las fundaciones sin aquel carácter de permanencia, aunque con destino semejante, conocidas comúnmente con los nombres de Patronatos, Memorias, Legados, Obras y Causas Pías». El repunte de la necesidad propicia, como vemos, actitudes pragmáticas por parte de los poderes públicos, permeables a políticas colaboracionistas con la iniciativa privada y confesional.

Toda conjunción de esfuerzos se considera bienvenida ante la imparable demanda de asistencia en un país aún por modernizar y falto de una política social sustentada en un sistema público de seguros sociales. Las carencias de

45. LÓPEZ ALONSO, 1986; AA VV, 1990.

los sectores insertos en el mundo del trabajo, amén de las consabidas de los improductivos, exigen una política social planificada y no esporádicas concesiones arrancadas en momentos de especial tensión o debilidad.

2.2. LOS ORÍGENES DE LA PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA

La superación de las tesis liberales no intervencionistas y el calado de nuevas ideas entre las élites políticas e intelectuales de la Restauración tienen mucho que ver con la implantación de los seguros obligatorios y el nacimiento de las políticas de previsión social⁴⁶. La brecha abierta por la Comisión de Reformas Sociales (CRS) en las postrimerías del siglo XIX, primer intento estatal de garantizar a los ciudadanos españoles unos niveles mínimos de bienestar⁴⁷, se convierte de manera efectiva en una política intervencionista a partir de 1900, año de aprobación de medidas concretas de «amparo social» en favor de los asalariados. Destaca la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero, que supone un reconocimiento de la responsabilidad legal de los empresarios abarcable mediante la suscripción de una póliza de seguros con una entidad privada⁴⁸. No se trata de dirimir responsabilidades por culpas o negligencias, sino de un nuevo planteamiento sobre la asunción de riesgos de la empresa. El modelo inicialmente adoptado defiende una mediación limitada del Estado en un contexto de afiliación parcial y voluntaria. Hasta la Guerra Civil, la mayoría de los programas de previsión social en España van a ser opcionales, estimulados por el Estado a través de subsidios y dirigidos a los trabajadores industriales de bajo poder adquisitivo⁴⁹.

La creación de la CRS en 1883 aparece estrechamente unida al grupo institucionista-krausista, una élite bien informada de los avances sociales de otros países, contraria a la lucha de clases y partidaria de la armonía social. Sus integrantes fomentan encuestas y estudios sociológicos que adecuen la legislación a las necesidades reales del país, a la vez que defienden para el Estado una función tutelar correctora de los desequilibrios sociales.

A la altura de 1890, la denominada cuestión social y el papel interventor cobran protagonismo atrayendo a sus filas a un buen número de conservadores y a los sectores más inquietos del catolicismo social⁵⁰. La erección del Instituto de Reformas Sociales (IRS) en 1903, sustituto de la inoperante CRS,

46. RITTER, 1991.

47. *Vid.* CALLE VELASCO, 1989 y GUILLÉN, 1990.

48. En su art. 2 declara la responsabilidad objetiva del patrono por «los accidentes ocurridos a sus operarios con motivo y en el ejercicio de la profesión o trabajo que realicen, a menos que el accidente sea debido a fuerza mayor».

49. MONTERO GARCÍA, Madrid, 1988.

50. MONTERO GARCÍA, 1983.

y sobre todo la del Instituto Nacional de Previsión (INP) en 1908, motor de un régimen de libertad subsidiada para la vejez en el que se integran las cajas que gestionan los seguros sociales, suponen la institucionalización administrativa de la corriente intervencionista tras la que asoman figuras políticas de la talla de Eduardo Dato o José Canalejas⁵¹. Hablamos de seguros voluntarios subsidiados por el Estado, que limita su intervención a la acción normativa y la subvención económica, trasladando el horizonte de la protección al plano laboral. El INP, encargado de difundir la previsión popular y estimular la práctica de las pensiones de retiro, podía delegar sus competencias administrativas en entidades privadas con la consiguiente fragmentación del sistema, una tendencia imparable hasta el franquismo⁵².

A escala europea, la Gran Guerra impulsa el intervencionismo estatal en las relaciones de trabajo. Los mecanismos de protección desembocan en una cadena de seguros sociales, muy lenta si tenemos en cuenta que en 1883 ya se había aprobado en la pionera Alemania la Ley de Seguro de Enfermedad, al que seguirán el de accidentes de trabajo (1884), invalidez-vejez (1889) y supervivencia (1911), todos ellos recogidos en el Código de Seguros Sociales de 1911. Pero el llamado modelo bismarckiano, que contemplaba de manera aislada cada uno de los riesgos o contingencias, respondía a criterios distintos a los manejados en esta etapa posbélica más decantados hacia un plan de cobertura general de personas y necesidades, como luego se encargará de precisar Beveridge. El avance que, sin duda, supone en la protección social la implantación de los seguros obligatorios dentro de los sectores productivos, no empaña su complicidad con el retraso en una auténtica «nacionalización» de la solidaridad y la seguridad económica⁵³.

La crisis social y política de la Restauración española, coincidente con la dura posguerra europea, impulsa intramuros el intervencionismo y matiza la propia concepción del Estado⁵⁴. Los programas reformistas cobran en estos años nuevos bríos, cambian los planteamientos originales y emanan las reglamentaciones. Del Estado tutelar se pasa al intervencionista en el complejo entramado de las relaciones laborales.

En 1919 (Real Decreto de 11 de marzo) logra su aprobación el primer seguro social obligatorio en España, el retiro obrero, que a diferencia del de accidentes de trabajo tiene por asegurado al obrero y no al empresario. Dentro de un clima de acusada conflictividad, en 1920 abre sus puertas el Ministe-

51. *Vid.* PALACIO MORENA, 1988 y 2004; FORNER, 1993.

52. CASTILLO y RUZAGA, 2009.

53. AA VV, 1989; GONZALO GONZÁLEZ, 2001.

54. CUESTA BUSTILLO, 1988.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rio de Trabajo, al que se confía la unificación de los servicios sociales dispersos por diversos Ministerios a fin de obtener niveles más altos de coherencia y eficacia. Entre 1919 y 1923 las sociedades de ayuda mutua, garantes de seguros de desempleo⁵⁵ o maternidad, son subsidiadas por el Estado. En 1921 se ponen en marcha los subsidios vitalicios de vejez para los trabajadores con más de 65 años (edad de jubilación obligatoria), una vez cubierto un período de carencia. Al año siguiente, el INP organiza una conferencia en Barcelona para tratar de la introducción de los seguros obligatorios de enfermedad, invalidez y maternidad. Todas estas referencias acreditan cómo a medida que crece la inestabilidad política y la crisis social, se intensifica el proceso reformista ante la mirada reticente de los patronos⁵⁶. Precisamente la presión patronal y las dudas sobre su operatividad provocan la extinción del IRS en 1924, que es sustituido por el Consejo de Trabajo.

Los regímenes autoritarios a menudo ensayan políticas sociales generosas con la aspiración de alcanzar una «legitimación instrumental», que haga olvidar otros ingredientes menos gratos de su posición dominante. La Dictadura de Primo de Rivera, necesitada de articular una política de arbitraje y conciliación social, aboga por la instauración de un sistema corporativo de representación. La represión política de Martínez Anido convive así con la política social reformista de Eduardo Aunós, defensor de medidas armonizadoras continuistas aceptadas mayoritariamente por la sociedad. El corporativismo social experimentado en estos años institucionaliza el principio de representación de intereses en distintos organismos públicos asesores y reguladores e, incluso, van a pervivir en la República (con algunos cambios) los organismos arbitrales en las relaciones laborales.

La protección social, incluida sistemáticamente en la agenda política como señuelo de un rentable populismo, carece sin embargo de una materialización explícita. Prueba de ello es que apenas se registran progresos tangibles en esta etapa, más enfrascada en el soporte teórico y conceptual que en su aplicación efectiva. Según datos oficiales, en 1925 solamente 400.000 españoles de los 22 millones censados se hallan protegidos por sociedades privadas de ayuda mutua⁵⁷. La indefensión parece la norma y la cobertura la excepción. Logros como el Seguro de Maternidad, aprobado en 1929, quedan por el momento pendiente de ejecución.

55. Por Real Decreto de 18 de marzo de 1919 se regula el seguro de paro forzoso, no como obligatorio sino a través de un régimen libertad subsidiada, es decir, subvencionando a las sociedades mutuas obreras que lo contrataran.

56. REY REGUILLO, 1992.

57. *Vid. el Libro Blanco de la Seguridad Social*, Madrid, 1977, p. 21.

2.3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA SOCIAL EN LA SEGUNDA REPÚBLICA

Al advenimiento de la Segunda República, el retiro obrero era el único seguro obligatorio implantado en España, con notables deficiencias en su cobertura y radio de acción respecto a sus vecinos europeos. La tarea pendiente, la modernización del país, será el gran reto del relevo republicano. Élite política y grupos de interés coinciden en la necesidad de expandir la política de previsión social y recuperar el tiempo perdido. La protección social se convierte en un principio constitucional, responsable del arranque efectivo de la política social en España truncada bruscamente por el estallido de la Guerra Civil.

La Constitución de 1931, que distingue entre asistencia⁵⁸ y seguros sociales, asume por primera vez la responsabilidad del Estado de crear un sistema plenamente desarrollado de seguros obligatorios. Su artículo 46 explicita que «El trabajo, en sus diversas formas, es una obligación social y gozará de la protección de las leyes. La República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes, y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo, el salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas, y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores». Esta rotunda afirmación del papel del Estado como proveedor social, nunca cuestionada, representa un salto cualitativo en la historia de la previsión pública en España.

Así se puede comprobar, tanto en el terreno de las prestaciones económicas (entre 1931-32 se regulan la indemnización por salarios perdidos por maternidad y el subsidio de lactancia, ambos incorporados al Seguro de Maternidad; la indemnización por incapacidad o fallecimiento debido a accidente de trabajo; pensiones vitalicias por incapacidades permanentes para los trabajadores del sector secundario y terciario; el Seguro de Paro forzoso; etc.) como en las prestaciones asistenciales, en especial con la puesta en marcha del Seguro Obligatorio de Maternidad en octubre de 1931 y el derecho a la asistencia médico-farmacéutica por accidentes de trabajo. El valor

58. En su art. 43 establece que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño». A diferencia del pasado, ahora se identifica el concepto de asistencia social con el de beneficencia pública.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mínimo de las prestaciones sociales por persona hasta 1931 empieza a tomar altura en la etapa republicana de forma que, en 1935, las prestaciones económicas alcanzan los 58 millones de pesetas (retiro obrero, maternidad, accidentes de trabajo), amén de otros 6,5 millones gastados en las asistenciales⁵⁹.

Los años republicanos son los de práctica aseguradora más vigorosa del INP en su trayectoria histórica. El aumento de afiliación al retiro obrero, que llega a los 5,5 millones de inscritos al cierre de este quinquenio (sin olvidar que sólo podían beneficiarse del citado régimen asalariados con ingresos inferiores a 4.000 pesetas anuales) y la aplicación efectiva del seguro de maternidad, se suman a otros logros importantes en materia actuarial. Por ejemplo, la extensión del seguro de accidentes de trabajo a los asalariados del campo o la constitución de la Clínica del Trabajo, un centro médico asistencial destinado a las víctimas de accidentes laborales o enfermedades de tipo profesional⁶⁰. Vinculada estrechamente al Instituto se encuentra la Caja Nacional contra el Paro Forzoso, nacida en mayo de 1931 como «un servicio para el fomento y régimen de la previsión contra el Paro involuntario de Trabajo». El número de entidades primarias acogidas al régimen de previsión contra el desempleo en 1935 es de 171, si bien la concesión de subsidios sociales y bonificaciones a dichas entidades alcanza cifras poco significativas, casi simbólicas ante la magnitud del problema⁶¹. El equipo gestor del INP imprime un nuevo ritmo ejecutor y vela por la eficacia en el cumplimiento de los programas, pero su esfuerzo dinamizador tropieza de lleno con dotaciones económicas insuficientes.

Uno de los proyectos apoyados con mayor ahínco por el INP, que no saldrá adelante, es la unificación de los seguros sociales. Se trata de un tema recurrente de los diversos gabinetes republicanos considerado «objetivo prioritario de progreso social», que respondía, asimismo, a las demandas de la clase trabajadora, al espíritu de la Constitución de 1931 y a la ineludible obligación de dar cumplimiento a los Convenios internacionales suscritos por España. Desde la temprana llegada de Largo Caballero al Ministerio de Trabajo y Previsión, se plantea el proyecto unificador de los seguros sociales en connivencia con la labor y aspiraciones del INP. La envergadura de la empresa tropieza con numerosos obstáculos, que impiden consumir la «obra de justicia y paz social» propuesta como finalidad preferente del Instituto. El principio de obligatoriedad, el campo de aplicación, la coordinación interna y los aspectos financieros son algunas de las cuestiones que traen de cabeza

59. RULL SABATER, 1977, pp. 26-28.

60. SAMANIEGO BONEU, 1988, pp. 516 y ss.

61. Ídem, pp. 369-401.

a los empeñados en diseñar este seguro integral, entre ellos Inocencio Jiménez, consejero-delegado del INP⁶².

Cuando este intento de establecer un sistema unificado de seguros sociales se hallaba en trámite parlamentario⁶³, se produce el detonante de la Guerra Civil. En ese momento, julio de 1936, sólo tres riesgos sociales están contemplados en términos de obligatoriedad: jubilación, maternidad y accidentes de trabajo, quedando el resto de las contingencias al amparo de la previsión privada o voluntaria subsidiada parcialmente por el Estado. Respecto a los principales países occidentales, por más que la República se había propuesto acompañar sus calendarios, el retraso español era evidente⁶⁴.

2.4. PROTECCIÓN SOCIAL EN EL FRANQUISMO

El desarrollo de la protección social en este régimen autoritario de partido único pretende compensar, en cierta medida, la limitación de las libertades públicas (prohibición del pluralismo político y sindical y del derecho de huelga de los trabajadores), en aras a su propia consolidación. Resulta curioso que en una década repleta de penalidades y estrecheces (aislamiento, autarquía económica, hambre, racionamiento), como son los años cuarenta, se establezcan los seguros sociales obligatorios difícilmente explicables desde variables económicas, no así ideológicas. La admiración por la experiencia alemana en este terreno y la personalidad del falangista José Girón al frente del Ministerio de Trabajo, desde 1941 hasta 1957, ayudan a entender algunos mecanismos compensatorios puestos en marcha en plena posguerra en busca de legitimidad política. Durante el primer franquismo, el sistema de seguros sociales se limitará a ofrecer un conjunto restringido de servicios a una pequeña parte de la población, en coexistencia con las mutualidades laborales⁶⁵.

La puesta en marcha del SOE (Seguro Obligatorio de Enfermedad, diciembre de 1942) y del SOVI (Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez, 1947), intentan captar el aplauso de los trabajadores asalariados. Al igual que el establecimiento en 1937 de los Subsidios Familiares (subsidios en función

62. JIMÉNEZ VICENTE, 1934.

63. El 28 de mayo de 1936 se da a conocer la Orden emanada del Ministerio de Trabajo, Sanidad y Previsión por la que se abría una información pública, «a fin de que las personas, asociaciones y entidades a quienes pueda interesar formulen por escrito las observaciones que estimen procedentes en relación con las bases del anteproyecto para la unificación de los seguros sociales». *Vid.* «Información pública sobre el Proyecto de Unificación de los Seguros Sociales», Madrid, *PINP*, n° 495, 1936, p. 6.

64. *Vid.* FLORA y HEIDENHEIMER, 1981, pp. 59 y ss.; ASHFORD, 1989.

65. MEILÁN GIL, 1963.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

del número de hijos; préstamos a la nupcialidad y a la natalidad)⁶⁶ y la Protección de las Familias Numerosas en 1946 buscan contentar a las maltratadas clases medias. La implantación del Seguro Obligatorio de Enfermedad garantiza, además de la asistencia médica primaria y la farmacéutica en lista cerrada (Petitorio), la hospitalización temporal y la atención a la maternidad en él integrada. Las insuficiencias radican en su sesgada concepción tanto en lo relativo a sus beneficiarios (trabajadores de bajos ingresos y dependientes), como a las prestaciones (servicios y transferencias económicas). Las estadísticas oficiales confirman que, a la altura de 1960, detrás del SOE se contabilizan trece millones de personas, el 44 % de la población total⁶⁷.

La cortedad de la protección dispensada por estos seguros fomenta la aparición de otros mecanismos articulados a través de las mutualidades laborales (1944). Así, desde la posguerra se sucede la aprobación de seguros sociales obligatorios en una doble vertiente: los básicos, de carácter nacional y a cargo del Estado, y los complementarios, el denominado mutualismo laboral de índole profesional, con ámbitos territoriales muy diversos. El Reglamento general del Mutualismo Laboral de 1954 regula, entre otras prestaciones, la asistencia sanitaria a sus pensionistas y beneficiarios bajo la organización y supervisión de las correspondientes mutualidades. Este sistema de protección engendra discriminaciones entre la población laboral (régimenes especiales para distintas categorías de trabajadores), y también desequilibrios financieros que entorpecen su gestión. El desarrollo de las mutualidades bajo la protección del Ministerio de Trabajo consolida el establecimiento de una estructura bicéfala y poco funcional a nivel administrativo.

El Estado social de Derecho surgido tras la Segunda Guerra Mundial, marcadamente intervencionista y defensor de la generalización de los servicios públicos, tiene en la política de Seguridad Social, síntesis de las actividades asistenciales y de previsión, uno de sus instrumentos fundamentales⁶⁸. La base de esta política renovadora de la protección social reside en la liberalización de las situaciones de necesidad y la garantía, por parte del Estado a sus ciudadanos, de un bienestar individual. Universalismo (generalización de las

66. En 1942 se crea el Plus Familiar, un complemento salarial administrado de forma independiente en cada empresa por un comité de trabajadores y financiado por los patronos.

67. BAREA, 1988, pp. 262-263.

68. La OIT define la Seguridad Social como «La protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos».

prestaciones) y cometido público son, por tanto, dos pilares esenciales. La Seguridad Social ha sido el instrumento principal del Estado social o del bienestar, caracterizado por el dirigismo económico y el intervencionismo social. En otras palabras, por el compromiso de los poderes públicos con los derechos económicos, sociales y culturales de los individuos. En el accidentado camino desde los seguros sociales obligatorios de la primera mitad del siglo XX a un régimen unificado de Seguridad Social, el caso español, al margen de su manifiesto retraso, tampoco difiere tanto de los países circundantes. El proceso de formación de la Seguridad Social en España se caracteriza, hasta los años sesenta, por la dispersión y heterogeneidad institucional frente a la relativa unidad de su aparato gestor⁶⁹. En contraste con la fase anterior, la segunda etapa franquista se distingue por la bonanza económica y unas cotas de desarrollo material sin precedentes. Esta expansión económica actuará más como impulsora del grado de expansión del sistema de previsión social, que como elemento determinante del modelo adoptado. Los anhelos modernizadores de cualificados sectores de las élites políticas y burocráticas abogan por una política social más ambiciosa y planificada.

La esperada Ley de Bases de 1963 adapta, de manera un tanto singular, las recomendaciones de William Beveridge⁷⁰ e importa para España los esquemas típicos de un sistema de Seguridad Social⁷¹. Influido por la realidad británica, este economista había propuesto un sistema de protección universal, que garantizase un mínimo de subsistencia y abarcase la más amplia gama posible de situaciones de necesidad, sustentado en tres instrumentos: la asistencia social nacional, el seguro social y el seguro voluntario. Según sus palabras, «el objetivo del Plan de Seguridad Social es abolir la indigencia, asegurando que todo ciudadano que quiera servir en la medida de sus fuerzas tenga, en todo momento, unos ingresos suficientes como para hacer frente a sus responsabilidades»⁷². Partidario de reforzar el papel de la asistencia, entendida como una actuación del poder público hacia las personas necesitadas, implica en la tarea al Estado dentro de un Plan coordinado con los seguros sociales.

La Ley que estamos comentando inaugura una nueva fase sistematizadora y de unidad de acción, que sustituye a las realizaciones dispersas precedentes. La intención del legislador no es alcanzar un ámbito subjetivo univer-

69. Vid. RULL SABATER, 1971; ALONSO OLEA, 1977; LÓPEZ LÓPEZ y otros, 1996; ALARCÓN CARACUEL, 1999; MARTÍNEZ-GIJÓN, 2005.

70. *Social Insurance and Allied Services Report*, publicado en 1942, y la constitución del *National Health Service* en 1948.

71. ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, 1965.

72. Vid. BEVERIDGE, 1989, p. 277.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sal de protección, sino ordenar la complicada fronda de seguros sociales existentes. Se plantea, por tanto, la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. La Base quinta clasifica las prestaciones en cuatro grandes bloques: asistencia sanitaria, prestaciones económicas, de protección a la familia, y servicios sociales tipificados en una pormenorizada casuística (asistencia social, medicina preventiva, higiene y seguridad en el trabajo, reeducación y rehabilitación de inválidos, empleo, promoción social, etc.).

Dicha Ley de 28 de diciembre supone un esfuerzo integrador y, pese a los recortes en su aplicación a partir de 1967, posibilita un espectacular desarrollo de la acción social pública en materia de sanidad, pensiones y ayuda familiar, con prestaciones contributivas y sin el requisito de necesidad económica para su disfrute. También proyecta la acción social al terreno de la educación, las viviendas protegidas y demás sectores del Estado de bienestar⁷³. El modelo adoptado, acorde con la ideología dominante, se sustenta en el trabajo del varón y su protección legal, mientras relega al universo femenino al rol tradicional de las tareas familiares y domésticas. El poder público, a través de una Administración especializada, centraliza la gestión económica y sanitaria de la Seguridad Social y busca extender sus prestaciones a toda la población. Se trata de un proceso sin marcha atrás, desarrollado por la legislación positiva y materializado a saltos, con etapas de nítidos avances y otras de estancamiento. No obstante, el hecho de sustentar la financiación en las contribuciones de los afiliados, con escasas transferencias del Estado, refuerza un sistema muy fragmentado, con un régimen general y varios especiales, y una administración bipolarizada entre la Seguridad Social y las mutualidades laborales.

La Ley de Financiación y Perfeccionamiento de 1972 se encarga de expandir la protección social, especialmente en las pensiones de jubilación, los subsidios de desempleo y las compensaciones por enfermedad. La vinculación de las contribuciones de los afiliados a los salarios reales sustituye a la escala de categorías profesionales al uso, con el consiguiente disparo del gasto. De la progresiva generalización de las prestaciones, que aumentan cuantitativa y cualitativamente (mayor variedad y especialización) dan fe las cifras. Si en los años treinta la población protegida en España se estima, a lo sumo, en 2 millones de personas, en 1950 supera los 9 millones, en 1970 son más de 26 y en 1975 roza los 29, lo que rebasa el 80 % del censo total⁷⁴. El

73. Vid. DEL CAMPO, 1994; BARRADA RODRÍGUEZ, 1999.

74. RULL SABATER, 1977, pp. 24-25; y FUNDACIÓN FOESSA, 1983, pp. 805 y ss.

resultado final de esta política social es la construcción de un sistema de bienestar de corte corporativista, con una fragmentada administración y desigualdades en función de las circunstancias laborales.

En conclusión, de lo expuesto se deduce que el sistema de previsión social en la España anterior a 1978 se caracteriza por estar dirigido a los trabajadores y personas de ellos dependientes, financiado principalmente por contribuciones y muy fraccionado en términos de organización y gestión. Se trata, por tanto, de un modelo profesionalista y macroinstitucional cuya construcción, desde finales del siglo XIX, se realiza de forma incremental, con diferentes ritmos hasta desembocar en un sistema público de garantía de ingresos, atención sanitaria y servicios sociales personales. El modelo universalista no se conseguirá hasta la consolidación de la democracia, una vez superadas las crisis económicas y la prioridad de las reformas políticas consustancial a la Transición.

3. HISTORIA Y DERECHOS SOCIALES*

La apretada síntesis de los antecedentes de la protección social (el término es pertinente e intencionado, pues históricamente no hay derechos sociales en sentido jurídico hasta 1978) en España nos permite llegar a las siguientes conclusiones, útiles para un más correcto enfoque del resto de la obra:

- a) Los derechos sociales son un problema tan antiguo, al menos, como el Estado constitucional (punto de arranque de nuestra síntesis), pero poco atendido en el contexto de un planteamiento, dominante a lo largo de todo el siglo XIX y de parte del XX, básicamente burgués y liberal⁷⁵. En España, el poder político ha ido concediendo derechos sociales (en el sentido amplio del término, no en su sentido actual) de forma intermitente, por razones de conveniencia y para dar satisfacción a las demandas de cada momento, casi siempre, en

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

75. Con buenos argumentos y para un contexto más general, PISARELLO (2007, pp. 19 y ss.) ha demostrado la falsedad (al menos parcial) de la tesis de la aparición tardía (las «generaciones de derechos») de los derechos sociales. Como reivindicaciones, existen desde el comienzo y casi también desde los inicios del siglo XIX cabe apreciar (aunque en España tal vez menos que en otros países) logros aislados de positivación. Ciertamente, la positivación se produce a nivel legal, pero este dato no es especialmente relevante, teniendo en cuenta que, como es sobradamente conocido, hasta 1931 la Constitución en España fue más un documento político que una norma jurídica propiamente dicha; en términos de Cánovas, «una ley como cualquier otra».

todo caso, con una óptica predominantemente paternalista⁷⁶. Ello no quiere decir que los derechos sociales sean menos importantes que los derechos liberales (de hecho, los primeros son reivindicados con mayor fuerza que los segundos); lo único que la Historia pone de manifiesto es más bien que el poder político (recuérdese, un poder político no democrático y dominado por la burguesía, salvo entre 1931 y 1936) les ha otorgado menos importancia⁷⁷. Para nosotros, resultan más significativas las reivindicaciones persistentes de la mayoría (el poder constituyente postergado) que la actuación histórica de un poder político concreto⁷⁸.

- b) En distintos momentos de la Historia española se produjeron algunos avances, casi siempre coyunturales y débiles, en materia social, sin que la Constitución los impusiera de manera expresa (de ahí que los textos respectivos no hayan sido primariamente tomados en consideración en el apartado anterior), mucho menos bajo la forma de derechos subjetivos. Esta circunstancia prueba dos cosas: primero, que puede avanzarse política e incluso legalmente en la igualdad material pero que cualquier avance sin previo sustrato constitucional es insatisfactorio y mudable (sólo la Constitución puede garantizar la estabilidad y aproximarse a una satisfacción razonable de las demandas sociales); y segundo, que puede avanzarse algo, aunque poco, en la igualdad material sin necesidad de acudir a la técnica del

76. *Vid.* la acertada síntesis de VAQUER CABALLERÍA, 2002, pp. 47 y ss. Asimismo, PISARELLO, 2007, pp. 28-30, quien en relación con el modelo dominante en la España contemporánea afirma que los derechos sociales «aparecían reducidos a mandatos políticos o a normas de efecto indirecto, cuya función principal era la de habilitar intervenciones legislativas en esferas que el constitucionalismo liberal vedaba de forma radical. Pero no adquirieron el estatus de auténticos derechos subjetivos, exigibles ante los tribunales, ni generaron mecanismos de control social que permitieran moderar la tendencia de las sedes legislativas y administrativas a autoprogramarse y a dejarse colonizar por poderes burocráticos y mercantiles de diverso signo».

77. Pese a ello, no coincidimos del todo con LAPORTA cuando viene a afirmar (2004, pp. 302-304) que la Historia resulta irrelevante para determinar el concepto y el fundamento actual de los derechos sociales. A nuestro entender, la Historia resulta útil (aunque en parte y con cautelas y matizaciones) precisamente para ambas tareas, no quizás para las demás, más propias y exclusivas de la dogmática jurídica.

78. En el apartado anterior nos centramos en la Historia de los hechos, con sólo breves referencias tangenciales a la Historia de las ideas. Si así lo hicimos, fue por entender que las ideas (sobre todo, las procedentes del campo socialista, que sin duda fueron las más importantes) tuvieron escasa incidencia real en el plano constitucional, salvedad hecha, claro está, de 1931. Esta tradición, sin embargo, no se pierde y es retomada en el momento constituyente, como en su momento veremos (*infra*, IV, 4.3.3). Para un análisis pormenorizado resultan fundamentales las aportaciones de MONEREO PÉREZ (1999) y MONEREO ATIENZA (2007), a las que remitimos *in totum*.

derecho subjetivo. Es decir, la Historia muestra la importancia de las garantías sociales (valga la redundancia) y colectivas de los derechos sociales, algo que la dogmática de los derechos sociales tiene bien en cuenta incluso hoy: no sólo jurídica e individualmente puede lucharse por los derechos sociales (*infra*, V). Ahora bien, también la Historia muestra la fragilidad de las conquistas conseguidas al margen de la Constitución.

- c) En España el Estado social, como tantos otros elementos del Estado constitucional contemporáneo, llegó tarde. En otros países europeos, con Constitución o sin ella, los avances fueron anteriores. En realidad, ninguna Constitución española se preocupó en serio de la materia hasta 1931. Aun así, el texto republicano apenas llegó a configurar derechos subjetivos y el incipiente Estado social se concretó más bien en forma de mandatos a los poderes públicos y desde la óptica predominante de Derecho del trabajo⁷⁹. Esta circunstancia explica en parte la falta de tradición dogmática española en materia de derechos sociales (los constitucionalistas carecían de objeto de estudio), y quizás también la inercia de gran parte de la doctrina actual.
- d) En 1978 se produce una transformación radical de la concepción constitucional de los derechos sociales. Existe sin duda una continuidad ideológica con 1931, pero el cambio en la configuración jurídica parece demasiado radical: el Estado social (no ya Estado de bienestar, *infra*, III, 2.4) se toma realmente en serio, pues en 1978 los derechos sociales se presentan, expresamente, como derechos subjetivos de todos los ciudadanos y no sólo de los trabajadores y se dibuja un horizonte programático bien claro, que apunta con mayor seguridad hacia el futuro. Por ello, el análisis del problema desde 1978 debe partir prácticamente de cero. Si el texto implica una innovación de este calado, la Historia no sirve para interpretarlo. Al menos desde la dogmática constitucional, la referencia a los antecedentes previos dificulta más que ayuda al análisis. La alusión del artículo 3.1 CC (norma, no se olvide, infraconstitucional) a los «antecedentes históricos y legislativos» debe por tanto tomarse con cautelas en nuestro ámbito de estudio. La llamada interpretación histórica, de por sí poco conveniente en materia constitucional⁸⁰ (por cuanto toda Constitución implica en esencia un pacto fundacional, una ruptura

79. El caso español no es aislado sino el dominante en la Historia durante al menos la primera mitad del siglo XX; al respecto, ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, esp. pp. 33 y ss.

80. Buenos argumentos en contra de la interpretación histórica de la Constitución en ALONSO GARCÍA, 1984, pp. 153-159.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

con el pasado), sólo serviría, en su caso, para dos cosas: comprender el desarrollo hacia delante de los derechos sociales⁸¹ (a vista de pájaro, la Historia da muestras, pese a los altibajos, de una mejora permanente de las condiciones de vida y de la creciente implicación de los poderes públicos en ella), dando así argumentos al principio de progresividad (*infra*, IV, 4.2.4) y para destacar la necesidad de romper con el pasado, de concebir los derechos sociales de una forma completamente nueva, superando las inercias de una dogmática construida sobre una realidad normativa del todo diferente⁸².

- e) El peso de la inercia es difícilmente evitable pero como constitucionalistas no podemos renunciar a luchar contra él. En la práctica (a veces también en la práctica de la dogmática jurídica) incide todavía más la tradición de la protección social paternalista (dominante, como hemos visto, en la España contemporánea) que las exigencias derivadas de la innovación producida por la CE, la cual sin duda (y en esta obra se demostrará reiteradamente este aserto) reconoce derechos sociales jurídicamente exigibles. En el fondo, detrás de estas inercias, más que un problema ideológico (que en parte también), se encuentra la dificultad de interiorizar las sabias intuiciones del primer constitucionalismo francés⁸³ (el carácter directivo de la Constitución⁸⁴), de tomarse realmente en serio el principio del Estado social (con la mutación que introduce sobre el Estado liberal de Derecho⁸⁵) y la función programática de la Constitución⁸⁶. Por

81. En este sentido podríamos aplicar a nuestro tema las afirmaciones de ZAGREBELSKY (2005, p. 91): «Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer. Incluso se podría decir: pasado y futuro se ligan en una única línea y, al igual que los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional que viene del pasado y por tanto a una incesante redefinición de los principios de la convivencia constitucional».

82. Lo que se denomina uso dinámico del argumento histórico, bien explicado por EZQUIAGA GANUZAS (1987, pp. 347 y ss.), en su vertiente de «alcance interpretativo al cambio de ciertas circunstancias respecto de la legislación anterior sobre la misma materia». EZQUIAGA cita al respecto las SSTC 27/1982, 42/1982, 51/1982, 67/1982, 38/1983, 42/1983, 67/1983 y 110/1984. Por su relevancia para nuestro tema destacamos la STC 42/1982, en la cual el Tribunal Constitucional defiende la necesidad de interpretar el derecho a la asistencia letrada en términos diferentes a los propios de la legislación anterior, dada la consagración constitucional del Estado social de Derecho.

83. Para los detalles, GARCÍA MANRIQUE, 2008, pp. 219 y ss.

84. Así, FIORAVANTI, 1998, pp. 127 y ss. o GRIMM, 2006, esp. pp. 159 y ss.

85. Así, BALDASSARRE, 1997, esp. pp. 138-139.

86. Al final, como ya hemos adelantado en este mismo capítulo, el punto nuclear es la teoría de la Constitución que se adopta, expresa o implícitamente, como presupuesto,

ello, en coherencia con la necesidad de explicitar la *precomprensión* implícita en esta obra y sin perjuicio de las necesarias precisiones posteriores, desde un comienzo reivindicamos, frente a la Historia, el papel de la Constitución como borrón y cuenta nueva, ruptura con el pasado y punto de partida de una nueva tarea colectiva.

lo que de manera necesaria implica escoger cuál de las funciones de la Constitución ha de ser (la concepción es normativa, no descriptiva) considerada prevalente. A este respecto, la tesis de DE OTTO (1988, pp. 41-49) nos parece que debe ser traída a colación, por el prestigio del autor y porque DE OTTO ha pasado a la Historia de la dogmática española (quizás injustificadamente) como jurista inmune a la contaminación valorativa. Pues bien, 23 años después de una primera lectura, consideramos ahora que DE OTTO, quien criticó con contundencia la función programática de la Constitución, exageró incorrectamente sus consecuencias (hizo uso del argumento de reducción al absurdo; p. ej., p. 44: «La Constitución [...] se transforma *toda ella* en programa, y la legislación ya no es el instrumento de una acción política libre dentro de los límites que la Constitución impone, sino que es "desarrollo" de la Constitución, del programa que la Constitución contiene» —cursivas nuestras, GE—; o p. 44: la función programática «resulta difícilmente compatible con la necesaria estabilidad de la Constitución») y ello hasta el punto de negar de plano la literalidad del texto mismo (el dominio de la *precomprensión* sobre la norma nos parece aquí evidente, y contrario, curiosamente, al positivismo). A nuestro juicio, la CE implica, en palabras del propio DE OTTO un «cambio en el modo mismo de entender la función de la norma constitucional» (p. 44) y la dogmática debe ser coherente con dicho cambio, pese a sus posibles consecuencias adversas (correctamente, LÓPEZ PINA, 1996, p. 24), como dejan bien patentes las referencias anteriores a autores del prestigio de BALDASSARRE, FIORAVANTI, FERRAJOLI o GRIMM. Si resulta necesario para destacar el contraste con posiciones como las defendidas por DE OTTO, mantenemos que la función social de la Constitución es, al menos, tan importante como la función liberal y democrática. Como el tema es central, volveremos sobre él en otros lugares de esta obra, y especialmente en *infra*, III, 2.4.2 e *infra*, IV, 4.3.3.

Capítulo II

Panorama de derecho comparado

1. ITALIA*

1.1. CONSTITUCIÓN

El artículo 2 de la Constitución italiana (CI) establece que «La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo singular, ya en las formaciones sociales en las cuales se desarrolla su personalidad, y requiere el cumplimiento de deberes ineludibles de solidaridad política, económica y social». Un pronunciamiento así en el pórtico de la Constitución permite afirmar que estamos ante un Estado que pretende acentuar su dimensión social de un modo intenso.

Los derechos sociales tutelan un interés del ciudadano para obtener determinadas prestaciones de la administración del Estado o, como suele decirse en Italia, de la República, entendida como el conjunto de los poderes públicos. En este sentido, se distinguen de los demás derechos, que esencialmente presuponen una libertad frente al Estado, y además son derechos cuyo diferente tratamiento por las diversas opciones políticas influyen acusadamente en las convocatorias electorales. Precisamente por la particular tutela que se da a estos derechos en el Estado italiano puede hablarse también, en este caso, aunque no se diga expresamente en la Constitución, de Estado Social, aunque con algunas particularidades.

Los derechos sociales se sitúan en un marco de derechos y deberes de la persona armónica y profusamente delineado en la CI¹. Según la doctrina italiana, aquélla contiene una distribución de materias relativas a los derechos sociales más coherente y persuasiva que la de la Carta de Niza, que no

* Por Carlos VIDAL PRADO.

1. RESCIGNO, 2003, p. 682.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

aborda los derechos sociales respetando su propia naturaleza sino que, por ejemplo, en más de una ocasión, los contempla bajo el perfil de los derechos de libertad².

Cuando la CI clasifica las relaciones de la persona en civiles, sociales, económicas y políticas, no pretende dividir la unidad de la persona, o de los grupos a través de los cuales se realiza esa persona. Lo que persigue es reflejar modos de ser y de tener, de avanzar y de ejercitar pretensiones con relevancia específica relativos a diversos momentos de la experiencia del individuo y de las comunidades particulares.

En la CI los derechos sociales se refieren a la familia, la salud y la escuela, pero en sentido amplio: en el ámbito familiar, por ejemplo, no se reducen sólo al ámbito interno, sino que afectan también a las relaciones de la familia con las comunidades que desarrollan tareas que históricamente han correspondido a la familia. Son estas cuestiones muy delicadas, sobre el plano político y económico, si pensamos, por ejemplo, en el terreno de la educación, en la libertad de elección de la familia y en la función general del Estado de asegurar la educación, y del reconocimiento de que la tarea es susceptible de ser asumida por alguien distinto al Estado, aunque sin gastos para el mismo³.

A diferencia de la Constitución alemana, como ya hemos dicho, la italiana no contiene una cláusula general sobre el Estado Social, pero su amplia clasificación de derechos sociales constituye un elemento fuertemente innovador con relación al pasado, por cuanto denota la toma de conciencia de los constituyentes sobre la necesidad de su formalización constitucional junto a los derechos civiles y políticos. Aunque el Estatuto Albertino recogía un elenco de derechos fundamentales, tenían un contenido limitado y se remitían a las sucesivas leyes de desarrollo.

La mayoría de los derechos sociales se sistematizan, fundamentalmente, en los títulos II y III de la Parte I (Derechos y deberes de los ciudadanos), de la CI, que regulan las relaciones ético-sociales y las relaciones económicas respectivamente. Entre otros, algunos derechos sociales previstos en la CI son los siguientes:

- a) Derecho al trabajo (art. 4).
- b) Derecho a la protección de la salud (art. 32).
- c) Derecho a la asistencia social para los discapacitados desprovistos de medios (art. 38.1) y derecho a la Seguridad Social (art. 38).

2. RESCIGNO, 2003, p. 683.

3. RESCIGNO, 2003, p. 684.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

- d) Derecho a la instrucción y a la educación (arts. 33 y 34), además de la educación y el acceso al mercado laboral para los discapacitados.
- e) Los derechos de los trabajadores en caso de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y desempleo involuntario (art. 38.2), a los cuales la reforma sanitaria de 1978 vincula el objetivo de la prevención de los accidentes y las enfermedades derivadas del entorno laboral.
- f) Derecho a una retribución suficiente y equitativa (art. 36).
- g) Libertad sindical (artículo 39), derecho a la huelga (art. 40).
- h) Algunos derechos de los menores y mujeres trabajadores (art. 37), como el derecho de la mujer trabajadora a la paridad en el tratamiento con el hombre (art. 37).
- i) El derecho a la asistencia letrada (art. 24).

La CI es una de las constituciones europeas vigentes que contemplan un rico catálogo de derechos sociales, junto a la portuguesa de 1976 y la española de 1978. La configuración de éstos en la CI presenta características del todo originales, no solamente por la amplitud y sistematicidad del catálogo, sino también porque los garantiza como derechos constitucionales y no sólo como derechos de configuración legal⁴. Además, la jurisprudencia constitucional ha considerado, en la práctica, este catálogo como abierto, al sostener que de la forma democrática del Estado es posible deducir una serie de derechos sociales que serían condición trascendental de la propia democracia. En este sentido se encuadrarían algunos derechos, como el derecho a la vivienda, entre los derechos inviolables del hombre de los que habla el artículo 2 CI. Se trataría de garantizar unos niveles mínimos que faciliten una convivencia digna a través de políticas públicas⁵, con relación especialmente a los colectivos más necesitados y a los jóvenes⁶.

Con relación tanto al catálogo expresamente considerado en la Constitución, y más en relación a los posibles derechos reconocidos por vía jurisprudencial, se trata de situaciones jurídicas que no siempre son directamente accionables y no siempre están provistas de facultades similares a las que corresponden a los titulares de derechos subjetivos. Sin embargo, su violación constituye siempre (al menos en el caso de los expresamente reconocidos en la Constitución) motivo de inconstitucionalidad y, de hecho, la *Corte Costituzionale* ha intervenido frecuentemente para declarar inconstitucionales normas legales que entran en conflicto con esos derechos. En todo caso, el

4. PILIA, 2005, p. 96.

5. BALDASSARRE, 1989 (a), pp. 11 y ss.

6. SCC 217/1988.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Estado está vinculado por esos derechos sociales, y debe garantizarlos, de modo que dichos derechos obligan al legislador a respetarlos y, más aún, a frecuentes actuaciones positivas de los poderes públicos.

Esto significa, por tanto, que los derechos sociales, entendidos en su acepción amplia (normas que protegen un bien en relación a los individuos), vinculan a los poderes públicos y exigen su intervención, en el sentido de que, precisamente porque se les considera fundamentales, la mayoría de tales derechos dependen, en la realidad concreta, de la organización del Estado, que es quien debe garantizar las prestaciones a las que dan lugar⁷. Puede decirse que los derechos sociales vienen definidos como aquellos derechos que tienen como objeto preferentemente las pretensiones de prestaciones por parte del Estado en favor del individuo⁸.

Aunque no siempre esa actuación de los poderes públicos es directa, en algunos casos no cabe duda de que es así. Puede decirse, por ejemplo, que en la CI algunos derechos sociales tienen el mismo carácter de «autoaplicabilidad» propio de los derechos de libertad⁹. Son los llamados «derechos sociales de libertad», libertad de elegir una profesión (art. 4), derecho de los padres a elegir la educación a impartir a sus propios hijos (art. 30).

1.2. DOCTRINA

1.2.1. Principios de la protección constitucional de los derechos sociales

La declaración de principio formulada en el artículo 2 CI puede entenderse, según hemos visto, como la proclamación de un Estado social. La doctrina italiana considera los derechos sociales como una generación de derechos posterior a la de los derechos de libertad, que, en el ámbito europeo, algunos llaman segunda¹⁰ y otros tercera generación. Por otra parte, la palabra «social» que acompaña al término Estado y aparece en la fórmula «derechos sociales» es un adjetivo que tanto en el lenguaje común como en el vocabulario de la CI asume significados no constantes, a veces vagos e imprecisos¹¹.

Estos derechos sociales se fundamentan, en el sistema constitucional italiano, en una serie de principios, aunque éstos no siempre se encuentren

7. MAZZIOTTI, 1964, p. 806.

8. DE VERGOTTINI, 2004, p. 288

9. Sobre este carácter autoaplicable, BALDASARRE, 1990.

10. LUCIANI, 2000, p. 512.

11. RESCIGNO, 2003, pp. 679 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

expresamente reconocidos en la Constitución¹². Así, aunque no encontramos en la CI una proclamación solemne de la «dignidad humana como fundamento de los derechos» o de la actuación de los poderes públicos, sí existen algunos preceptos que la suponen: el artículo 2 habla de que la República reconoce y garantiza «los derechos inviolables del hombre», el artículo 3 habla de promover el pleno desarrollo de la persona humana, el artículo 32, al hablar del derecho a la protección a la salud, establece también como criterio el pleno respeto por la persona humana. No se trata, por tanto, de un principio informador, pero puede entenderse que subyace en muchos de los reconocimientos de derechos previstos en la Constitución¹³.

De modo expreso, sólo se habla de «dignidad humana» en el artículo 41, en el que se afirma que «la iniciativa económica privada es libre», para a continuación advertir que «no puede desarrollarse en contraste con la utilidad social o de modo que cause daño a la seguridad, a la libertad, a la dignidad humana».

Con relación al *principio de igualdad*, el artículo 3 CI reconoce la igualdad formal («todos los ciudadanos tienen igual dignidad social y son iguales ante la ley»), y la igualdad material («es tarea de la República remover los obstáculos»)¹⁴.

El principio de igualdad se sitúa como fundamento de la dignidad humana, en cuanto que sólo a través de reconocimiento de la igualdad formal y sustancial se puede pensar en considerar a los hombres y mujeres iguales entre sí, y por tanto reconocer una dignidad similar, no sólo ante la ley, sino ante los derechos que se les reconocen. La alusión a la «igual dignidad social» del artículo 3 tiene un valor más moral que jurídico, sostiene CARETTI aludiendo a BARILE¹⁵, puesto que en las sociedades contemporáneas ya no existe una diferencia de dignidad social jurídicamente relevante¹⁶.

La *igualdad formal* se pone en la CI en *directa relación con los derechos*

-
12. Según BALDASARRE (1997, pp. 151 a 159), los principios serían el de la dignidad humana (art. 2 CI) y el de la igualdad (art. 3 CI).
 13. La SCC 559/1989 califica el derecho a la vivienda como inviolable a partir del art. 2 de la Constitución, al considerarlo uno de los «derechos inviolables» de la persona humana. En la reciente y polémica SCC 151/2009, sobre la legislación de reproducción asistida italiana, la Corte basa alguna de sus apreciaciones en el art. 3, y los tribunales ordinarios que habían elevado cuestiones de inconstitucionalidad se basaban repetidamente en el «principio del respeto a la dignidad de la persona humana».
 14. Sobre el principio de igualdad en la Constitución italiana, CARETTI, 2005, pp. 155-193.
 15. BARILE (1984, pp. 73 y ss.) no dice exactamente lo que sostiene CARETTI, aunque dedica un buen número de páginas a desglosar el contenido del art. 3 de la Constitución italiana.
 16. CARETTI, 2005, p. 160.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales, en cuanto se la considera premisa o condición para el efectivo reconocimiento de aquellos derechos como valores constitucionales supremos¹⁷. Cuando en el artículo 3.1 CI se hace referencia a la prohibición de la discriminación, debe traducirse en un inevitable respeto de las diversas situaciones que la ley trata de garantizar, todas de la misma manera, esto es, con los mismos instrumentos.

En este punto debemos considerar también el principio de igualdad sustancial, en el artículo 3.2 CI, estrechamente ligado con el artículo 3.1. Por lo que se refiere a este segundo apartado, el problema es un poco más complejo. Nos encontramos aquí con una obligación de la República de remover los obstáculos de orden económico y social que, de hecho, impiden el pleno desarrollo de la persona humana. Esto comporta que la acción social del Estado tenga como objetivo la igualdad de posibilidades para todos los ciudadanos a la hora de gozar de los derechos fundamentales que la Constitución considera conexos con el pleno desarrollo de la dignidad humana.

Algunos autores italianos subrayan sobre todo la vinculación de los derechos sociales con el *principio de solidaridad*, y no tanto con el de igualdad sustancial¹⁸. No hay duda de que en las experiencias constitucionales contemporáneas ambos principios caminan estrechamente unidos. El caso italiano es un buen ejemplo de esta vinculación, quizá producto de las aportaciones, por un lado, del «solidarismo» católico, y por otro, del igualitarismo de origen socialista (no estatalista) que se manifestaron en el proceso constituyente italiano. De hecho, hay quien ha afirmado que esta conexión entre ambos principios representa la característica distintiva más evidente del actual Estado constitucional¹⁹.

La función específica del principio de solidaridad es la de producir y legitimar deberes, con el objeto de hacer funcionar los mecanismos de integración social. El principio de solidaridad «representa el criterio fundamental destinado a mediar, a través de los deberes según los cuales se manifiesta en el plano constitucional, el mínimo de homogeneidad» indispensable para la existencia de cualquier formación político-social²⁰. En este sentido, es lógico y apropiado que el artículo 2 CI evoque la solidaridad vinculándola a los deberes inderogables que son contenido natural de ese principio y su inmediata consecuencia jurídico-positiva²¹.

17. BALDASARE, 1989, p. 11.

18. PERGOLES, 1953, p. 12; CICALA, 1967, p. 16.

19. BALDASARE, 1989 (b), p. 16.

20. LOMBARDI, 1967, p. 48.

21. LUCIANI, 1995, p. 130.

1.2.2. Armonización entre igualdad y libertad²²

Para los críticos de la igualdad, entendida como la dimensión dentro de la que las exigencias de homologación prevalecen sobre las de la diferenciación, ésta no se muestra compatible con la dimensión de la libertad, que parece reclamar la máxima expansión de los instrumentos de afirmación de la identidad individual, y por ello de la recíproca separación. Entre el principio de libertad y el de igualdad se fija de este modo una insuperable contradicción, que toma como referencia diversos ideales universales y proyectos políticos radicalmente alternativos²³.

Las dificultades con las que se ha encontrado la igualdad han sido, al mismo tiempo, las que han encontrado los derechos sociales, que han tomado del principio de igualdad históricamente alimento y justificación²⁴. Precisamente la unión entre derechos sociales e igualdad se ha utilizado con frecuencia para negar el carácter de derechos fundamentales a los primeros, en contraste con los derechos de libertad²⁵. Entre los derechos sociales y los de libertad se ha instaurado un modelo de relación de conflicto y desigual, en la cual los que llevan la peor parte son los derechos sociales. «En el reino de los derechos de libertad, los derechos sociales no solamente no han sido venerados, sino que han sido simplemente tolerados»²⁶.

Esta contradicción entre libertad e igualdad viene rechazada por LUCIANI. En democracia, dice, lo que cuenta es que todos puedan participar en la toma de decisiones, con independencia de su posición en la sociedad. Por eso mismo el sufragio universal es consustancial a la democracia. Y el principio de universalidad del sufragio se basa sobre el principio de igualdad, una igualdad irreductible de todos los titulares del sufragio activo. En este sentido, la democracia contemporánea no puede perjudicar los derechos de libertad, porque sin los derechos fundamentales que de ella se derivan, la libertad misma es pura apariencia. Pero tampoco puede, obviamente, disminuir la eficacia del principio de igualdad, porque sin igualdad no habría igualdad de sufragio, presupuesto lógico e histórico de la democracia²⁷. No tiene sentido, por lo tanto, hoy en día, contraponer igualdad y libertad. Lo

22. LUCIANI, 1995, pp. 97 y ss. (pp. 100 y ss.).

23. LUCIANI pone como ejemplo de este planteamiento contradictorio entre ambos principios, en el siglo XX, a SCHMITT (1932, p. 593), FORSTHOFF (1973, pp. 30 y ss.) y LEIBHOLZ (1958, p. 88).

24. Sobre la conexión entre derechos sociales y principio de igualdad, *vid.* BALDASARRE, 1989 (a), p. 6.

25. P. ej., Carl SCHMITT en su *Teoría de la Constitución*.

26. LUCIANI, 1995, p. 101.

27. LUCIANI, 1995, p. 105.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cual no quiere decir que no puedan existir conflictos, como consecuencia de la yuxtaposición de una y otra.

Existe una conexión estrecha, como es evidente, entre igualdad formal y material. Conexión no significa identidad. En Italia se ha dicho que el artículo 3.2 de la Constitución no podría leerse como una norma en sí misma, sino como una mera especificación del modo de ser de la igualdad²⁸. Pero según LUCIANI, esta tesis no es convincente²⁹, sino que resultaría incluso más admisible la contraria, la que dice que existe una contradicción entre los dos tipos de igualdad³⁰. LUCIANI, en cambio, va más allá, y sostiene que, aunque igualdad formal y material son dos conceptos diversos, y la segunda no es un mero desarrollo mecánico de la primera, no puede decirse que sean contradictorios. Puede ser que, en ocasiones, nos encontremos con circunstancias en las que parezcan enfrentarse ambos principios. Pero no será lo habitual. Precisamente la exigencia del sufragio universal es una consecuencia de la aplicación del principio de igualdad material al ámbito de la participación de los ciudadanos en una democracia. No basta con el reconocimiento formal, sino que se requiere el sustancial, el material.

De igual manera que la igualdad sustancial se muestra como un elemento imprescindible en una democracia, los derechos sociales, que suponen una derivación no sólo histórica, sino lógica, del principio de igualdad material, se convierten en una connotación no eliminable de la democracia, en igualdad de condiciones con los derechos de libertad nacidos del tronco de la idea de libertad³¹.

La oposición entre libertad e igualdad no tiene sentido en el universo dominado por el principio democrático, porque la libertad no es tal si no es libertad igual, y si no es libertad imputada a la persona social, más que al individuo.

Uno de los ejemplos más claros y recientes de la relación entre el principio de igualdad y los derechos sociales es la cuestión de la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer. Ésta ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina italiana, pero ha sido la evolución legislativa la que ha determinado el nacimiento de un nuevo catálogo de derechos sociales³².

La firme conciencia de la igual dignidad de los ciudadanos, también en función de su pertenencia a uno u otro sexo, tiene el pleno reconocimiento

28. MORTATI, 1976, p. 1034.

29. También BALDASSARRE (1989b, pp. 11 y ss.) critica esta posición.

30. AINIS, 1992, pp. 597 y ss. Ver también CARAVITA, 1984, pp. 48 y ss.

31. LUCIANI, 1995, pp. 111 y 112.

32. RUGGERI, 1995, pp. 605 y ss.

del artículo 3.1 CI. El principio de carácter general encuentra ulteriores especificaciones en lo que concierne a la igualdad de los cónyuges en la familia (art. 29), la igualdad de derechos y de salario entre hombre y mujer en el ámbito laboral (art. 37), la capacidad electoral de la mujer, la plena capacidad de acceder a puestos públicos y a los cargos electos en condiciones de igualdad (art. 51)³³. El Decreto legislativo 532/1999 ha establecido, en línea con la normativa comunitaria, nuevas normas en materia de trabajo nocturno, sin distinguir entre trabajadores/as, y sancionando el principio según el cual «son asignados al trabajo nocturno con prioridad absoluta los trabajadores/as que lo soliciten» (art. 3.1).

1.2.3. Protección y eficacia de los derechos sociales

Con relación a los distintos niveles de protección y garantía de los derechos sociales, pueden destacarse tres cuestiones en la doctrina italiana.

a) *Los derechos sociales originarios y derivados*. No siempre se ha utilizado esta terminología (derechos originarios y derivados) de modo unánime, pero sí se ha referido a ellos en un sentido similar. Diferentes autores (sobre todo los más críticos con la directa accionabilidad de los derechos sociales) han hablado de la posibilidad de pensar los derechos sociales como condicionados³⁴ o relativos. Pero existen, sin duda, otros derechos sociales en la CI que no ofrecen duda sobre su eficacia directa e inmediata. CARETTI habla de dos tipos de derechos sociales, los condicionados y los incondicionados (que serían los derechos sociales de libertad)³⁵. Hay quien llama a estos últimos derechos sociales originarios, son directamente accionables y se referirían a las relaciones que se establecen a iniciativa de las partes, con el fin de determinar el tipo o la cantidad de prestaciones (p. ej., el derecho a un salario proporcionado y suficiente o el derecho al descanso y a las vacaciones).

Los derechos sociales condicionados presuponen una organización necesaria e idónea para el suministro de la prestación (p. ej., el derecho a la asistencia y previsión social, a la instrucción y al acceso a la escuela), por lo que no serían accionables de modo directo.

33. POGGI, 2002, 3, pp. 619 y ss.

34. Sobre esta terminología, entre otros, BALDASARRE, 1997, pp. 208 y ss.

35. Así, CARETTI (2005, p. 402) cita la libertad de elegir una profesión, algunos de los derechos de la familia, la libertad de crear y dirigir centros educativos, el derecho de huelga, el derecho a la integridad psíquica y física. P. ej., la *Corte Costituzionale* siempre ha subrayado la prohibición de introducir cualquier medida dirigida a interferir en la libertad de elección y en las modalidades de ejercicio de la actividad laboral (SCC 258/1986). Sobre el derecho de huelga, *vid.* SSCC 124/1962, 31/969, 222/1986 y 125/1980.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La existencia o no de intervención de los poderes públicos para convertir los derechos en eficaces no incide sobre la existencia del derecho (constitucionalmente reconocido), sino sobre las modalidades de garantía del mismo. Así, por ejemplo, la *Corte Costituzionale* tiene dicho que debe llevarse a cabo una ponderación entre las exigencias económico-financieras y las exigencias sociales, pero una ponderación desigual, porque el fin (la satisfacción de los derechos) no puede someterse a los medios (la eficiencia económica). No se trata de buscar criterios exclusivamente económicos, sino de garantizar los derechos³⁶. Sin embargo, desde el inicio de los años noventa, la Corte italiana ha mostrado preocupación por las consecuencias económicas de sus sentencias³⁷.

b) *La «reserva» de lo «posible y razonable» en la realización de los derechos derivados.* La distinción entre el reconocimiento de un derecho social y su concreta garantía, como pertenecientes respectivamente a la esfera constitucional y a la legislativa, procede de la jurisprudencia constitucional alemana, que se encuentra frente a una Constitución en la que se enumeran muy pocos derechos sociales. Asimismo, la fórmula de lo posible y razonable ha sido elaborada por la misma jurisprudencia, y posteriormente fue acogida por la *Corte Costituzionale* italiana, como obligación para el legislador de graduar la realización de los derechos sociales, equilibrándolos con los otros valores constitucionales primarios y con las exigencias de los Presupuestos Generales del Estado, así como también medida para valorar las inercias o retrasos legislativos y para controlar el uso del poder legislativo discrecional a la hora de prever los contenidos y desarrollos de los derechos sociales.

Entre los artículos modificados a través de la reforma del Título V de la CI está el artículo 117, en el sentido de incrementar la potestad legislativa de las Regiones. Para evitar que estas nuevas posibilidades de desarrollo legislativo puedan provocar desequilibrios entre unas regiones y otras, en la reforma se reserva a la exclusiva competencia del Estado «la determinación de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional». Se fija, por lo tanto, un nivel mínimo, pero se permite asegurar una tutela mayor de los derechos³⁸, lo que en otros países se ha dado en llamar «contenido adicional».

c) *Los criterios de control de constitucionalidad de las leyes de ejecución de derechos sociales.* Estos criterios pueden concretarse en los siguientes: principio

36. LUCIANI, 1995.

37. CARETTI, 2005, p. 403.

38. CARETTI, 2005, p. 403.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de gradualidad en la ejecución de las reformas legislativas (SCC 173/86): no se exige, por tanto, una ejecución inmediata, sino que se acepta una ejecución condicionada a las posibilidades de la administración, en lo que se refiere a medios económicos y materiales³⁹; principio de constitucionalidad provisional de una determinada disciplina necesitada de desarrollo o de reforma (SCC 826/88, sobre la reforma del servicio de radiotelevisión⁴⁰); y principio de actuación parcial inconstitucional: es el caso de la S. 215/87, que ha declarado inconstitucional una ley en la parte en la cual establecía que debía «facilitarse» la asistencia a la escuela de los discapacitados, y no que debía «asegurarse y concretarse de modo efectivo».

1.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

1.3.1. Derechos sociales y principio de igualdad

El derecho al trabajo representa el prototipo de los derechos sociales⁴¹, y ocupa un lugar central en la CI, como se pone de relieve en el enunciado del artículo 1 al afirmar solemnemente que Italia es «una República demo-

39. La Sentencia se refiere a la posible inconstitucionalidad de la normativa sobre pensiones de jubilación, en relación con diversos artículos de la CI, alegando una necesidad de homogeneización de las pensiones y un tratamiento similar de las categorías profesionales, y que sin embargo dicha normativa no respetaría el principio de proporcionalidad entre las distintas categorías profesionales. La *Corte Costituzionale* admite que «la ejecución definitiva y completa de la misma [la tendencia a respetar los objetivos previstos en la Constitución, en relación con la homogeneización y asimilación de las diferentes categorías profesionales] se confía a la discrecionalidad del legislador, tratándose de opciones de política social y económica», rechazando la posible violación de los arts. 36 y 38 CI por una hipotética desproporción en relación con la calidad y cantidad del trabajo de los interesados.

40. Se trataba de analizar una legislación que reformaba el sistema de radiotelevisión, pero que lo hacía de un modo en principio provisional, puesto que se estaba tramitando ya una nueva ley a la que se remitía la normativa impugnada ante la Corte. Ésta admite que la legislación «provisional» no es completa y no satisface todos los requisitos constitucionalmente exigidos, pero no la considera inconstitucional: «resulta decisivo considerar que la reciente intervención legislativa tiene naturaleza claramente provisional, puesto que en su complejo planteamiento aparece proyectado hacia la futura reforma del sistema de radio-televisión, a la cual se hace referencia en varias ocasiones, con diversa finalidad. La ley, por lo tanto, se orienta a dictar una disciplina solamente parcial y limitada en el tiempo, destinada en breve tiempo [...] a ser sustituida por la ley de reordenación del sector entero». A continuación, la Corte dice que si esta nueva ley de reforma no se aprobase en un tiempo razonable, se vería obligada a considerar la inconstitucionalidad de la regulación provisional ahora impugnada.

41. MENGONI, 1998, p. 6. BALDASSARRE (1997, p. 163) dice que las primeras y más importantes elaboraciones de los derechos sociales son las que se refieren a los derechos inherentes al mundo del trabajo y, en particular, a propósito del derecho al trabajo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

crítica fundada sobre el trabajo» y por el artículo 4, que reconoce y tutela los derechos del ciudadano trabajador⁴², considerando titulares del derecho al trabajo a todos los ciudadanos.

Los poderes públicos deben, además, promover las condiciones que hagan efectivo el derecho al trabajo. Se trata de un derecho que se dirige, en primer lugar, a todos los niveles del aparato público, al cual se solicita, sustancialmente, que suscite las ocasiones de trabajo, es decir, perseguir una política de pleno empleo o, al menos, del menor paro posible. Estamos ante una manifestación más del principio de igualdad. Y no solamente frente a la ley, sino el principio de igualdad material, enunciado en el artículo 3.2 de la Constitución.

Así entendidos, los derechos sociales son definidos en Italia en un sentido objetivo, como el conjunto de normas a través de las cuales el Estado ejerce su función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales; o en sentido subjetivo como los derechos de cada uno de los ciudadanos a participar de los beneficios de la vida en sociedad⁴³.

Se puede concluir, por tanto, que el segundo apartado del artículo 3 CI se pone en relación con los derechos sociales en la medida en que los poderes públicos operan conforme a los fines establecidos⁴⁴. Sin embargo, en lo que se refiere al alcance que puede atribuirse al principio de igualdad en Italia, algunos autores⁴⁵ han subrayado cómo la igualdad no tiene carácter universal, puesto que se refiere solamente a los ciudadanos italianos, dejando la regulación de la condición de extranjero al artículo 10 CI. El artículo 3 establece un principio, pero no atribuye una situación jurídica subjetiva a cualquier individuo.

El ordenamiento italiano se diferencia así del español o el alemán, que consideran la igualdad como derecho fundamental, lo cual no comporta sólo la igualdad en abstracto, sino como instrumento para la tutela de otros intereses sustanciales. Los derechos sociales serían, así, una evolución en sentido material del principio de igualdad⁴⁶.

1.3.2. El derecho al trabajo

Con relación al derecho al trabajo, la doctrina italiana ha discutido bastante sobre la oportunidad o no de utilizar el término «derecho» para refe-

42. CARETTI, 2005, pp. 373-377.

43. MAZZIOTTI, 1964, p. 804.

44. BALDASSARRE, 1989b, p. 12.

45. PACE, 2001, p. 156.

46. MENGONI, 1998, p. 8.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

rirse al trabajo, basándose en que, en la realidad, es más que difícil poder garantizar a todos un puesto de trabajo y todavía sería más complicado poder recurrir a un juez para poder dar satisfacción a la pretensión de lograr un puesto de trabajo. El mismo tenor literal del artículo 4.1 de la Constitución permite entender que debe ser interpretado esencialmente como objetivo a alcanzar por medio del empeño directo de los poderes públicos dirigido a crear las condiciones idóneas para poder lograrlo. Pero esto no quiere decir que la disposición tenga un carácter meramente programático, sino que, al contrario, justifica sobre el plano jurídico todas las intervenciones del Estado dirigidas a favorecer los más altos niveles de ocupación. Se acentúa esta interpretación si conectamos este artículo con el 41.3 CI, que remite a la ley la determinación de los programas y los controles oportunos para que la actividad económica pública y privada se pueda dirigir a fines sociales⁴⁷.

Derivado del derecho al trabajo, la *Corte costituzionale* ha reconocido el derecho a la libertad de elección de una actividad laboral o profesional. Por ejemplo, ha declarado inconstitucionales una serie de normas que exigían, para el acceso a determinados empleos públicos, requisitos como no tener hijos⁴⁸, poseer una «buena calidad moral y de conducta»⁴⁹, por considerarlos una grave injerencia en la esfera privada y familiar de la persona que no se encuentra justificada. En definitiva, la Corte ha considerado inconstitucional cualquier medida que pudiese interferir en la libertad de elección profesional⁵⁰.

No se considera, sin embargo, garantizado el derecho a conservar el puesto de trabajo⁵¹, aunque no hay duda tampoco de que nadie puede despedido arbitrariamente⁵². Otros derechos del trabajador están reconocidos en el artículo 36.1 de la Constitución: el derecho a una retribución suficiente, el establecimiento de una duración máxima de la jornada laboral, el derecho al descanso y a las fiestas retribuidas y el derecho al ahorro.

1.3.3. El derecho a la Seguridad Social

La Seguridad Social está en directa relación con varios de los derechos anteriormente citados, singularmente el derecho a la salud y el de la atención de los trabajadores en caso de necesidad. Es el artículo 38 CI el que regula

47. CARETTI, 2005, pp. 404 y 405.

48. P. ej., para empleos militares, SCC 332/2000.

49. En relación con el acceso a la Policía, SSCC 108/1994 y 391/2000.

50. SCC 248/1986.

51. SCC 45/1965.

52. Como se regula expresamente en la Ley 604/1966, integrada posteriormente en la Ley 300/1970, que establece la ilegitimidad del despido individual sin justa causa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el sistema de Seguridad Social, y como ya hemos dicho, debemos ponerlo en directa relación con el 32, fundamento del derecho a la protección de la salud. Estos artículos están en estrecha conexión con el artículo 35 («La República tutela el trabajo en todas sus formas y aplicaciones») y con algunos principios fundamentales determinados en los arts. 2 y 3 CI, en concreto los llamados principios «intervencionista», «personalista» y «solidarista»⁵³.

Ésta es la vía que nos permite encontrar el fundamento constitucional de un sistema de Seguridad Social. La tutela de quien, viviendo del propio trabajo, llega a encontrarse en condiciones de necesidad, corresponde a un interés que afecta a la entera colectividad nacional, y constituye así una expresión necesaria de la solidaridad de toda la colectividad organizada en el Estado. Se comprende entonces lo dispuesto por el artículo 38.1, al decir que «todo ciudadano incapaz para trabajar o desprovisto de medios necesarios para vivir tiene derecho a ser mantenido y a la asistencia social» y el 38.2: los trabajadores tienen derecho a que sean previstos y asegurados los medios adecuados a sus exigencias vitales en caso de accidente, enfermedad, invalidez y vejez, desempleo involuntario.

Estamos ante dos tipos de tutela diferentes: mientras que para los ciudadanos el empeño de la comunidad debe ser el de proporcionar los medios necesarios para vivir, para los que, como «trabajadores», han contribuido al bienestar de toda la colectividad, está previsto un trato preferencial, en lo que se refiere a las prestaciones económicas a las que tienen derecho, en función del artículo 38.2.

La *Corte Costituzionale* ha reafirmado en múltiples ocasiones que la opción del legislador, en desarrollo de lo constitucionalmente dispuesto (arts. 2, 3, 32, 38 y 53), está orientada a configurar un sistema de previsión definible como «solidario», caracterizado por la no correspondencia entre riesgo y contribución, y por la irrelevancia de la proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones de previsión. Por el contrario, se caracteriza por el relieve que asume la «capacidad contributiva», globalmente entendida, de los miembros individuales de la categoría profesional. En lo que se refiere a la protección de la salud, la *Corte Costituzionale* sostiene la existencia de «una tutela privilegiada de los trabajadores, que se desarrolla tanto en el ámbito sanitario como en el económico» (SCC 559/87), y que tiene también su reflejo en la legislación que garantiza la seguridad y la higiene en el trabajo.

1.3.4. El derecho a la salud

El artículo 32 prevé el derecho a la protección de la salud, entendido

53. AMATO-BARBERA, 1997, p. 170.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

como uno de los más cualificados derechos de la persona y, por tanto, en relación directa con el artículo 2 CI. Tradicionalmente se le ha considerado como uno de los más importantes derechos sociales, en el sentido de que confiere al ciudadano la expectativa jurídica de que la República se ponga en grado de hacer razonablemente posible la defensa o la recuperación del estado de salud de todos los ciudadanos. El derecho a la salud muestra aspectos típicos de estos derechos (la pretensión que tiene como objeto una prestación) cuando se presenta como derecho a la curación de una enfermedad (gratuitamente o bajo pago de un precio), y aspectos típicos de los derechos de libertad (la pretensión que tiene por objeto una abstención) cuando se presenta como derecho a no ser curado. La misma expresión («derecho a la salud») connota una variada pluralidad de situaciones subjetivas y valores objetivos a ellas vinculados. Lo mismo ocurre con los derechos de libertad, que pueden ser contemplados desde distintos puntos de vista y pueden tener distintas manifestaciones que lo presenten en uno u otro grupo de derechos. Basándose en esta argumentación, LUCIANI llega a decir que el hecho de que un derecho sea considerado social o de libertad depende de su propia historia, o como máximo de cuál de sus distintos aspectos haya prevalecido en su desarrollo histórico como derecho⁵⁴.

En la tutela de la salud concurren los intereses del individuo y de la colectividad. Se trata de una consecuencia del principio de solidaridad, de manera que cada uno aporta algo a la comunidad, y de esos recursos públicos se emplea una parte en la protección de la salud de los individuos singulares.

La evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud ha ido consolidando a éste como un derecho de amplio significado, y con una importante y efectiva esfera de protección. En este sentido, algunos hablan del «nuevo» derecho a la salud, o de las nuevas manifestaciones del mismo⁵⁵. Esta evolución ha puesto también de relieve que resulta difícil, en algunos casos, distinguir de un modo radical entre derechos individuales y derechos sociales. La *Corte Costituzionale*, en la primera de sus intervenciones sobre la prevención y lucha contra el SIDA, afirmó que la salud «constituye un valor que, protegido por la Constitución como derecho fundamental del individuo y como interés de la colectividad (art. 32) ha sido reconocido constantemente por esta Corte como primario, por ser inherente a la persona humana, y por su categoría de derecho social, que caracteriza la forma de Estado social diseñada por la Constitución» (SCC 37/1991, citando las SSCC 455/1990, 324/1989, 1011/1988 y 177/1986).

54. LUCIANI, 1995, p. 121.

55. MODUGNO, 1995, p. 40.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En esta misma línea, en las Sentencias 218/1994 y 258/1994 la Corte sostiene que «la tutela de la salud comprende la pretensión común y general del individuo a condiciones de vida, de ambiente y de trabajo que no pongan en riesgo su bien esencial», y esta protección «no se agota en estas situaciones activas de pretensión. Implica y comprende el deber del individuo de no lesionar y no poner en riesgo con el propio comportamiento la salud de otros».

Otra dimensión social del derecho a la salud se puso de relieve en la Sentencia 180/1994, que rechazó la pretensión de inconstitucionalidad de la ley que obligaba a llevar el casco al conducir las motocicletas. La Corte habla de los «costes sociales» que tendría una conducta que pondría en peligro la salud del ciudadano.

Entre las diversas situaciones subjetivas que pueden entenderse incluidas en el «derecho a la salud»⁵⁶ no cabe duda que, ante todo, la principal es la que concibe tal derecho como el «derecho a la integridad psico-física», que se trata de un verdadero derecho subjetivo. Bajo el perfil de la «defensa de la integridad psicofísica de la persona humana» frente a la agresión o a las conductas lesivas de terceros (y en este punto entra en conexión el art. 32 con el 13 CI), nos encontramos con un derecho *erga omnes*, inmediatamente garantizado por la Constitución y, como tal, directamente tutelable y accionable frente a los autores de comportamientos ilícitos⁵⁷.

El bien protegido por la norma constitucional (la salud) ya es propio del beneficiario del mismo, y no necesita la intervención del legislador como única condición de tutela. Del artículo 32 nacen derechos subjetivos perfectos que tienen como objeto el bien «salud», directamente accionables ante la autoridad judicial⁵⁸. Estrechamente conectada al derecho a la integridad psico-física está la regulación de los trasplantes de órganos, que en Italia se ha ido definiendo a través de una detallada legislación, diversa en función de que la extracción de órganos se produzca de seres vivos o de cadáveres⁵⁹.

Recientes tendencias jurisprudenciales han enriquecido el derecho a la salud con una nueva acepción: el derecho a participar en las decisiones relativas a la elección del tratamiento sanitario. Éste se sustancia en el derecho al consentimiento informado⁶⁰. Del artículo 32.1 CI se deriva asimismo un

56. Sigo en estas líneas las ideas aportadas por CARETTI, 2005, pp. 426 y ss.

57. SSCC 88/1979, 184/1986 y 559/1987.

58. BALDASSARRE, 1989b. Así lo ha entendido la jurisprudencia de la *Corte costituzionale*: *vid.*, en particular, SSCC 247/1974 y 88/1979.

59. Sobre la cuestión puede verse ROMBOLI, 1982.

60. Se afirma en el art. 33.1 de la Ley 833/1978 («Los controles y tratamientos sanitarios son normalmente voluntarios») e incluso antes, en el art. 1 de la Ley 180/1978, de idéntico tenor. Sobre esto ha habido numerosa jurisprudencia ordinaria. *Vid.* CARETTI, 2005, p. 429.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

«derecho a las prestaciones sanitarias» y, por tanto, un derecho a recibir tratamientos curativos. Todos los sujetos públicos que conjuntamente componen la República (Estado, Regiones, Provincias, Ayuntamientos) están obligados a hacer efectivo este derecho, interviniendo bien directamente (a través de las correspondientes infraestructuras asistenciales), bien indirectamente, disponiendo las cosas de manera que sean sujetos privados los que desempeñen esta tarea. Esta obligación se concreta por tanto en la necesidad de garantizar las condiciones mínimas de salud y bienestar psicofísico del individuo, con independencia de sus condiciones económicas⁶¹.

Bajo el perfil del derecho a tratamiento sanitario, el derecho a la salud está sujeto, sin embargo, a la «determinación de los instrumentos, de los tiempos y de los modos de actuación» de la relativa tutela por parte del legislador ordinario⁶². Esto comporta que, según la *Corte costituzionale* italiana, de igual manera que todo derecho a prestaciones positivas, al estar basado sobre normas constitucionales de carácter programático que imponen la consecución de un determinado objetivo, está garantizado a cada persona como un derecho constitucional condicionado por el grado de eficacia que el legislador le otorga a través del balance del interés tutelado por ese derecho con los otros intereses constitucionalmente protegidos⁶³. Pero, continúa la Corte, «este principio, que es común a cualquier otro derecho constitucional a prestaciones positivas, no implica ciertamente una degradación de la tutela primaria asegurada por la Constitución hacia una puramente legislativa, sino que comporta que la realización de la tutela, constitucionalmente obligatoria, de un determinado bien (la salud) se produzca gradualmente, como consecuencia de un equilibrio razonable con los otros intereses o bienes que gozan de similar tutela constitucional y con la posibilidad real y objetiva de disponer de los recursos necesarios para la misma realización: equilibrio que está siempre sometido al control por parte de esta Corte en las formas y modos propios al uso de la discrecionalidad legislativa»⁶⁴.

La última parte del artículo 32.1 prevé que la República «garantiza las curas gratuitas a los indigentes». En principio parece que se trata de un derecho no inmediatamente accionable, y que necesita una actuación legislativa sobre la base de los recursos financieros disponibles. No puede excluirse,

61. Así se ha reconocido por la *Corte Costituzionale*, en las SSCC 992/1988 y 445/1990. Más recientemente, SSCC 185/1998, 309/1999 y 509/2000.

62. SSCC 81/1966, 112/1975, 104/1982, 142/1982, 75/1982, 212/1983, 226/1983, 342/1985 y 1011/1988.

63. SCC 455/1990.

64. Además de la Sentencia que se cita textualmente (455/1990), la Corte ya había sostenido esta tesis en las SSCC 27/1975, 226 y 559/1987, 992/1988, 319/1989, 127 y 298/1990.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en este sentido, un posible control de la *Corte Costituzionale* sobre la utilización de los recursos financieros en este sector. La puesta en práctica de la disposición que estamos examinando se ha concretado a través del artículo 1.3 del Decreto Legislativo 502/1992 (modificado por el art. 1 del Decreto legislativo 229/1999), que garantiza la gratuidad a nivel nacional de las prestaciones sanitarias comprendidas en los niveles esenciales.

Al derecho a la salud, entendido como interés de la colectividad, se vinculan las numerosas intervenciones de los poderes públicos dirigidas a la tutela del medio ambiente. Las disposiciones dirigidas a proteger a los ciudadanos frente a los distintos tipos de contaminación, a conservar y desarrollar los recursos naturales, a tutelar las áreas territoriales de particular valor natural, a asegurar las condiciones ambientales de modo que se mejore la calidad de vida, tienden a configurar un verdadero y propio derecho a un medio ambiente saludable, como premisa de una efectiva realización del derecho a la salud⁶⁵.

El medio ambiente viene considerado en la CI como un valor primario o fundamental, que se concreta tanto en un derecho subjetivo de los individuos (derecho a un medio ambiente sano) como en una defensa de los intereses de la colectividad. Esto se deriva también de la jurisprudencia constitucional⁶⁶. El derecho a un medio ambiente sano podría también entenderse como implícito en el mismo derecho a la salud, si restringimos (como decía GIANNINI) el significado de «ambiente» al que se refiere al «hecho de mutua agresión entre hombre y naturaleza», y limitando el significado de salud a la simple integridad física⁶⁷. El derecho a la salud no se agota en la conservación de la integridad física, sino que comprende también la necesidad de desarrollar la vida en unas condiciones de salubridad e higiene adecuadas, y es la defensa de esta esfera vital la que resulta objeto de protección en función de lo previsto en el artículo 9 CI, que debe entenderse no sólo como la tutela del paisaje, sino del sistema ecológico.

No solamente se trata de un principio constitucional que prevé el interés colectivo de la defensa medioambiental («interés difuso» o valor constitucio-

65. CARETTI, 2005, p. 432.

66. SSCC 94/1985, 359/1985, 39/1986, 151/1986, 167/1987 y 191/1987. Resulta especialmente relevante la SCC 210/1987, en la que la Corte habla de «finalidad de protección de los valores constitucionales primarios (arts. 9 y 32 de la Constitución)», es decir, «el ambiente y la salud», entendidos como valores «que en sustancia la Constitución prevé y garantiza». En el mismo sentido, la SCC 617/1987. Más adelante, la SCC 1029/1988.

67. También LUCIANI subraya que cualquier lesión del medio ambiente supone una lesión de la integridad física de aquellos que están en contacto con ese entorno ambiental.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

nal son términos utilizados por la *Corte costituzionale*⁶⁸), sino que existe un derecho subjetivo individual que requiere entender la salud de cada uno como una situación general de bienestar que se deriva también del disfrute de un medio ambiente sano. Así se recogía, por ejemplo, en la Sentencia de la Sección primera del Tribunal de Casación, n° 5172/79, relativa a la instalación de una depuradora de aguas, cuyos humos y ruidos habían supuestamente provocado daños a los residentes en la zona.

En este sentido, la Sentencia CC 210/1987 entendió legítimo el poder atribuido al Ministro de Medio Ambiente para valorar el impacto sobre el medio ambiente por parte de algunos proyectos de obras y de ordenar, si es el caso, su suspensión. Entre los argumentos que utiliza la *Corte* está el de las finalidades sustanciales del instituto, «que son las de proteger los valores constitucionales primarios» (arts. 9 y 32 CI) y que, como ha afirmado repetidamente la *Corte Costituzionale* (SSCC 151/1986 y 153/1986), «justifican ampliamente la importancia de los poderes atribuidos al Estado, que son también funciones de dirección y coordinación». En sustancia, la Corte aprecia el esfuerzo del legislador «por dar un reconocimiento específico a la salvaguardia del medio ambiente como derecho fundamental de la persona e interés fundamental de la colectividad y de crear instituciones específicas para su protección», en el contexto de «una concepción unitaria del bien ambiental que comprende todos los recursos naturales y culturales»⁶⁹.

El derecho individual a la salubridad del medio ambiente se trata, por tanto, de uno de los derechos sociales emergentes en Italia. Mientras que para los derechos sociales enumerados, la Constitución garantiza determinados derechos a los ciudadanos en razón de su particular status social, es decir, como consecuencia de su inserción en formaciones sociales, en determinados ámbitos de la vida (familia, escuela, lugar de trabajo), la Constitución reconoce también, por lo demás implícitamente, otros derechos a la persona humana como tal, calificándolos también como derechos sociales, en cuanto que su contenido viene determinado por una particular estructura del ámbito vital. Se dan, en suma, además del derecho a la salud, derechos personales/sociales, derechos encaminados a satisfacer las condiciones de vida materiales con el fin de hacer posible que la vida de esas personas sea digna. Éstos se pueden concretar en el derecho a una vivienda digna, el derecho a un medio ambiente sano o digno de la persona humana, y en general el derecho de acceso o de participación, como el derecho a los alimentos, al vestido, a

68. CARETTI, 2005, p. 437.

69. Puede verse también la SCC 641/1987 que, considerando el medio ambiente como «bien material unitario», no excluye que sus variados componentes puedan constituir, aislada y separadamente, objeto de tutela.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las curas médicas, al tiempo libre, al descanso, a la calidad de vida, a la participación en el progreso de la sociedad, etc.

Del derecho a un medio ambiente sano se derivan manifestaciones concretas como el derecho al resarcimiento por daño ambiental⁷⁰, o la posibilidad de que pueda limitarse legítimamente la propiedad privada como consecuencia de las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente.

1.3.5. El derecho a la vivienda

Según la doctrina italiana, en el caso del derecho a la vivienda debería distinguirse un significado fuerte (derecho a recibir en propiedad, en alquiler o en asignación un alojamiento) de un significado intermedio (afirmado a fines de los setenta por la jurisprudencia ordinaria como «derecho subjetivo perfecto del arrendatario a la estabilidad del goce del propio alojamiento»), y de un significado débil (que se firma poco a poco en la jurisprudencia constitucional, como derecho instrumental respecto a otras situaciones subjetivas cuya necesidad se reconoce)⁷¹. En los dos primeros significados, este derecho no sería compatible con el ordenamiento constitucional italiano, puesto que entraría en conflicto con la garantía del derecho a la propiedad privada, al presuponer que existiría un monopolio público del mercado de la vivienda. No ocurre lo mismo con el llamado significado débil.

La CI no recoge de modo expreso el derecho a la vivienda, pero a la vista de la jurisprudencia constitucional y la doctrina italianas, puede sostenerse que, entendiéndolo en el sentido «débil», encuentra su fundamento constitucional en el artículo 42.2 CI, que compromete al legislador a hacer accesible a todos la propiedad privada, en relación también con el 47.2, donde se afirma que la República favorece el acceso del ahorro de los ciudadanos a la propiedad de una vivienda, y en el propio artículo 14, en materia de libertad de domicilio (que no tendría sentido si no se tuviese alojamiento para desarrollarla)⁷². Podemos, además, poner en relación estas normas constitucionales con otros derechos sociales, como el derecho fundamental a la cohabitación propio de cualquier familia, también las familias de hecho⁷³.

70. ALPA (1999) habla del derecho al resarcimiento del daño a la salud provocado por fenómenos de contaminación.

71. MODUGNO, 1995, p. 58. Pueden encontrarse en dicho texto más referencias a la jurisprudencia constitucional, si bien ha de tenerse en cuenta que el libro es de 1995.

72. SSCC 49/1987, 399/1989, 599/1989, 142/1991, 419/1991 y 169/1994. *Vid.* también MODUGNO, 1995, p. 59.

73. SCC 404/1988, en la que se reconoce el derecho a la vivienda del conviviente *more uxorio*, reconducido expresamente a la categoría de derechos inviolables, en cuanto dirigido a garantizar una vida digna para sí y para los eventuales hijos.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Según la jurisprudencia constitucional, de la forma democrática del Estado es posible deducir una serie de derechos sociales que serían condición trascendental de la propia democracia. En este sentido se encuadraría el derecho a la vivienda entre los derechos inviolables del hombre de los que habla el artículo 2 CI. Se trataría de garantizar unos niveles mínimos que faciliten una convivencia digna a través de políticas públicas⁷⁴, con relación especialmente a los colectivos más necesitados y a los jóvenes⁷⁵. En este sentido, el derecho estaría condicionado a los recursos de la colectividad⁷⁶.

1.3.6. Otros derechos sociales

La CI reconoce otros derechos sociales, como ya dijimos al inicio de estas líneas, como el *derecho a la instrucción*, o el *derecho al estudio*. En el ámbito de este derecho social pueden singularizarse distintas situaciones subjetivas, como son, por un lado, el propio derecho a la instrucción (art. 33 CI) y el derecho a ser instruido (art. 34). El primero se divide en la libertad de instruir (*libertà di insegnamento*) y la libertad de creación de escuelas e institutos educativos. El segundo, en la libertad de elegir escuela y el derecho a recibir educación. Es este último derecho el que, específicamente, se trataría de un derecho social (el derecho al estudio), que debe ser garantizado por el Estado a través de la financiación directa de los centros estatales, y de la financiación indirecta por medio de becas y ayudas al estudio. Las demás situaciones subjetivas reseñadas se enmarcarían dentro de los derechos de libertad.

Del derecho al estudio se deducen concretas manifestaciones, como la libertad de acceso al sistema educativo y la gratuidad de la educación obligatoria. El artículo 34 de la CI dice que «la escuela está abierta a todos», lo cual debe ser garantizado por el Estado a través de diversos mecanismos, alguno de los cuales se recoge en la misma Constitución: el artículo 33.2 CI establece que la República «instituye escuelas estatales en todos los órdenes y grados». Esta libertad de acceso al sistema educativo puede verse limitada por requisitos que los centros de enseñanza superior exigen a quienes desean ingresar en ellos, de acuerdo con los criterios fijados a su vez por el Ministerio de la Universidad y la investigación científica (art. 9.4 de la Ley 341/1990). La *Corte costituzionale* ha rechazado la posible inconstitucionalidad de tales criterios, por lo que se refiere al ámbito universitario⁷⁷.

El artículo 34.2 de la CI dispone, además, que «la instrucción inferior, impartida por al menos ocho años, es obligatoria y gratuita». En desarrollo

74. BALDASSARRE, 1989b.

75. SCC 217/1988.

76. CARETTI, 2005, p. 425. *Vid.* también SCC 252/1989.

77. SCC 282/1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

y aplicación de tal disposición, se han ido sucediendo diversas leyes educativas⁷⁸. El derecho a la gratuidad de la educación no incluye, sin embargo, según la *Corte costituzionale*, el de la gratuidad de actividades que faciliten el acceso a la misma, como la de los medios de transporte o la provisión de materiales educativos⁷⁹.

Por otro lado, los intereses sociales (y ya hemos comentado algo a lo largo de estas páginas) podrían justificar algunos límites a las libertades económicas, como por ejemplo al derecho de propiedad. Éstos estarían constitucionalmente basados en la función social de la propiedad (proclamada en el art. 42.2 CI, que establece la necesidad de hacerla accesible a todos, como ya hemos señalado), y en la posibilidad de llevar a cabo expropiaciones por causa de utilidad pública (art. 42.3 CI), causas que, por cierto, deben ser bien concretas y actuales, no genéricas e hipotéticas⁸⁰.

También en el ámbito económico, podrían existir límites a la libertad de iniciativa económica, por cuanto el artículo 41.2 CI establece que ésta no puede llevarse a cabo «en contraste con la utilidad social o en modo que provoque daños a la seguridad, a la libertad o a la dignidad humana». La propia CI dispone que podrían darse orientaciones y controles que garantizaran el cumplimiento de fines sociales (art. 41.3 CI). En relación con ello, el artículo 43 CI prevé la posibilidad de que la ley reserve al Estado determinadas categorías de empresas, con fines de utilidad general, y siempre que se traten de servicios públicos esenciales de preeminente interés general.

1.3.7. Los derechos sociales como derechos fundamentales e inviolables

A. Igualdad

A pesar del imperativo igualitario entre hombre y mujer que se deriva del artículo 3.1 de la Constitución, las situaciones concretas que pueden darse son muy diversas, e incluso en algunos momentos podrían estar justificadas las diferencias. Piénsese, por ejemplo, en el caso del padre trabajador y la madre trabajadora. La jurisprudencia constitucional italiana ha ido asimilando de modo progresivo el tratamiento de las dos categorías de sujetos⁸¹. Pero esta asimilación no puede olvidar algunos límites claramente fijados por la diversidad biológica: piénsese en el ejemplo obvio del régimen de abstención laboral obligatoria posterior al parto. El ámbito laboral es un ejemplo de todo ello, y la misma jurisprudencia constitucional ha reflejado esta reali-

78. Sobre la evolución reciente de estas leyes, puede verse CARETTI, 2005, pp. 444-446.

79. SSCC 7/1967, 106/1968, 125/1975 y 36/1982.

80. SCC 96/1996.

81. SSCC 1/1987 y 179/1993.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

dad⁸². No cambia esta situación el reconocimiento del derecho a la identidad sexual, reconocido también por la jurisprudencia constitucional⁸³. La clasificación como hombre o mujer requerirá, a partir de este punto, la consideración también de aspectos psicológicos y no sólo biológicos de la persona, o los cambios físicos producidos después del nacimiento y fruto de una libre determinación del sujeto.

En la jurisprudencia constitucional italiana los derechos sociales han servido, en alguna ocasión, para reforzar el principio de igualdad. Situaciones que, en abstracto, parecían compatibles con este principio, no lo eran con los derechos sociales. Un ejemplo de ello lo tenemos en la SCC 39/1993. Se juzgaba el diverso tratamiento de algunas categorías de pensionistas, con relación a la devolución de sumas de dinero asignadas a ellos erróneamente por las instituciones asistenciales, y percibidas de buena fe. La declaración de inconstitucionalidad de estas previsiones legales se justificaba no sobre la base de lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución y el principio conexo de confianza de los ciudadanos en la seguridad jurídica, sino sobre la constatación de que habrían sido afectados por esta medida jubilados con rentas bajas, que habían destinado las sumas percibidas (y que teóricamente debían ser restituidas) a la satisfacción de necesidades alimenticias propias y de su familia. De ahí se derivaba, según la Corte, la violación del artículo 38.

B. Los derechos como derechos inviolables

Aún hoy en día, hay quien sostiene que la diversidad entre derechos de libertad y derechos sociales no es sólo histórica, sino que perdura una cierta precedencia lógica de los primeros con relación a los segundos. Los derechos de libertad constituirían «un *prius* lógico (si no axiológico) respecto a los otros derechos inviolables»⁸⁴, y condicionarían de tal manera la democracia que sin ellos ésta no podría ser concebida. Los derechos sociales, por su parte, no se concebirían como fundamentos esenciales de la democracia, sino que constituirían simplemente manifestaciones de las distintas experiencias constitucionales. Pero, según LUCIANI, esta idea no es compatible con la concepción que identifica el sujeto titular de los derechos fundamentales no con el individuo en abstracto, sino con la concreta «persona social», con las especificidades de sus determinaciones histórico-sociales. Si se parte de esta idea fundamental, LUCIANI considera insostenible el intento de identificar un criterio distintivo entre unos derechos que serían inherentes a la persona y otros que no. «Si es cierto que la gran novedad de las experiencias sociales

82. SCC 78/1993.

83. SSCC 161/1985 y 561/1987.

84. BALDASARRE, 1989a, p. 23.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

contemporáneas es la conexión entre Estado social y democracia emancipadora, se convierte en algo difícil afirmar que sólo los derechos de libertad, y sin embargo no los derechos sociales, forman parte de las "estructuras basilares" que surgen de la idea misma de "persona" [...] Incluso muchos derechos inicialmente destinados a tutelar intereses esenciales solamente para determinadas categorías de sujetos tienden hoy a hacerse patrimonio de todos». Y como ejemplo de ello pone la difícil situación ante la que se encontró la *Corte Costituzionale* italiana en un supuesto que afectaba al derecho a la asistencia social posterior al parto de las trabajadoras autónomas⁸⁵, que reivindicaban la extensión, más allá de los límites iniciales, de los beneficios derivados de estas prestaciones.

De igual modo que sostiene que no hay distinciones entre derechos sociales y derechos de libertad, LUCIANI dice que no se diferencian tampoco desde el punto de vista estructural, aun cuando distintos sectores doctrinales insistan en esta distinción⁸⁶. LUCIANI, siguiendo la doctrina alemana, sostiene la existencia, al menos, de cuatro grupos de derechos fundamentales: los derechos de defensa (*Abwehrrechte*), los derechos de prestación (*Leistung-srechte*), los derechos de participación (*Teilhaberechte*) y los derechos a tener, a percibir parte de un bien social (*Teilnahmerechte*)⁸⁷. Y puede ocurrir que un mismo derecho pueda ser contemplado desde distintos puntos de vista y, como consecuencia, integrarlo en uno o más grupos. Como ejemplo pone el derecho a la salud.

Como ya hemos visto al hablar del derecho a la vivienda (y lo mismo se dice en la doctrina italiana del derecho al trabajo⁸⁸), junto a los derechos fundamentales individuales, también los derechos sociales (y con mayor razón los derechos sociales a prestaciones positivas que necesitan de la intervención legislativa) pueden alcanzar el rango de derechos inviolables e irrenunciables de la persona, en cuanto que expresiones de valores o principios constitucionales supremos (y según lo dispuesto en el citado art. 2 CI).

La consideración de los derechos sociales y a las prestaciones positivas por parte de los poderes públicos como derechos inviolables puede derivarse de la SCC 455/1990, que aborda los diferentes aspectos del derecho a la salud. La calificación de los derechos como inviolables es muy importante en Italia, pues supone un grado de protección máximo. El concepto de inviolabilidad que se utiliza en el artículo 2 CI equivale al de intangibilidad. No

85. SCC 181/1993.

86. LUCIANI, 1995, pp. 118 y ss.

87. LUCIANI, 1985, p. 71.

88. MODUGNO, 1995, pp. 65 y ss.

pueden ser lesionados ni por el Estado ni por otros individuos. Es un derecho ejecutable frente a todos.

1.4. GARANTÍAS

1.4.1. Garantías judiciales y no judiciales

Teniendo en cuenta un concepto amplio de garantías (el aportado por MORTATI, al identificarla como «todo mecanismo de protección de determinados intereses contra la eventualidad de violaciones»⁸⁹), suelen distinguirse dos grandes tipos de garantías, las jurisdiccionales y las no jurisdiccionales⁹⁰. Las primeras presuponen un procedimiento jurisdiccional, y actúan exclusivamente en el marco de esos procedimientos⁹¹. Las segundas pueden realizarse también a través de un procedimiento jurisdiccional, pero no lo presuponen o requieren de modo necesario.

Las garantías jurisdiccionales, a su vez, podrían dividirse en directas e indirectas. Las primeras son las que implican el ejercicio de facultades y poderes sometidos en el ámbito del derecho constitucional a tutela jurisdiccional, singularmente el derecho de acción y de defensa y el respeto del principio del «proceso justo» (arts. 24, 11 y 113 CI)⁹²; las segundas presuponen la institución y el funcionamiento de adecuadas estructuras juzgadoras, como por ejemplo, los requisitos de que dichas estructuras sean imparciales e independientes, sin que en ningún caso tengan relación con el supuesto concreto que se juzga (lo que en italiano se denomina *terzieta*⁹³). Derivados de estos requisitos encontramos otros como el de la «naturalidad» y «preconstitución» del juez (art. 25.1), y la prohibición de instituir jueces «extraordinarios» y «especiales» (art. 102.2).

En cuanto a las garantías no jurisdiccionales, podrían distinguirse, por ejemplo, los recursos administrativos; la institución del *Difensore civico*; el defensor («garante») del contribuyente; la participación de las personas jurídicas privadas en el procedimiento administrativo; la creación de autoridades independientes (que pretenden acentuar la imparcialidad y competencia técnica de determinadas estructuras públicas); el principio de responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos por violación de derechos (art. 28 CI), la responsabilidad «directa» del Estado y de los entes públicos (art.

89. MORTATI, 1976, p. 1223.

90. Así, PACE, 2003, pp. 177 y ss., especialmente pp. 185 y ss. *Vid.* También SORRENTINO, 1998.

91. SORRENTINO, 1998, p. 18.

92. PACE, 2003, pp. 217 y ss.

93. PACE, 2003, pp. 203-205.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

2043 CC italiano⁹⁴); la responsabilidad civil del Estado en el ejercicio de las funciones jurisdiccional y legislativa, y por actos no legislativos de las Cámaras. No obstante, si nos referimos específicamente a las técnicas de garantía de los derechos, en cuanto a garantía de situaciones jurídicas subjetivas, habría que señalar que, según la doctrina italiana, no está claro que la figura del *Difensore civico* pueda considerarse como una de ellas⁹⁵.

En Italia existen Defensores «cívicos» en algunas regiones y en provincias autónomas, que ejercen funciones de investigación, propuesta, requerimiento e información que les reconocen los respectivos ordenamientos⁹⁶. Si tenemos en cuenta que, con relación por ejemplo a los recursos administrativos, la ley reconoce al interesado un derecho jurídicamente protegido a que la autoridad requerida se pronuncie, hemos de constatar, por el contrario, que la tutela de los derechos y los intereses legítimos por parte del *Difensore civico* es puramente eventual e indirecta, de modo que ha de sostenerse que «tal órgano no puede ser obligado a investigar necesariamente sobre todos los hechos denunciados», sino que debe más bien procurar, con su presencia y actividad, que en las dependencias públicas (estatales, regionales o municipales) sometidas a su control, se aseguren «el buen proceder y la imparcialidad de la administración» (art. 97 CI)⁹⁷. No ocurre lo mismo, por ejemplo, con el *garante del contribuente*, instituido a nivel regional⁹⁸, puesto que éste puede llegar a activar los procedimientos de autotutela en relación con actos administrativos de verificación o de cobro notificados al contribuyente. Incluso, según PACE, las «autoridades independientes» sí configurarían una técnica de garantía de los derechos, a diferencia del caso del *Difensore civico*⁹⁹.

En todo caso, parece que el *Difensore civico* sí puede entenderse, en sentido amplio, como un «medio no jurisdiccional de protección de los derechos humanos», aunque la institución no se haya creado a nivel estatal, sino solamente en algunos estatutos regionales, en el sentido de que puede controlar el correcto funcionamiento de las instituciones públicas¹⁰⁰.

94. Que dice: «El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros. No se admiten las limitaciones de la responsabilidad, salvo en los casos previstos en la ley».

95. PACE, 2003, pp. 248-249.

96. Art. 16 de la Ley 127/1997. No existe un Defensor del Pueblo a nivel nacional, pero los defensores regionales están coordinados por uno de ellos. En el momento de escribir estas líneas, el coordinador es el *Difensore civico* de la región de Lombardía (<http://www.consiglio.regione.lombardia.it/difensore/>).

97. PACE, 2003, p. 249.

98. Art. 13 de la Ley 212/2000.

99. PACE, 2003, pp. 260-261.

100. A pesar de ello, BARILE decía, en 1984 (p. 49) que «la institución hoy carece de alguna utilidad práctica».

1.4.2. Pretensión de una prestación positiva dirigida al legislador

La garantía de los derechos sociales prevista en la Constitución, ya sea para los expresamente enumerados o simplemente implícitos o transversalmente reconstruidos, no es una garantía de tipo simplemente legal o legislativo, sino que es la garantía propia de los derechos constitucionales (con frecuencia de los derechos inviolables) y de los valores constitucionales (frecuentemente los primarios o supremos).

El fundamento de la pretensión, por tanto, no está en la ley que la hace gradualmente posible en concreto, sino en la Constitución. La ley actúa como *condicio sine qua non*, y no de *condicio per quam*, pues ésta está ya en la Constitución.

Los derechos sociales no pueden, en definitiva, construirse según el viejo esquema genérico del derecho del ciudadano a una prestación positiva por parte del Estado, sino como la pretensión de una prestación positiva dirigida al mismo legislador.

La objeción que espontáneamente surge, repetida muchas veces (a partir de SCHMITT), es que una pretensión frente a un sujeto libre de determinarse (como el legislador) representaría una contradicción lógica, antes incluso que jurídica. En realidad, en la concepción actual del Estado constitucional, ya no es posible contraponer los derechos sociales como meros derechos de prestación a los derechos de libertad, que no requerirían prestaciones positivas sino un simple deber de abstención. Por un lado, también estos últimos dependen de la organización del Estado (MAZZIOTI). Por otro, existen derechos sociales que, también por su estructura (*agere licere*), son asimilables a los derechos de libertad y se realizan, por tanto, *ex se*, independientemente de cualquier mediación (legislativa). Se trata de aquellos derechos sociales que pueden ser considerados como verdaderas y propias libertades sociales: tal es la libertad de elección de una profesión (*ex art.* 4), la libertad de contraer matrimonio y de procrear (*ex art.* 29), de elegir el tipo de educación para los propios hijos (art. 30), el derecho a la salud (art. 32), la libertad de enseñanza (art. 33), de crear y gestionar escuelas (art. 33.2), la de elegir escuela (art. 34), de emigración (art. 35), la libertad sindical (art. 39), el derecho a la huelga (art. 40). Son, como se ve, en general, derechos enumerados en la CI o, todo lo más, derechos implícitos.

El derecho a la salud presenta la misma estructura del derecho de libertad personal: el bien protegido es el mismo, la persona humana en su integridad psicofísica; diversas son las conductas o actividades perjudiciales o peligrosas, actuales y directas, en el caso de la libertad personal, potenciales o

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

indirectas (incidentes que afectan, por ejemplo, al entorno ambiental de vida personal o colectiva) en el caso del derecho a la salud.

1.4.3. Actuales perspectivas

En la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* se subraya cómo a los derechos sociales se les debe asegurar una protección constitucional plenamente comparable a la de otros derechos fundamentales. También los derechos sociales, en cuanto tales, son irrenunciables, inalienables, indisponibles, intransmisibles e inviolables. Esto no impide, sin embargo que la inmediata operatividad de tales derechos, como derechos de pretensión a prestaciones públicas, pueda y deba ser verificada caso por caso, sin confundir lo que es posible en virtud de la sola eficacia de la Constitución con lo que es históricamente posible (PACE), a consecuencia de leyes que hayan asegurado una determinada disciplina de la materia.

Las conclusiones que se pueden obtener de la evolución jurisprudencial de la *Corte Costituzionale*, a la hora de asegurar la efectividad de los derechos sociales, nos llevan, sin embargo, a observar cómo las técnicas jurisdiccionales utilizadas por parte de los jueces constitucionales permiten considerar de alguna manera mutable el grado de efectividad asegurado por tales derechos. Las técnicas de ponderación entre intereses igualmente merecedores de tutela llevan, efectivamente, al juez constitucional a llevar a cabo una comparación continua entre diversos principios y valores constitucionales, y ello sobre la base de asumir que el principio de ponderación o equilibrio entre bienes constitucionales representa el parámetro con base en el cual se deben determinar los límites y el contenido de los derechos fundamentales y a través del cual se resuelven los conflictos que pueden surgir entre bienes constitucionalmente colindantes. Una perspectiva, esta última, que lleva a considerar a la *Corte Costituzionale* como verdadero y propio legislador positivo, cuya ambigüedad preocupa todavía a la doctrina italiana e incluso a la europea, cuando se pone el interrogante sobre el *quis custodiet custodes*.

En los últimos quince años, las autoridades gubernamentales han manifestado la voluntad de reforzar y renovar los sistemas de garantía de los derechos sociales, a través de intervenciones más sistemáticas y de mayor amplitud, aunque faltan iniciativas concretas, al menos visibles, que mantienen este ámbito en una situación, en última instancia, confusa. Muchas promesas, pero pocas realizaciones concretas, en definitiva.

Son varias e inciertas las causas y los análisis de este renacimiento de la conciencia política: las contingencias económicas desfavorables y el desempleo de larga duración han reclamado una mayor atención sobre el tema de

los derechos sociales, también en sede europea, donde se toman desde hace ya tiempo la mayor parte de las decisiones fundamentales sobre política económica y financiera de los países europeos.

La escasez de los recursos reclama, además, una rigurosa racionalización de su empleo. La cultura de la autonomía y la subsidiariedad ha pretendido la apertura de los sistemas de protección de los derechos sociales también a los entes territoriales (que, para ciertos aspectos, habían adquirido ya un firme control sobre la materia no inferior al del Estado) y a los sujetos privados (cuya contribución a la ejecución de los sistemas de protección era y es contemplado por parte de las mismas normas constitucionales).

2. ALEMANIA*

2.1. CONSTITUCIÓN

Es frecuente leer en la doctrina alemana que la Constitución alemana vigente no reconoce expresamente los derechos sociales como fundamentales. En contraste con la situación actual, la Constitución imperial de Weimar, texto concebido por el Secretario de Estado Preuß, y que tenía mayor unidad sistemática que la Constitución imperial de 1871, contenía un apartado muy extenso relativo a derechos fundamentales, que incluía derechos fundamentales de carácter social¹⁰¹.

Sin duda, fue precisamente una raíz histórica la que llevó a los constituyentes alemanes a evitar la inclusión de los derechos sociales en la Ley Fundamental de Bonn (LFB): no se querían repetir los errores de Weimar y, en este caso, se entendía que la excesiva atención a la política social, entendiéndola como generadora de derechos de prestación de los ciudadanos frente al Estado, debía evitarse¹⁰². Este punto de partida ha influido también notablemente, como veremos, en la doctrina alemana y, en parte, en la jurisprudencia constitucional.

Como ocurre en otros países, los derechos sociales se encuentran íntimamente unidos al Estado social de derecho, aunque en un sentido unidireccional: donde existen derechos sociales es evidente que existe Estado social. Sin embargo, no siempre puede decirse lo contrario, es decir, que la afirmación del principio del Estado social puede no comportar necesariamente la existencia de los derechos sociales, como demuestra la LFB, en la cual se encuen-

* Por Carlos VIDAL PRADO.

101. SCHNEIDER, 2003, § 5, número marginal 32 y ss.

102. STERN, 2004, p. 38, número marginal 72.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tra positivizado el principio de *Sozialstaat* (arts. 20.1, 23.1, 28.1) y sin embargo no encontramos positivizados los derechos sociales. Esta ausencia ha sido debatida por mucho tiempo por parte de la doctrina alemana¹⁰³.

La Constitución alemana, por lo tanto, sí dispone que los poderes públicos deben respetar en sus actuaciones el principio de Estado Social proclamado en los artículos 20.1 y 28 LFB. El artículo 20.1 establece que «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social» y el 28 es el que prevé que cada uno de los Estados miembros de la Federación tendrá su propia Constitución, y que «el ordenamiento constitucional de los *Länder* ha de conformarse a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social tal y como lo define la presente Ley Fundamental». Las actuaciones de los poderes públicos deben adecuarse, por tanto, al principio de Estado social.

Junto a ello no debemos olvidar que, en el pórtico de la LFB (art. 1.1) se subraya la necesidad de respetar la dignidad de la persona humana («La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público»). De esta declaración de principio cabe deducir el derecho a un mínimo existencial que garantice esta dignidad, como se ha defendido por algunos autores¹⁰⁴.

Además, aunque no se les denomine de modo expreso derechos sociales fundamentales, sí que se recogen, entre los llamados derechos fundamentales del Título I, algunos de los que se consideran derechos sociales. Así, por ejemplo, el derecho de huelga, el derecho a la protección de la familia, a la especial protección de las madres y el derecho a un medio ambiente saludable. En la mayoría de los casos nos encontramos ante los que la doctrina llama *Leistungsrechte* (derechos de prestación). A su vez, éstos se dividirían en tres tipos: los derechos de protección (*Schutzrechte*), los derechos de defensa (*Verfahrenrechte*) y las garantías institucionales (*Einrichtungsgarantie*)¹⁰⁵.

En todo caso, gran parte de la doctrina alemana entiende que, puesto que en la Constitución alemana no existe una concreta regulación y reconocimiento de la mayoría de los derechos sociales fundamentales, éstos se encuentran incluidos, en sentido amplio, dentro del principio general del Estado social¹⁰⁶. La consecuencia de esta tesis es que, al no verse expresamente recogidos en la Norma Suprema, los derechos sociales se verían desplazados

103. ISENSEE, 1980.

104. MARTÍNEZ SORIA, 2005, pp. 644 y ss. e *infra*, III, 2.1.

105. EPPING, 2004, p. 7 (número marginal 18). Puede verse también BOROWSKI, 2002, pp. 301 y ss.; LINDNER, 2005, pp. 450 y ss.

106. KITTNER y SCHIEK, 2001, número marginal 64.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

a una regulación que se desarrolla en simples leyes, y las garantías de estos derechos quedarían sustancialmente reducidas a las proporcionadas por las leyes ordinarias y no por la LFB. Como veremos, esta posición no es unánime.

El principio del Estado social sería, de este modo, para la mayor parte de la doctrina alemana, un concepto superior que engloba a cada uno los derechos sociales¹⁰⁷. Lo que hemos considerado principal inconveniente de esta tesis (que no se enumeran en la Constitución los concretos derechos sociales, y deben ser regulados por leyes singulares) es visto por algunos, sin embargo, es un sentido más positivo: esta situación ofrece también la ventaja de que el procedimiento legislativo es más ágil y permite atender con mayor rapidez las concretas necesidades que surgen en el ámbito de los derechos sociales.

La decisión esencial del constituyente alemán pesa, sin duda, en esta lectura de la Constitución, tal y como recuerda STERN. Sólo se quiso incluir el catálogo de los clásicos derechos fundamentales de libertad, y expresamente se optó por no incluir en la Constitución los derechos sociales. La dimensión social del Estado debía sólo recogerse al proclamar el principio de Estado Social (art. 20.1) y de Estado Social de Derecho (art. 28.1). Según este autor, los fundamentos de esta postura se discutieron mucho en el Consejo Parlamentario que elaboró la LFB. El debate fue tan rico como el que se ha vuelto a producir en los últimos tiempos en Alemania¹⁰⁸, especialmente a finales de los setenta e inicios de los ochenta. No se trata, según STERN, de discutir que los derechos sociales deben ser respetados. La cuestión es ver cuáles de ellos son inviolables en el sentido de recibir una especial protección constitucional (algo parecido a lo dispuesto en el art. 2 CI, como hemos visto), es decir, tienen un grado de protección máximo, y están en conexión directa con el principio del Estado Social (art. 20.1¹⁰⁹) y la cláusula de intangibilidad recogida en el artículo 79.3¹¹⁰ LFB.

En este sentido, sólo el artículo 6, en sus apartados 4 («Las madres tienen derecho a disfrutar de protección y asistencia de parte de la comuni-

107. Esta idea es también suscrita por los defensores de los derechos sociales como fundamentales. P. ej., HÄBERLE, 2002, pp. 162 y ss.

108. LÜCKE, 1982; WAHL, 1987; GRAF VITZTHUM, 1991, pp. 695 y ss.; OSSENBUHL, 1992, pp. 468 y ss., esp. p. 474; ZIPPELIUS, 1992, pp. 289 y ss., esp. p. 292. Además, puede consultarse la bibliografía citada en HERNEKAMP, 1976, pp. 235 y ss.

109. Art. 20.1: «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social».

110. Art. 79.3: «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte a la organización de la Federación en *Länder*, o al principio de participación de los *Länder* en la legislación o a los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

dad») y 5 («A los hijos habidos fuera de matrimonio la ley les deberá procurar iguales condiciones de desarrollo físico y psíquico que a los nacidos dentro de matrimonio y asegurarles una igual posición social»), así como el 14.2 (el uso de la propiedad «deberá servir al bienestar general») estarían en directa conexión con el principio del Estado Social. Además, podría considerarse que el artículo 1.1 está también en relación con el Estado Social, al exigir un mínimo existencial para cualquier persona como consecuencia de su dignidad.

Otra diferencia importante derivada de la consideración de los derechos sociales como fundamentales es la posibilidad o no de ser reformados constitucionalmente. Los que están expresamente reconocidos en los arts. 1 a 19 no pueden ser reformados, por la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LFB. Sin embargo, si entendemos que los derechos sociales derivan directamente de algunos preceptos concretos en los que se garantizan derechos fundamentales, por estar directamente relacionados con el principio del Estado Social, podrían entrar dentro del ámbito de protección del artículo 79.2, y podrían ser por tanto objeto de reforma constitucional. No son, en cualquier caso, todo el catálogo completo de Derechos fundamentales, desde el artículo 2 al 19, sino solamente, en principio, los citados más arriba.

La posición de STERN coincide con la de los constituyentes, y con la de la mayoría de la doctrina alemana: rechazan, en principio, la posibilidad de considerar los derechos sociales como derechos fundamentales. Autores como STARCK son de los más relevantes de este grupo. Sin embargo, como veremos en el siguiente apartado, existe un sector doctrinal alemán que, apoyándose en la jurisprudencia constitucional, defiende la consideración de los derechos sociales como fundamentales. Y, en todo caso, todos estarían de acuerdo en que existe un contenido mínimo justiciable.

2.2. DOCTRINA Y DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

2.2.1. Los principios relativos a los derechos sociales recogidos en la LFB

En la *Grundgesetz* identificamos algunos de los principios relacionados directamente con la protección constitucional de los derechos sociales: en primer lugar, el de dignidad de la persona humana, que informa el resto del ordenamiento jurídico (art. 1.1 LFB: «La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público»); como es conocido, la protección de la dignidad es el fundamento del reconocimiento de los derechos fundamentales protegidos por la LFB. En segundo lugar, el del Estado social (art. 20.1 LFB: «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social»), tal y como hemos visto, uno de los preceptos

objeto de máxima protección, pues está afectado por la cláusula de intangibilidad del artículo 79.3 LFB y vincula estrechamente a los poderes públicos, tanto a la hora de legislar como a la de llevar a cabo sus actuaciones. Por último, el de igualdad (art. 2). Se reconoce el principio de igualdad, tanto en sentido material (art. 2.2) como formal (art. 2.1)¹¹¹.

A partir de estos principios podría ya sostenerse que es posible construir algunos derechos sociales, pero lo que habrá que determinar es si éstos pueden o no ser considerados fundamentales. Es lo que trataremos de ver en el siguiente apartado.

2.2.2. Los derechos sociales reconocidos en la Ley Fundamental de Bonn

Aunque, como hemos dicho, el catálogo de derechos recogido en los primeros artículos de la Constitución alemana responda al de las libertades clásicas y tradicionales, también se recogen entre ellas algunos de los derechos considerados como sociales, teniendo en cuenta fundamentalmente el criterio de los derechos recogidos en el PIDESC. Así, por ejemplo, el artículo 6 LFB, que recoge una serie de derechos de la familia, de los padres e hijos, reconoce en su apartado que «Las madres tienen derecho a disfrutar de protección y asistencia de parte de la comunidad». El fundamento de este precepto radicaba en que los autores de la Ley Fundamental querían evitar que dicha protección dependiese de los hipotéticos cambios en las condiciones económicas y sociales. Como hemos visto, STERN consideraba también el apartado 5 de este artículo como dentro de los derechos sociales fundamentales: «A los hijos habidos fuera de matrimonio la ley les deberá procurar iguales condiciones de desarrollo físico y psíquico que a los nacidos dentro de matrimonio y asegurarles una igual posición social».

Otro precepto que debe considerarse dentro de los derechos sociales fundamentales es el artículo 14.2, que se refiere a los límites al derecho a la propiedad como consecuencia del interés general de la sociedad: «La propiedad obliga. Su uso deberá servir al bienestar general». El artículo 15, además, establece las condiciones de socialización de los bienes¹¹². Además, no pode-

111. Art. 3 [Igualdad ante la ley]: «1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. Los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos. El Estado fomenta la realización práctica de la igualdad de derechos de mujeres y hombres y actúa en orden a la remoción de las situaciones de desventaja existentes. 3. A nadie se podrá perjudicar o beneficiar por razón de su sexo, su origen familiar, su lengua, su procedencia nacional, su credo o de sus ideas religiosas o políticas. Las minusvalías no podrán constituir causa de discriminación para nadie».

112. «Por medio de una ley que fije el modo y el monto de la compensación, y siempre que ello atienda a fines de socialización, las tierras, las riquezas naturales y los medios de producción podrán ser puestas en propiedad común o en cualquier otra forma de economía colectiva. Lo relativo a la compensación se atenderá a lo establecido en los incisos tercero y cuarto del apartado tercero del artículo 14».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mos olvidar el artículo 9.3, que además de la libertad sindical, reconoce el derecho de huelga¹¹³.

Aunque no estén considerados por una buena parte de la doctrina alemana como derechos de naturaleza social, sí encontramos algunos otros (de los habitualmente considerados como derechos sociales en el resto de Europa) en la LFB. Si seguimos el catálogo del PIDESC, el derecho a la educación se encuentra también recogido en la Constitución alemana, aunque no parece que se formule tanto como un derecho social, sino más bien como garantía de la libertad de creación de centros. Expresamente, la doctrina alemana mayoritaria (y así se puede constatar en los principales manuales de Derechos fundamentales publicados en Alemania) no lo considera entre los derechos sociales, sino entre los de libertad. Pero no cabe duda de que, en un Estado Social, la educación tiene también una dimensión prestacional¹¹⁴.

En relación con la educación, es interesante abordar la consideración de los derechos culturales. La doctrina alemana mayoritaria, considera también como fundamentales los derechos culturales, como asimismo ocurre en muchas constituciones de los *Länder*. Pero la cuestión es que lo que entienden por derechos culturales fundamentales son la libertad de creación artística y de investigación científica (*Kunst- y Wissenschaftsfreiheit*), así como la libertad de prensa y comunicación (*Presse- y Rundfunkfreiheit*). Es decir, los derechos de libertad, no derechos de prestación de servicios sociales relacionados con este ámbito.

113. «Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para defender y mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten en virtud de los artículos 12.a), 35 apartado 2 y 3, 87.a) apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con fines de salvaguardia y promoción de las condiciones económicas y de trabajo».
114. Art. 7 [Enseñanza]: «1. El sistema escolar en su conjunto se encuentra bajo la inspección del Estado [...] 4. Se garantiza el derecho a la creación de escuelas privadas. Las escuelas privadas que sean sustitutorias de centros públicos deberán contar con la autorización del Estado y ajustarse a la legislación de los *Länder*. Se deberá otorgar la autorización siempre que las escuelas privadas no se encuentren por debajo de las escuelas públicas en sus objetivos educativos, en sus instalaciones así como en lo que a la capacitación de su personal docente se refiere y siempre que no suponga una marginación de los niños por razón de las circunstancias de sus padres. Se deberá denegar la licencia siempre que no esté suficientemente asegurada la posición económica y jurídica del personal docente. 5. Sólo se podrá autorizar la creación de una escuela elemental si la administración educativa aprecia la existencia de un interés pedagógico especial o a petición de los responsables de la educación de los niños, cuando se trata de crear una escuela comunitaria, confesional o ideológica y en el municipio no exista una escuela pública de esa clase».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Se reconoce también en la LFB el derecho al trabajo, en el artículo 12.1: «Todos los alemanes tienen el derecho de escoger libremente su profesión y oficio, su puesto de trabajo y el lugar donde formarse profesionalmente. El ejercicio de la profesión u oficio sólo se podrá limitar por ley o sobre la base de una ley»¹¹⁵. También algunos aspectos que tienen relación con el derecho al trabajo, como es la libertad de sindicación o de asociarse para defender los intereses profesionales, se recogen en la LFB (art. 9). Pero nos hallamos de nuevo ante una consideración del derecho al trabajo desde el punto de vista de su naturaleza de libertad, y no contemplando la categoría social de tal derecho¹¹⁶. La propia denominación con la que se conoce este derecho en Alemania (*Berufsfreiheit*, libertad de profesión) pone de relieve cuál es la consideración con la que lo toma la doctrina y la jurisprudencia¹¹⁷.

El derecho a un mínimo vital se encuentra garantizado, según la doctrina alemana, por los artículos 1 y 2 LFB, que garantiza un mínimo existencial, si se ponen en conexión con el principio del Estado social del artículo 20¹¹⁸. Existe por tanto la obligación del Estado de prestar asistencia a los ciudadanos que se encuentren en situaciones de necesidad, y éstos tienen frente a la organización estatal un derecho subjetivo de prestación para garantizar un mínimo existencial, es decir, las necesidades básicas¹¹⁹. Así lo ha reconocido, como hemos señalado, el Tribunal Constitucional Federal alemán¹²⁰.

115. Art. 12: «1. Todos los alemanes tienen el derecho de escoger libremente su profesión y oficio, su puesto de trabajo y el lugar donde formarse profesionalmente. El ejercicio de la profesión u oficio sólo se podrá limitar por ley o sobre la base de una ley. 2. A nadie se le podrá obligar a desarrollar un determinado trabajo, salvo en el marco de un deber de realizar determinadas prestaciones personales habituales en términos generales e iguales para todos. 3. El trabajo forzoso sólo se podrá dar en el marco de una privación de libertad ordenada judicialmente».

116. Art. 9: «3. Se garantiza a todos y en relación con todas las profesiones y oficios el derecho a constituir asociaciones cuya finalidad consista en la preservación y el fomento de las condiciones laborales y económicas. Se considerarán nulos los pactos que traten de limitar o impedir el ejercicio de este derecho e ilegales todas las medidas dictadas con el mismo propósito. Las medidas adoptadas en el marco del artículo 12.a), de los apartados segundo y tercero del artículo 35, del apartado cuarto del artículo 87.a) y del artículo 91 no podrán dirigirse contra las luchas laborales que las asociaciones a que se refiere el primer apartado de este artículo realicen en pro de la preservación y el fomento de las condiciones de trabajo y económicas».

117. EPPING, 2004, pp. 134 y ss.; BREUER, 1989, pp. 877 y ss.

118. ZIPPELIUS, 1989, Número marginal 102; PODLECH, 1989, art. 1, apartado 1, Número marginal 26 y ss.; STARCK, 1999, art. 1, Número marginal 24; BENDA, 1995, pp. 477 y 514.

119. BADURA, 1975, p. 17.

120. BVerfGE 1, 97 (104 y ss.). También encontramos un reconocimiento de este derecho en BVerwE 1, 159 (161), y BGSE 27, 197 (199); 43, 128 (133). Puede verse también BVerfGE 20, 31 (32); 40, 121 (131).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No obstante, se sostiene también que la dignidad humana supone que el Estado sólo debe intervenir subsidiariamente, respetando la propia autorrealización de la persona humana. Es el individuo el que debe asumir la responsabilidad para solucionar sus problemas, y corresponde al Estado, en su caso, ayudarlo¹²¹. Las prestaciones sociales deben ser por tanto solamente prestaciones subsidiarias¹²², para así reconocer plenamente al ciudadano como ser humano digno y por tanto autorresponsable¹²³. Lo que se garantiza son las necesidades básicas para la existencia humana¹²⁴, que permitan a las personas vivir en condiciones de igualdad real y efectiva¹²⁵. No obstante, estas necesidades básicas, este mínimo, pueden evolucionar, en función de las costumbres sociales y el nivel de vida¹²⁶.

Aunque el derecho a un medio ambiente adecuado no está reconocido y protegido expresamente en la Constitución alemana, tres largos años de debate se introdujo en la LFB en 1994 el artículo 20.a). En él se formula como un meta de la actuación del Estado, que vincula al legislador, a la Administración y al Poder Judicial, la responsabilidad en orden a preservar las mejores sanas y naturales condiciones de vida de las futuras generaciones¹²⁷.

La necesidad de esta reforma vino determinada no tanto como una ausencia de protección en ese ámbito sino como una necesidad de aclaración, puesto que ya antes de la inserción del artículo 20.a) LFB se podía deducir una protección semejante de los demás derechos fundamentales previstos en la misma LFB. Si consideramos el artículo 2.2.1, en conexión con el 1.1 LFB resulta que existe un derecho a un mínimo existencial, del que podemos también derivar un «derecho a un mínimo ecológico existencial»¹²⁸.

Una existencia humanamente digna puede desarrollarse sólo en un ambiente humanamente digno. Resulta sin embargo extremadamente difícil concretar el bien jurídico protegido por un hipotético derecho fundamental

-
121. *Vid.* BverwGE (Sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo Federal Alemán) 23, 153 (156); 25, 27 (30).
122. BVerwGE 47, 103 (106 y ss.); BVerwGE 23, 153 (156); 67, 163 (168).
123. BVerwGE 23, 149 (153); 27, 58 (63); 67, 1 (5f.); 68, 91 (94); 98, 203 (204).
124. BVerfGE 40, 121 (133); 82, 60 (80).
125. BVerfGE 33, 303 (334 f.); 40, 121 (139).
126. BVerwGE 25, 307 (317); 35, 178 (180 y ss.); 36, 256 (259); 69, 146 (154); 92, 6 (7); 92, 112 (114); 97, 376 (378); 107, 234 (236).
127. Art. 20.a) [Protección de los fundamentos naturales de la vida]: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial».
128. SCHOLZ, 1973, número 28.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

al medio ambiente, y además sería casi imposible lograr hacer valer tal derecho judicialmente¹²⁹. Más que un derecho público subjetivo parece que debería ser un valor fundamental objetivo, una decisión valorativa de la propia Constitución, que vincularía a los poderes públicos¹³⁰.

Ya hemos señalado que algunas constituciones de algunos *Länder* formulan parcialmente algunos derechos sociales. Por ejemplo, vale la pena reseñar que en la Constitución del Estado de Brandemburgo se recoge el «derecho a la ayuda social», en su artículo 45. También otras constituciones, sobre todo inicialmente de los estados del Sur de Alemania¹³¹, a las que luego siguieron los de la antigua Alemania del Este¹³², recogen un catálogo de derechos sociales.

Sin embargo, el problema que se plantea es que la asistencia social se considera, en el artículo 74.7 LFB una competencia concurrente. Y, según establece el artículo 72.1, «en el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tendrán competencia legislativa, en el caso y en la medida en que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa». Es decir, que la actuación de los *Länder* es subsidiaria a la de la Federación y, en cualquier caso, no está vinculada por un catálogo de derechos sociales fundamentales que no se recoge en la Constitución.

Sí existen, y así se reconoce por la doctrina, unos derechos prestacionales de configuración legal que se derivarían del principio o cláusula del Estado social: así, las ayudas destinadas a los que tienen algún grado de incapacidad, o el sistema de Seguridad Social que, en todo caso, no tiene una directa protección constitucional¹³³. Además, la jurisprudencia constitucional habría considerado, según algún sector doctrinal, que algunos derechos de prestación, de fomento y de protección por parte del Estado se derivan del catálogo previsto en los artículos 2 a 19 de la Constitución¹³⁴. Más adelante veremos algunos ejemplos, sobre todo de la mano de ALEXY.

Para la mayoría de la doctrina alemana, sin embargo, los derechos sociales de prestación no son, en principio, verdaderos derechos fundamentales, aunque sí reconocen el derecho a un mínimo existencial. Son simples derechos, pero no fundamentales, y su protección debe encomendarse simplemente a la ley. Aunque se reconoce que el carácter de Estado Social debe

129. SCHOLZ, 1973, número 12.

130. SCHOLZ, 1973, número 33.

131. BEUTLER, 1973, pp. 202 y ss.

132. SIMÓN, 1994, § 4, número marginal 9 y siguientes.

133. JARASS, 2006, números marginales 104 y 105.

134. BVefGE 39, 1 (41); 53, 30 (57); 57, 295 (319 y ss.); 73, 261 (269); 77, 170 (214 y ss.); 80, 81 (92 y ss.); 81, 242 (253); 84, 192 (195); 96, 56 (64).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

concretarse a través de la acción de legislador, se ha rechazado expresamente que de la sola cláusula del Estado social puedan surgir derechos subjetivos¹³⁵ y, en consecuencia no existiría ningún derecho a concretas regulaciones en el ámbito social que fuese accionable directamente ante los tribunales¹³⁶. Los derechos culturales, en este sentido, no son tampoco derechos fundamentales. Puede discutirse, por ejemplo, en función de la cláusula cultural (*Kulturklausel*) de la Constitución de Baviera (art. 3), que éste se trate de un Estado de cultura, pero la República Federal de Alemania no es un Estado de Cultura (*Kulturstaat*). La cláusula cultural sólo se ha recogido en las Constituciones de algunos *Länder*, pero no en la LFB.

Este sector doctrinal sostiene que el propio concepto de derecho social encierra una opacidad terminológica y normativa. Se trata (dice STERN) de un concepto confuso, que agrupa a un conglomerado de diversas figuras jurídicas que no tienen una estructura común y no responden a unas categorías dogmáticas claras. También STARCK insiste en esta idea, al considerar que los derechos sociales plantean problemas estructurales que los convierten en algo diferente a los derechos fundamentales, en el sentido de derechos públicos subjetivos directamente exigibles ante los tribunales¹³⁷. Sólo habría una posible excepción, según STARCK, la relativa al derecho a un mínimo existencial. Aunque en un principio el Tribunal Constitucional Federal alemán rechazó que hubiese una obligación estatal de proteger un mínimo existencial ante situaciones de urgencia material¹³⁸, más tarde dedujo de la garantía de la dignidad humana proclamada en el artículo 1.1 LFB un derecho a una mínima atención que procurase una existencia digna, con consecuencias sociales e impositivas y con la necesidad de un desarrollo por parte del legislador¹³⁹.

2.2.3. Los intentos de construcción doctrinal y jurisprudencial de los derechos sociales fundamentales

Si bien, como hemos visto, STARCK niega la posibilidad de construir por vía interpretativa, a partir de los derechos fundamentales reconocidos de

135. Así, JARASS, 2006, número marginal 103. La jurisprudencia constitucional así lo confirma: BVerfGE 27, 253/283; 82, 60/80. En sentido similar, BADURA, 1996, pp. 36 y ss.; HERZOG, 1994, VIII, número 49 y ss.

136. Pude verse la jurisprudencia en este sentido del Tribunal Federal de lo Social, en la Revista *Die Sozialgerichtsbarkeit*, 1984, p. 430.

137. STARCK (2007, pp. 768-769) se pregunta: «¿Qué derecho (accionable) garantiza un Derecho a la educación o a un medio ambiente sano? ¿Qué significa un Derecho a la salud? El ámbito de prestación no queda nada claro».

138. BVerfGE 1, 97, 104.

139. BVerfGE 40, 121, 133; 82, 60, 85; 87, 153, 170; 91, 93, 111; 99, 216, 233.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

modo expreso en la Constitución, una suerte de derechos sociales fundamentales, o derechos a prestaciones derivados de los derechos fundamentales¹⁴⁰, admite alguna excepción. En concreto, para poder considerar un derecho social fundamental habrían de darse los siguientes requisitos: la urgente e imperiosa necesidad de asegurar materialmente un derecho de libertad; la determinabilidad del contenido de la prestación; la garantía de los recursos económicos necesarios para poder satisfacer la prestación no supondrá invasión de las competencias del legislador en materia presupuestaria; y la sujeción del derecho social de prestación a la cláusula vinculante del artículo 1.3 LFB (principio de aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales).

Los tres primeros requisitos deben darse conjuntamente, y el cuarto es consecuencia de los otros tres¹⁴¹.

En esta misma línea, BREUER sostiene que los derechos sociales fundamentales pueden ser reconocidos en la medida en que sean indispensables para hacer posibles las libertades fundamentales, y siempre que el individuo no esté en condiciones de ejercer autónomamente su libertad sin el auxilio del Estado¹⁴². En este grupo de derechos se situarían el derecho a las condiciones existenciales mínimas, la financiación de las escuelas privadas (particulares) y el acceso a las instituciones públicas. Por lo tanto, los derechos a prestaciones serían admisibles cuando fuesen necesarios para no poner en riesgo las libertades fundamentales¹⁴³.

Es quizá ALEXY el que llega a conclusiones más claras, en su conocida obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Este autor alemán lleva a cabo un repaso de los diversos argumentos, a favor y en contra, de la existencia de los derechos sociales fundamentales, que él llama derechos a prestaciones en sentido estricto¹⁴⁴. Propone una ponderación entre diversos principios: el principio de libertad real o libertad fáctica, por un lado, y los principios de competencia decisoria del poder legislativo, de separación de poderes, principios materiales relativos a la libertad jurídica de terceros, otros derechos sociales o bienes colectivos.

ALEXY parte de la base de que pueden considerarse derechos sociales fundamentales tanto los explícitamente reconocidos en alguna de las constituciones de los *Länder* alemanes como los que se pueden derivar de la interpretación jurídica a partir de los expresamente reconocidos en la LFB (ads-

140. STARCK, 1990, pp. 21 y ss.

141. STARCK, 1976, p. 526.

142. BREUER, 1978, pp. 91 y ss.

143. BREUER, 1978, p. 119.

144. ALEXY, 1997, pp. 482-501.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

criptos interpretativamente). Aunque, en este último caso, no siempre exista una garantía constitucional directa, eso no quiere decir que no se pueda hablar de una garantía derivada de la Constitución.

Según ALEXY la jurisprudencia constitucional «ofrece puntos de apoyo para la discusión sobre los derechos a prestaciones en la LFB mucho más ricos que los que suministran el texto y la génesis de la Ley Fundamental»¹⁴⁵. De lo que se trata es de dirimir, en definitiva, si del contenido de la regulación constitucional de los derechos fundamentales pueden deducirse como garantizados algunos derechos sociales fundamentales.

Las normas que, según ALEXY, podrían entenderse incluidas en las disposiciones constitucionales iusfundamentales, son de varios tipos. Pueden tratarse de normas que confieren auténticos derechos subjetivos, o de normas que sólo obligan objetivamente. Pueden ser vinculantes o no para los poderes públicos. Pueden fundamentar derechos y deberes *definitivos* (directamente ejecutables) o *prima facie* (lo que ALEXY identifica con principios o reglas, que requieren una mayor concreción posterior). La combinación de todos estos elementos permitiría clasificar todos los posibles tipos de normas. Por ejemplo, el derecho a un mínimo vital sería un derecho subjetivo definitivo vinculante (tiene, por tanto, el máximo grado de protección). Pero el derecho a ser admitido a cursar los estudios elegidos es un derecho subjetivo *prima facie* vinculante, porque se encuentra limitado por las posibilidades materiales¹⁴⁶.

En la consideración que se tenga sobre los derechos sociales influye la idea previa que se tenga sobre el papel del Estado y, en concreto, sobre el nivel a que puede llegar su capacidad de intervención en la sociedad. Por ejemplo, en cuanto a las prestaciones estatales para garantizar las condiciones básicas de vida de los ciudadanos, no es lo mismo garantizar un contenido mínimo que uno máximo. Un contenido máximo sería el que considera el derecho a la educación como un «derecho a la emancipación cultural-intelectual a la individualidad, a la autonomía, a la madurez político social»¹⁴⁷. No se trata de llegar a ese extremo, pero sí parece que podría defenderse la existencia de un contenido mínimo constitucionalmente garantizado.

Es cierto que, como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional Federal, «el derecho de libertad no tendría valor alguno sin los presupuestos fácticos para poder hacer uso de él»¹⁴⁸. Puede también sostenerse que es a los poderes públicos a quienes, a través de políticas activas, corresponde la

145. ALEXY, 1997, p. 426.

146. BVerfGE 43, 291 (314 y ss.).

147. ALEXY cita a REUTER, 1974, p. 12. También HEYMANN y STEIN, 1972, pp. 189 y ss.

148. BVerfGE 33, 303 (331).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

responsabilidad para dotar de esas condiciones básicas a todos los ciudadanos. Pero lo que no está tan claro, sin embargo, es que esta obligación de actuar por parte del Estado genere derechos subjetivos fundamentales por parte del ciudadano. BÖCKENFÖRDE insiste en que para una persona cuyas condiciones de vida no le permiten ni siquiera plantearse la posibilidad de disfrutar de las libertades constitucionalmente garantizadas, éstas se quedan en meras fórmulas vacías¹⁴⁹. El propio Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de los derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores «que encuentran su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad»¹⁵⁰.

Según ALEXI, de esta jurisprudencia puede deducirse que si el objetivo de los derechos fundamentales es que la personalidad humana se desarrolle libremente, deben asegurar también los presupuestos que permiten disfrutar de las libertades jurídicamente garantizadas. Esta tesis encontraría también fundamento en los principios de Estado Social y el de igualdad jurídica.

Hay otros dos argumentos de quienes rechazan la consideración de los derechos sociales como fundamentales. Por un lado, se dice que el hecho de considerar los derechos sociales como fundamentales y vinculantes conduciría a un desplazamiento de las competencias en política social desde el Parlamento al Tribunal Constitucional. Y si, por el contrario, se considera que no son vinculantes, entonces no podrían entenderse como fundamentales, porque entraría en conflicto con la cláusula de vinculación todos de los derechos fundamentales recogida en el artículo 1.3 LFB. Por eso se dice, por parte de estos autores, que no son justiciables, o lo son en muy escasa medida, en buena parte por su imprecisión en cuanto a su contenido exacto¹⁵¹. ALEXI responde que este contenido puede ser concretado por el legislador, y que en todo caso los tribunales decidirían en cada caso concreto.

El otro argumento en contra de los derechos sociales fundamentales es que, si los consideramos vinculantes para el Estado, requerirían por parte de los poderes públicos una serie de obligaciones económicas y de costes financieros que condicionarían la política presupuestaria. Por ejemplo, si el derecho al trabajo es un derecho social fundamental vinculante, nos encontraríamos con el problema de que, en una economía de mercado, el Estado no puede intervenir ilimitadamente, porque debe respetar la libertad de decisión individual en el ámbito económico¹⁵². Entrarían, por tanto, en con-

149. BÖCKENFÖRDE, 1976, p. 77.

150. BVerfGE 7, 198 (205).

151. STARCK, 2007, pp. 768-769.

152. STARCK, 1976, p. 519; 1981, p. 241; LÜCKE, 1982, p. 39; ISENSEE, 1980, pp. 379 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

flicto, los derechos sociales fundamentales y los derechos de libertad, con el agravante de que estos últimos están directamente garantizados por la Constitución, mientras que aquéllos se construirían, fundamentalmente, a partir de la jurisprudencia.

Para ALEXY, la clave está en verificar si existen derechos a prestaciones jurídicas que puedan considerarse como derechos sociales fundamentales que, desde el punto de vista constitucional, sean tan importantes que su otorgamiento o no deba quedar al margen de una simple mayoría parlamentaria. En este sentido, serían derechos constitucionalmente garantizados, que no pueden quedar en manos de mayorías políticas coyunturales. Por otra parte, es cierto que los derechos sociales pueden limitar la competencia del legislador, pero todos los derechos fundamentales lo hacen, poniéndolo incluso en posiciones incómodas¹⁵³ y afectando a competencias presupuestarias. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional federal amplió el círculo de personas con derecho a percibir una prestación de ayuda social para vivienda, lo cual supuso un mayor gasto financiero para los poderes públicos¹⁵⁴.

A partir de estos argumentos, ALEXY sostiene que habría una serie de derechos sociales que deben considerarse fundamentales, derechos originarios a prestaciones, en el caso de que se cumplan dos condiciones: que sean imprescindibles para hacer posible la libertad real, y que sea escaso el grado de afectación al principio de la separación de poderes o a otros principios materiales (especialmente los referidos a derechos fundamentales de terceros). Entre estos derechos estarían el de un mínimo vital, el de una vivienda simple, el de la educación escolar y la formación profesional y el de recibir un estándar mínimo de asistencia sanitaria.

Habría que atender, no obstante, de acuerdo con lo que dice ALEXY, a cada caso concreto, llevando a cabo una ponderación entre los principios afectados. Es cierto que la justiciabilidad puede ser deficiente, pero es algo que suele ocurrir, a veces también con los derechos de libertad clásicos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no es un tribunal sin recursos frente a un legislador inoperante o deficiente¹⁵⁵. Por ejemplo, ante una actitud semejante del legislador, el TCF puede constatar una violación de la Constitución¹⁵⁶, fijando incluso un plazo para que el legislador elabore una norma acorde con la LFB¹⁵⁷, o puede llegar a concretar jurídicamente lo dispuesto

153. ALEXY, 1997, p. 495

154. BVerfGE 27, 220 (228 y ss.).

155. ALEXY se basa en las tesis de SCHMIDT, 1981, p. 19.

156. BVerfGE 39, 316 (333).

157. BVerfGE 33, 1 (13).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

por la Constitución¹⁵⁸, aplicando de modo directo y efectivo la Norma Fundamental.

Podemos decir que hay un rasgo común entre los dos sectores doctrinales germanos con relación a los derechos sociales: la preocupación por asegurar un nivel mínimo de medios materiales que debe ser garantizado por medio de derechos fundamentales, y que tendría por objeto evitar el vaciamiento de la libertad personal, asegurando una libertad real. En todas las construcciones doctrinales alemanas está presente la problemática de la «reserva de lo posible» (como ocurría en Italia), ligada a una reserva competencial del parlamento y al respeto del principio de separación de poderes. La diferencia entre unas posiciones y otras está en el grado de importancia que se le da a esta «reserva de lo posible». Admitiendo que un derecho social fundamental está limitado por la reserva de lo posible, en el sentido de lo que el individuo puede exigir razonablemente de la sociedad¹⁵⁹, ALEXY sostiene que esto no trae consigo automáticamente la ineficacia de ese derecho. Lo que exige esta cláusula es la ponderación de este derecho con los demás derechos y principios en posible conflicto¹⁶⁰.

ALEXY reconoce que algunos derechos sociales fundamentales (como había sostenido HÄBERLE¹⁶¹) son primero un mandato constitucional (principio) de actuación hacia los poderes públicos, y luego pueden llegar o no a ser derechos subjetivos individuales. Pero este argumento, que a algunos les ha servido para no considerar como derechos fundamentales a los derechos sociales, sino simplemente como mandatos al legislador, no sirve para el caso de aquellos derechos sociales mínimos, como los citados por ALEXY, que son directamente ejercitables ante los tribunales, según este sector de la doctrina alemana, y que deben ser considerados como fundamentales. Es más, si los poderes públicos diesen cumplimiento a principios iusfundamentales más allá de los límites a los que está obligado constitucionalmente, estaría también cumpliendo normas de derecho fundamental, aunque no pudiera ser obligado para ello por un Tribunal Constitucional¹⁶².

2.3. GARANTÍAS

Los mecanismos de garantía de los derechos son, básicamente, los juris-

158. BVerfGE 3, 225 (237 y ss.); 43, 154 (169 y ss.).

159. BVerfGE 43, 291 (314); 33, 303 (333).

160. ALEXY, 1997, p. 498.

161. Sobre estas ideas puede verse HÄBERLE, 2002, pp. 201 y ss. Anteriormente, HÄBERLE, 1972, p. 108. Este autor deduce casi todas sus tesis de la cláusula del Estado Social prevista en la LFB.

162. ALEXY, 1997, p. 501. Estas tesis de ALEXY han sido seguidas y ampliadas posteriormente por otros autores, entre los que puede destacarse BOROWSKI, 1998, pp. 303 y ss. También puede verse MURSWIEK, 1985, pp. 264 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

diccionales. Y, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, el recurso de amparo, conforme a lo dispuesto en el artículo 93.1.4.a) de la LFB, al señalar como una de las competencias del TCF alemán la de conocer «sobre los recursos constitucionales que puedan interponerse por cualquiera que alegue haber sido lesionado por el Poder público en uno de sus Derechos fundamentales o en uno de los derechos contenidos en los artículos 20.4, 33, 38, 101, 103 y 104».

En Alemania no existe una institución similar al *Ombudsman* o al Defensor del Pueblo. Lo más parecido a la tarea de tal institución es la que llevan a cabo las respectivas Comisiones de Petición de los diferentes parlamentos, tanto de la Dieta Federal (*Bundestag*), prevista en el artículo 45.c) LFB¹⁶³, como de los parlamentos de cada Estado miembro. En los Estados de Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, Renania Palatinado y Turingia¹⁶⁴ existe la figura del «Comisionado de los ciudadanos» (*Bürgerbeauftragte*), que actúa como instrumento de garantía de los derechos de los ciudadanos ante las Comisiones de peticiones de los respectivos parlamentos. El fundamento jurídico de su existencia se situaría en el artículo 17 LFB, que reconoce el derecho de petición¹⁶⁵.

Como ejemplo de lo anterior podemos mencionar que, en el artículo 36 de la Constitución del Estado de Mecklenburg-Vorpommern, se dispone que el parlamento estatal elegirá, por un período de seis años prorrogables por una sola ocasión, un «Comisionado de los ciudadanos», cuya misión es preservar los derechos de los ciudadanos, así como llevar a cabo labores de asesoramiento y protección en cuestiones sociales, ante el gobierno estatal y los responsables de la Administración pública.

3. FRANCIA*

La posición jurídica de los derechos sociales en Francia pareciera ence-

163. Art. 45.c) LFB [Comisión de Peticiones de la Dieta Federal]: «1. La Dieta Federal constituirá una comisión de peticiones, a la que corresponderá el despacho de las quejas y peticiones enviadas a la cámara a tenor de lo previsto en el artículo 17. 2. Una ley federal regulará las competencias de la comisión en orden al examen de las quejas». Este artículo se desarrolló posteriormente a través de la Ley sobre las facultades de la Comisión de peticiones (*Gesetz über die Befugnisse des Petitionsausschusses*), de 19 de julio de 1975 (*Bundesgesetzblatt I*, 1975, pp. 1921 y ss.).

164. El Bürgerbeauftragte de Mecklenburg-Vorpommern tiene una página web propia: <http://www.buergerbeauftragte-mv.de>.

165. Art. 17 LFB: «Todas las personas, individual o colectivamente, tienen derecho a dirigirse por escrito a los organismos competentes y a la representación popular y trasladarles sus peticiones o quejas».

* Por Carlos Miguel HERRERA. Agradecemos las pertinentes observaciones que oportunamente nos hicieron llegar nuestros colegas y amigos Véronique Champeil-Desplats (Universidad Paris X) y Rafael Encinas de Muñagorri (Universidad de Nantes).

rrar cierta paradoja. Al importante desarrollo de su sistema de Seguridad Social y a su régimen laboral protector, que han hecho del país galo uno de los principales Estados sociales europeos en la segunda mitad del siglo XX, corresponde un marcado subdesarrollo de la reflexión jurídica, tanto en lo que respecta a la idea de Estado social, como en lo que hace a la noción de derechos sociales.

En buena medida, esta peculiaridad se origina en la recepción que la doctrina jurídica hizo de la cuestión social a fines del siglo XIX. Relacionada una primera vez, y por ello rechazada, con las reivindicaciones socialistas de transformación del régimen de propiedad privada que habían aparecido explícitamente en el debate constituyente de 1848, será asociada luego, y rechazada nuevamente, con el «colectivismo» propio del espíritu germánico, cuando emergía en Alemania un primer modelo institucional de providencia social, de raíces paternalistas y de tinte autoritario, y por ello incompatible, con los principios universales de la República.

Habrá que esperar el fin de la Segunda guerra mundial para que surja en Francia un constitucionalismo social en sentido propio, aunque ya a principios de los años treinta, los antiguos mecanismos de asistencia pública habían dado lugar a una primera tentativa de organizar un sistema de seguros sociales. Sin embargo, la cuestión, específicamente constitucional, de los derechos sociales será rápidamente absorbida por el conjunto de normas particulares que regulará la institución de la Seguridad Social y la protección del trabajo asalariado. Desde un punto de vista doctrinal, esto se traducirá a su vez por una apropiación preferente del objeto por parte del derecho laboral, quedando los aspectos más generales de la problemática en manos de una rama emergente del derecho administrativo que se ocupaba de los derechos y libertades (la asignatura llamada *Libertés publiques*, cuya denominación se modifica hoy al calor de ciertas evoluciones jurídicas), perspectivas ambas que condicionarán por mucho tiempo la reflexión sobre los derechos sociales.

3.1. CONSTITUCIÓN

Si bien podemos hallar un conjunto importante de precedentes históricos en los debates constitucionales de 1848, e incluso durante los primeros años de la Revolución Francesa, se considera que la constitucionalización social en Francia no tiene lugar realmente antes del surgimiento de la IV República. Su Constitución, promulgada en octubre de 1946, se abría con un Preámbulo que reunía un conjunto de «principios políticos, económicos y sociales», calificados de «particularmente necesarios para nuestro tiempo».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Dicho texto reconocía, en una formulación normativa que tomaba la forma del reconocimiento de un «derecho a», la igualdad de la mujer, el derecho a obtener un empleo (correlativo de un «deber de trabajar»), la acción sindical y la formación de sindicatos, el derecho de huelga, el derecho a la participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo y a la gestión de la empresa, el desarrollo de la familia, la protección de la salud, el reposo y la jubilación, y un igual acceso a la educación.

Durante cierto tiempo se debatió acerca del valor jurídico de dicho Preámbulo, que no estaba integrado en el articulado de la Constitución, y la doctrina se inclinaba mayoritariamente por negarle el carácter de una regla de aplicación directa de «valor positivo y constitucional», apoyándose en la incipiente jurisprudencia del *Conseil d'Etat*, por entonces la máxima jurisdicción en materia de derecho público. En las conclusiones que su Comisario de gobierno proponía en la célebre decisión *Dehaene*, sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos (CE, 7 de julio de 1950), se sostenía que el Preámbulo no constituía un conjunto de reglas directamente aplicables, pero expresaba principios generales del derecho. En todo caso, su texto había quedado fuera de la peculiar modalidad de control de constitucionalidad que organizaba la Constitución de 1946 en sus artículos 91 y siguientes.

Cuando la crisis de la descolonización dejó al desnudo los límites del sistema político que se había instaurado, y una nueva República acompañó el regreso al poder del general De Gaulle, su Constitución, del 4 de octubre de 1958, en un nuevo Preámbulo, ratificó de manera solemne la adhesión a la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 «confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946», dándole a este documento una existencia autónoma que ahora se prolongaba en el tiempo. Este encadenamiento normativo, visto en un primer momento como meramente simbólico, habría de ser la vía para la constitucionalización de los derechos sociales en Francia, a partir del desarrollo de una modalidad particular (y restringida) de control de constitucionalidad de las leyes que se desarrollará en los años setenta.

En efecto, el reconocimiento y la protección constitucional de los derechos se realizará a través de la jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* (la institución designada por la Constitución de 1958 como encargada de verificar, originariamente antes de su promulgación, la constitucionalidad de las leyes [art. 61.1 y 2] pero que no corresponde, aun luego de haber injertado un procedimiento de control *a posteriori* a través de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad que entró en vigor en marzo 2010, en sentido estricto a una corte constitucional en la tradición europea¹⁶⁶), cuyos inicios datan

166. El *Conseil constitutionnel* nació de la voluntad de vigilar los poderes del Legislativo,

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

del 16 de julio de 1971, con la decisión «Libertad de asociación» (CC 71-44 DC), que utiliza la fórmula que se tornará ritual: «vu la Constitution et notamment son préambule». Pero habrá que esperar la decisión «IVG» (CC 74-54 DC, 15 de enero de 1975), para que el Preámbulo de 1946, y más precisamente su apartado 11 (que afirma que la Nación «garantiza a todos [...] la protección de la salud», en este caso, del niño), sea utilizado como norma de referencia en materia social para el control de constitucionalidad de la ley que autorizaba el aborto.

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales fue concretizado, en un primer momento, en referencia a las disposiciones del Preámbulo de 1946, que pasó a integrar el llamado bloque de constitucionalidad. Pero no siempre la referencia será textual: una interpretación más amplia de sus enunciados, según la denominada técnica constructiva, permitió al *Conseil constitutionnel* reconocer incluso algunos derechos sociales que no estaban directamente establecidos en el texto, aunque se actuase siempre con mayor parsimonia que en materia de los llamados derechos de libertad. En algunos de estos casos, la alta jurisdicción fue incluso más allá de los límites que la doctrina jurídica francesa había asignado tradicionalmente a los derechos sociales; en una muy comentada decisión del 19 de enero de 1995, el *Conseil constitutionnel* reconoció como fundamento del «derecho a una vivienda digna» (un derecho que no existe como tal enunciado en el Preámbulo de 1946 pero que ya había sido constitucionalizado en anteriores decisiones de 1990 y 1994), el principio constitucional de la salvaguarda de la dignidad de la persona humana contra toda forma de degradación (CC 94-359 DC).

En su jurisprudencia, el *Conseil constitutionnel* ha reconocido los derechos sociales bajo diferentes denominaciones, algunas de propia elaboración, como «objetivo de valor constitucional» o «exigencia constitucional», otras más tradicionales, como «principios de valor constitucional» o «reglas de valor constitucional». Ante esta ambivalencia, la doctrina constitucional ma-

que se encontraban fuertemente limitados por la Constitución de la V República, sin que ésta previera explícitamente un sistema de protección de los derechos y libertades, lo que explica la ausencia, hasta una fecha reciente, de todo recurso de inconstitucionalidad en mano de particulares. Sin entrar en los problemas de composición de la jurisdicción o de organización del mecanismo de control, cabe subrayar que ya antes de la reforma del procedimiento de control, la máxima jurisdicción judicial del país, la *Cour de cassation*, había cuestionado el monopolio del control ejercido por el *Conseil constitutionnel*, cuya autoridad sólo se aplicaba, en su interpretación, a las leyes adoptadas posteriormente a la Constitución de 1958, y sólo en el momento previo a su promulgación (10 de octubre de 2001). Por su lado, el *Conseil d'Etat*, máxima jurisdicción en materia administrativa, desarrolló a partir de 1989 (en la célebre decisión *Nicolo*) el llamado control de convencionalidad de la ley, que ha funcionado como otra forma (indirecta) de control de supra-legalidad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

yoritaria ha buscado sistematizar la existencia de dos niveles diferentes en el marco del reconocimiento constitucional de los derechos sociales, que generarían a su vez, dos regímenes de protección distintos. Por un lado, tendríamos los llamados «derechos constitucionales de los trabajadores», también denominadas «libertades sociales», reunidos en los apartados 6, 7 y 8 del Preámbulo de 1946, que podrían ser calificados de «derechos fundamentales». Entrarían en esta categoría derechos sociales como el derecho de huelga, el derecho y la libertad sindicales, y el derecho de participación en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo (que recubre tanto el derecho de representación del personal como el derecho a las negociaciones colectivas). Los derechos sociales de prestación, llamados «derechos créditos» en la tradición francesa, serían, en cambio, «objetivos de valor constitucional». Entrarían en dicha categoría los apartados 5, 11 y 13 del Preámbulo de 1946 pero también aquellos derechos «descubiertos» por la interpretación del *Conseil constitutionnel*. Serían entonces derechos sociales reconocidos bajo esta modalidad más restrictiva el «derecho al trabajo», el «derecho a la salud», el «derecho a una vivienda decente», y el «derecho a obtener medios convenientes de existencia», que, en una decisión del 23 de enero de 1987 (CC 86-225 DC), el *Conseil constitutionnel* extrajo del apartado 11 del Preámbulo de 1946. Entrarían además en estas categorías el conjunto de derechos de ayuda y asistencia social, que la doctrina jurídica reúne bajo la categoría, muy cuestionable a nuestro entender, de «derechos de los pobres».

Los derechos sociales de prestación, siempre en la reconstrucción doctrinal dominante, permitirían limitar la aplicación de ciertos principios constitucionales (como, en el tema que nos ocupa, el derecho de propiedad privada o la libertad contractual), pero no darían un derecho subjetivo a los particulares para demandar su cumplimiento ante una jurisdicción (FAVOREU, MATHIEU/VERPAUX). Siendo pues únicamente oponibles al legislador, sólo la intervención del parlamento, desarrollándolos por ley, podría darles efectividad jurídica inmediata en términos de derechos. Y aun en presencia de ley, la doctrina suele discutir sobre la entidad jurídica de tales derechos. A decir verdad, el *Conseil constitutionnel*, en su actividad de jurisdicción, no ha sistematizado materialmente esta distinción, que corresponde más bien a una reconstrucción a la luz de la jurisprudencia de las principales cortes constitucionales europeas, y un mismo derecho social de prestación puede ser calificado de «objetivo» o de «principio» o de «exigencia»¹⁶⁷. En todo caso, como podemos observar, no existe, en derecho francés, un catálogo sistemático de dere-

167. En cambio, en alguna conferencia en el extranjero de un presidente en funciones del *Conseil constitutionnel*, o en la conferencia de prensa de su Secretario general luego de una decisión en esta materia, se ha alentado tal interpretación.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

chos sociales, o una parte específica consagrada a ellos dentro del texto constitucional. Sin embargo, el *Conseil constitutionnel*, a diferencia del *Conseil d'Etat*, considera que el conjunto de enunciados del texto de 1946 puede producir efectos normativos.

Más allá de esta discusión, una parte importante de la doctrina constitucional ha propugnado durante mucho tiempo la existencia de una jerarquía al interior mismo de los derechos y libertades garantizados por la Constitución, en la cual los derechos sociales ocuparían una posición de rango inferior y subordinado ante los derechos de la llamada «primera generación», es decir, los derechos de libertad enunciados o reconocidos a partir de la Declaración de 1789. Como lo sostuviera François GOGUEL, «los principios particularmente necesarios a nuestro tiempo, a diferencia de los Derechos proclamados en 1789, están afectados por un cierto coeficiente de contingencia y de relatividad». La célebre decisión del *Conseil constitutionnel* del 16 de enero de 1982 (CC 81-132 DC) limitando las nacionalizaciones en nombre del derecho de propiedad, parecía confirmar esta perspectiva, hablando de un «valor constitucional pleno» en referencia a la Declaración de 1789, cuyos artículos primaban sobre el apartado noveno del Preámbulo de 1946. Sin embargo, otros autores han sostenido que la jurisprudencia constitucional, en particular con la adopción de la noción de «derechos fundamentales», recogida por un conjunto de decisiones en materia de derechos sociales del *Conseil constitutionnel* a principios de los años noventa (CC 89-269 DC del 22 de enero de 1990 y CC 93-325 DC del 13 de agosto de 1993), engloba ambos tipos de derechos, sin otorgarles jerarquía interna. Estos debates nos conducen directamente a los desarrollos doctrinales en torno a la categoría de los derechos sociales en el orden jurídico francés.

3.2. DOCTRINA

Un estudio reciente sobre la cuestión que nos ocupa señalaba que la categoría de derechos sociales «ha sido muy ampliamente cuestionada por la doctrina» en los últimos tiempos (CAPITANT). Para darle mayor precisión a este juicio, cabría añadir que dicha categoría nunca gozó de gran predicamento en el pensamiento jurídico francés.

La elaboración doctrinal sobre los derechos sociales comienza, en sentido estricto, con la adopción de la Constitución de la IV República. Anteriormente, las teorías de derecho público, aun aquellas que se mostraban más receptivas a la cuestión social (ante todo, las elaboraciones clásicas de Léon DUGUIT, o, en otra perspectiva, las teorizaciones no menos clásicas de Maurice HAURIOU) habían preferido analizar la cuestión en términos de «deberes so-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ciales del Estado», que, entre otras cosas, no daban un derecho subjetivo a reclamar la prestación. La única excepción de peso provino, ya entrados los años treinta, de los escritos de Georges GURVITCH, quien desarrolla una verdadera teoría del derecho social como categoría filosófico-jurídica, incluyendo en su seno un conjunto de reflexiones sobre los derechos sociales, que el autor de origen ruso volverá a presentar, de manera más sencilla, a mediados de los años cuarenta, cuando comienza a debatirse la incorporación de contenidos sociales a la nueva constitución que regirá al país tras la *Libération*¹⁶⁸. Pero la posición marginal de GURVITCH en las Facultades de Derecho (donde fue siempre considerado como un filósofo primero, y un sociólogo del derecho después), no facilitaron la recepción de su teoría en el ámbito jurídico¹⁶⁹.

Con la proclamación, ya recordada, de aquellos «principios políticos económicos y sociales» definidos por el constituyente como «particularmente necesarios a nuestro tiempo», comienza una elaboración doctrinal más sistemática en materia de derechos sociales. Un gran especialista de Derecho administrativo, Jean RIVERO, dará la modelización teórica que permanecerá vigente durante más de medio siglo, y que cuenta incluso hasta hoy con numerosos adeptos, a punto de poder ser calificada de visión dominante. Para RIVERO, los derechos sociales deben ser analizados como «derechos créditos» (*droits-créances*), lo que implicaba una diferencia esencial (de «naturalidad») con los derechos humanos. En una publicación sobre el por entonces recién aprobado Preámbulo de 1946, y que se transformará, hasta nuestros días, en el *framework* sobre la cuestión, firmada junto a otro gran jurista contemporáneo, Georges VEDEL, RIVERO afirma que los derechos sociales «suponen una acción positiva por parte del Estado, ya sea en vistas a proveer prestaciones a los individuos (protección de la salud o de la familia, derecho a la cultura, etc.), o con el fin de organizar la vida económica (asociación de trabajadores o la gestión empresarial, progresividad de los impuestos, derecho de propiedad)». En ambos casos, dichos derechos se constituyen como «créditos», «por los cuales el individuo puede exigir del Estado prestaciones positivas», configurando la imagen de un «Estado deudor» de dichas presta-

168. HERRERA, 2009b.

169. No está de más recordar tal vez, para apreciar el contexto jurídico en que se desarrolla la elaboración de la categoría de «derechos sociales» en el orden jurídico francés, que aún después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1946, Georges RIPERT, uno de los principales civilistas de la época, denunciaba el desarrollo del «derecho social» como una ideología que buscaba hacer aceptable la destrucción de los derechos individuales, en nombre de la igualdad social. En un plano algo más técnico, cuestionaba además el reemplazo de la tradicional categoría de «deber social» por la de «derecho» (HERRERA, 2007).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ciones (RIVERO y VEDEL). Sin duda, resultaba un tanto difícil concebir la juridicidad de esta categoría, dada la ausencia de sanción en caso de incumplimiento de la obligación, o, para decirlo de otro modo, no surgía de esta concepción el carácter jurídico de tal «obligación» en materia de derechos sociales. Por cierto, RIVERO no tenía empacho en admitir el corolario lógico de su argumento: en sentido estricto, «hasta tanto el servicio público no haya sido creado, hasta tanto el Estado no haya reunido los medios para liberarse de esa deuda, el derecho del acreedor no puede ser ejercido»¹⁷⁰.

Este carácter particular de los derechos sociales marcaba claramente la diferencia de naturaleza jurídica con respecto a los derechos humanos, ya que las garantías de estos últimos dependían «directa y exclusivamente de la iniciativa de los titulares al tiempo que ellas son reconocidas». Que los derechos sociales no podían ser incluidos en la misma categoría que los derechos humanos resultaba ya del tipo de garantía prevista para su protección: la efectividad de los derechos sociales dependerá siempre, como acabamos de ver, de la decisión política de organizar un servicio público. O, para decirlo de otro modo, es el Estado, en definitiva, quien determina el momento y los medios que consagra para cumplir con su obligación (su «deuda»). Por consiguiente, la «naturaleza jurídica» de los derechos sociales no sólo dejaba al Estado un margen de apreciación discrecional muy amplio, sino que su reconocimiento efectivo dependía siempre de la existencia de recursos materiales para consagrar a esta parte de su actividad. En verdad, este tipo de «derechos-crédito», siempre según el razonamiento de RIVERO, «no va, ni puede ir en los hechos, hasta obligar al Estado a crear el servicio necesario». Si «el objeto del derecho permanece indefinido hasta que el legislador haya procedido a las elecciones necesarias», no era difícil concluir, como lo hará el autor a lo largo de toda su obra, que los «derechos sociales», no tienen «un valor universal y permanente»¹⁷¹.

La persistencia de las ideas de RIVERO en la visión francesa de los derechos sociales se encarna a nuestro entender en dos elementos centrales, presentes aún en aquellas concepciones más favorables a su plena juridicidad. Por un lado, en el lazo exclusivo que se establece entre los derechos sociales y las prestaciones materiales del Estado. Por el otro, en la utilización de la idea de crédito (*crédance*) para definir su estructura. En ambos casos, la virtualidad de los derechos sociales se ve recortada, ya que se excluyen de la categoría un conjunto de modalidades de efectividad que no pasan por la acción material del Estado, e incluso dejan afuera un conjunto de problemas jurídi-

170. RIVERO, 1995.

171. *Ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cos específicos, como la protección de los derechos sociales ante terceros. En definitiva, la utilización de la categoría de «crédito» para comprender la integralidad de los derechos sociales, apunta a establecer una naturaleza jurídica diferente, e incluso incompatible, con la de los otros derechos humanos, favoreciendo, del mismo modo, la aprehensión de los derechos sociales como «directivas» o «principios rectores», para utilizar expresiones de otras tradiciones jurídicas europeas, que se dirigen menos a los ciudadanos que a los poderes públicos.

Por cierto, si esta visión terminó delineando los contornos de la comprensión doctrinal de los derechos sociales, no fue la única tentativa por dar cuenta de ellos. Empero, aun en aquellos autores que se inscribían más claramente en la lógica del derecho constitucional (y que se mostraban a su vez más proclives a la reflexión teórica), como Georges BURDEAU, quien prefería buscar el fundamento de los derechos sociales en la existencia de lo que llamaba «los derechos del hombre en situación», se terminaba concluyendo que eran derechos *pro futuro*, «promesas» de una sociedad más justa, que debían ser luego desarrollados por el legislador. Incluso, el carácter particular de tales derechos se acentuaba cuando se recordaba que esas promesas se dirigían especialmente a los trabajadores, en el marco de integración social que se proponían desarrollar las nuevas instituciones del Estado de bienestar.

Entre «créditos» y «promesas», el carácter jurídico de la categoría de derechos sociales se seguía poniendo en tela de juicio. Ya entrados en los años 1980, algunos representantes de la doctrina administrativista sostenían que un conjunto de disposiciones del Preámbulo de 1946, y en particular el apartado quinto que reconoce el «derecho a obtener un empleo», no tenían verdadero valor jurídico, es decir no eran susceptibles de producir directamente derechos y obligaciones. La tesis ya había sido argüida con mayores visos de generalidad en un trabajo influyente hasta fecha reciente (y de indudable valor, como testimonio histórico) sobre la categoría de libertades públicas en derecho francés, donde se consideraba que los derechos que contenían obligaciones positivas no eran verdaderas normas jurídicas, pues le faltaban lo que el autor llamaba la «aptitud a la efectividad» (BRAUD).

Pero la progresiva evolución de la jurisprudencia de las dos principales cortes de derecho público llevó a moderar esta tradicional desconfianza doctrinal. Por un lado, la doctrina jurídica (incluida la administrativista) se muestra desde hace unos años más abierta hacia la noción de «derechos sociales», e incluso algunos autores no han dudado en hablar de «derechos sociales fundamentales», aunque el sentido dado al calificativo «fundamental» no se corresponda estrictamente con la significación que se le da en otras tradicio-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

nes jurídicas europeas (es decir, la aplicabilidad directa de los derechos reconocidos por la norma constitucional). Por el otro, se puede relevar un primer conjunto de análisis que postulan que los derechos sociales no son sólo aprehensivos bajo la modalidad de la prestación, y que, más aún, no presentan diferencia de «naturaleza» con los derechos y libertades clásicas. Muchos de los principales derechos sociales, como el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, o un mínimo de condiciones materiales, pueden ser presentados como el corolario del derecho al respeto de la persona humana¹⁷².

Pese a que la cuestión no ha sido a nuestro entender suficientemente discutida en doctrina hasta el día de hoy, los enfoques que buscan fundamentar el carácter universal de los derechos sociales se han incrementado desde principios de los años noventa, y ese impulso ha llevado a algunos juristas a calificarlos incluso de «derechos naturales». Los derechos sociales así entendidos serían la traducción de la «fraternidad», valor que integra la divisa de la República (art. 2 de la Constitución de 1958), y, más exactamente, tendrían por fundamento la «solidaridad», como expresión jurídica de dicho valor, que implica también el «principio de igualdad» (más para evitar las discriminaciones no justificadas u otras rupturas formales que para fundar la reducción de las desigualdades materiales). Al mismo tiempo, se conserva todavía la distinción (que no cabe más que calificar de iusnaturalista en el contexto de la discusión jurídica) entre la «Nación» (o la «sociedad» o aun la «colectividad») y el «Estado», este último quedando obligado sólo a la organización de la enseñanza pública. Los derechos de solidaridad corresponderían pues a la sociedad, lo que conlleva a debilitar su protección como derecho positivo. Esta separación es sin duda de carácter ideológico, pero responde también a cierta dificultad para identificar al «Estado deudor» de derechos créditos.

La «solidaridad» no está enunciada en el Preámbulo de 1946 como principio general, pero ella encontraría su justificación en el carácter «social» de la República, ya constitucionalizado en 1946 y reconocido en el art. 1 de la Constitución de 1958. Y, por cierto, las proyecciones normativas de la idea de «República social» nos permiten reencontrar al Estado. En una de las tentativas más recientes por concebir los derechos sociales como derechos universales, en efecto, dos excelentes especialistas del derecho de asistencia social consideran que «el Estado está en el centro de la problemática del derecho social». Más aún, el derecho social se presentaría, en tanto continente de la República social, como «la formulación jurídica de la ambición redistributiva y protectora del poder público», aunque se conserva el tradicio-

172. HERRERA, 2004, y WACHSMANN, 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nal argumento solidarista que ve el fundamento de los «derechos sociales» en un conjunto de «prestaciones positivas de la sociedad». Para sustentar el carácter universal de los derechos sociales se echa mano al valor de la «solidaridad», que le daría a éstos su «horizonte de universalidad». La dificultad del argumento proviene, sin embargo, del carácter «meta-jurídico» que, como lo admiten los autores, tiene el concepto de «solidaridad», y los límites de la tentativa reaparecen a partir del instante en que se busca determinar la forma jurídica que esta solidaridad exige: los derechos sociales serían derechos a prestaciones materiales, que aseguren los mecanismos de distribución; incluso los autores no dudan en definirlos como «derechos categoriales». El carácter universal parece esfumarse aún más cuando se llega a la cuestión de la modalidad concreta de esos «derechos»: «su realización efectiva constituye una tarea imposible» operando más bien como guías «para iniciar políticas concretas de integración social». De golpe, como ya ocurría en la argumentación tradicional, esos «derechos sociales» no parecen ser «derechos humanos» en sentido estricto. Algo que, por cierto, no escapa a los autores, que admiten que los derechos sociales «si bien se afirman como universales, dan origen a políticas particularistas» (BORGETTO y LAFORE).

La vieja tradición de desconfianza hacia la categoría de derechos sociales que irriga a la doctrina francesa se expresa también de manera subterránea, y quizás con consecuencias más graves, en cierta tendencia a utilizar como paradigma teórico de los derechos sociales a los llamados «derechos de ayuda social». Esta asimilación conlleva a una serie de consecuencias específicas, entre las que sobresale la absolutización del papel material del Estado en la efectividad de los «derechos sociales», que son encerrados en una modalidad de atribución de prestaciones o bienes (las llamadas *allocations*), dirigidos a su vez hacia una categoría particular de beneficiarios, los indigentes. No escapa al análisis que esta visión termina atentando contra la universalidad de los derechos sociales.

Sin embargo, en los últimos años, al calor de los importantes desarrollos doctrinales del derecho internacional y europeo y, sobre todo, de la importancia que ha adquirido el llamado «contencioso de los derechos» para reconstruir el derecho constitucional francés (una empresa que ha favorecido el contacto con otras culturas jurídicas europeas más abiertas en el tema que nos ocupa), se ha extendido la comprensión de la categoría de derechos sociales como derechos fundamentales. Por cierto, estos desarrollos no están exentos de ciertas ambivalencias, ligadas sin duda a la persistencia de la vieja tradición de rechazo de su carácter jurídico. Así, después de calificarlos de «fundamentales», se lee que los derechos sociales no son exigibles ante un juez... Las vacilaciones afloran incluso en algunos de los más agudos repre-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sentantes de la doctrina constitucional: así, luego de afirmar, con perfecta razón, que «una clasificación estricta que permita ordenar, de un lado, los derechos fundamentales que dan acceso a prestaciones y, del otro aquellos que serían caracterizados por una abstención del Estado, no puede ser mantenida, ya que todo derecho fundamental comporta cierta distribución de ambos aspectos», el mismo autor promueve la utilización de la categoría de «derechos créditos» porque ella subraya de manera adecuada el carácter de atribución de bienes de los derechos sociales (PFERSMANN). Y uno de los mejores especialistas de derecho internacional de los derechos humanos, luego de sostener que no hay separación estricta entre ambas categorías de derechos, debiéndose insistir en los tipos de obligación, positiva o negativa, que un mismo derecho puede reunir, afirma algunas páginas más lejos que los derechos sociales son «contingentes, subordinados a las posibilidades materiales de una sociedad dada en un momento determinado de su historia», e incluso que su naturaleza es aleatoria e incierta, sus términos imprecisos, en reglas que no serían aplicables directamente, reduciéndolos a «principios deseables» (SUDRE).

No sorprenderá tampoco entonces que algunos constitucionalistas hayan llegado a cuestionar la categoría de «derechos-créditos» por su amplitud, ya que ella permitiría dar a entender que los particulares tendrían derecho a reclamar ante un juez la concretización de un derecho social.

3.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En comparación con un desarrollo constitucional más bien restrictivo (si se lo compara con otras Constituciones europeas), el marco legislativo de los derechos sociales reviste desde siempre una gran extensión en el orden jurídico francés, dado que se lo considera tradicionalmente como el ámbito normativo específico para el reconocimiento de este tipo de derechos. Así, la Ley del 29 de julio de 1998, llamada de lucha contra la exclusión social, proclama, en su artículo 1.2 «el acceso efectivo de todos a los derechos fundamentales en materia de empleo, vivienda, protección de la salud, educación, formación y cultura, protección de la familia y la niñez».

Se pueden distinguir, a nivel infraconstitucional, una serie de grupos específicos de normas de contenido social, que son objeto de una «codificación» que ordena los textos legislativos y reglamentarios (en el campo del «Trabajo», «Seguridad social», «Salud pública», «Acción social y familia», «Educación» e incluso de la «Construcción» en materia de derecho a la vivienda).

Quizás convenga iniciar el análisis por las normas del derecho de la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Seguridad Social, cuya conformación apuntó a desarrollar un conjunto de instituciones específicas ligadas a lo que se denominó por entonces la protección contra los «riesgos de la vida», que podían reducir o suprimir la capacidad de ingresos de los trabajadores y sus familias, como la enfermedad, la desocupación, los accidentes de trabajo, la maternidad, la vejez o las cargas de familia, en el marco de los nuevos modelos de Estado social que se generalizan en Europa desde el fin de la Segunda guerra mundial¹⁷³. En el caso de Francia, se trataba de un sistema que (siguiendo la modelización propuesta por el politólogo danés Gosta ESPING-ANDERSEN en un estudio clásico) tiene un marcado sesgo corporativo, ya que fue organizado menos sobre base universal que como un conjunto de prestaciones (y cotizaciones) ligadas al estatuto profesional del trabajo asalariado, al menos en lo que respecta al régimen general (que convive aún hoy con un régimen agrícola y uno de profesiones independientes, entre otros).

El sistema de Seguridad Social francés se ha estructurado como un servicio público a través de un conjunto de normas que inaugura la famosa ordenanza del 4 de octubre de 1945 y dos leyes posteriores. La organización del sistema, co-administrado por las organizaciones sindicales y patronales a través de un conjunto de «cajas» repartidas en tres niveles territoriales sucesivos (departamental, regional y nacional), y financiada por las cotizaciones profesionales, abonaba la idea, nacida al calor de la tradición republicana (y aún hoy muy presente, como vimos, en la doctrina publicista), que la «solidaridad», esa «deuda social» que servía de fundamento al sistema¹⁷⁴, quedaba en manos de «la Nación» o «la colectividad», y no del Estado, lo que se expresaba por el papel de los «actores sociales» en su administración. El argumento se relativiza hoy, cuando parte de la financiación del sistema de Seguridad Social pasa por el impuesto, directamente, por ejemplo, a través de la llamada «contribución social generalizada» (la CSG) de 1991, o indirectamente (vía las contribuciones del presupuesto del Estado ante los déficits de ciertas ramas de la Seguridad Social). Incluso, el «equilibrio financiero de la Seguridad Social» ha alcanzado rango de exigencia constitucional (CC 2003-489 DC del 29 de diciembre de 2003). Al mismo tiempo, el sistema evolucionó hasta privilegiar un régimen general obligatorio, dividido en grandes «ramas» que cubren los grandes riesgos: enfermedad, accidentes de trabajo, vejez y familia (el desempleo queda cubierto en el marco de otro régimen jurídico).

La crisis del modelo del Estado benefactor basado en el pleno empleo

173. HERRERA, 2006.

174. La solidaridad es el principio sobre el que se funda la organización de la Seguridad Social (art. L-111-1, del Código de la Seguridad Social).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

no sólo implicó la reducción de algunas de las prestaciones de la Seguridad Social sino que llevó también a la ampliación de los llamados «derechos de ayuda social», es decir un conjunto de prestaciones otorgadas sin condición de cotización y teniendo en cuenta los recursos del beneficiario, que tendieron a generalizarse desde principios de los años noventa. Esta garantía de los *minima sociaux*, financiados, con algunas excepciones, directamente por el presupuesto del Estado, incluyó tradicionalmente un conjunto de mecanismos de ayuda social muy específicos como el llamado RMI (sigla correspondiente a *Revenu minimum d'insertion*, creado en diciembre de 1988, y que fue el más importante de todos), la AAH (*l'Allocation adulte handicapé*, la más antigua, ya que nace en 1975), la ASS (que equivale a *Allocation de solidarité spécifique* de 1984), la API (es decir la *Allocation de parent isolé*), la PSD (la *Prestation spécifique dépendance*, de 1997), la CMU (la *Couverture maladie universelle*, de 1999), o la APA (la llamada *allocation personnelle autonomie*, creada en 2001), que buscan asegurar a los individuos que no cuentan con un ingreso económico estable o entran en la categoría de «precariedad» establecida a partir de un piso de recursos, un conjunto de prestaciones mínimas indispensables, en general a título transitorio, para su subsistencia en materia de ingreso, acceso al sistema de salud, vivienda o incluso acceso a la justicia. En estos casos, la categoría de «personas en dificultad» es completada por otras determinaciones sociales, como familia, niño, anciano, inválido o desocupado. El fundamento de estos derechos de ayuda social es, como en el caso de la Seguridad Social, el principio de solidaridad nacional, lo que lleva a veces a ciertas confusiones conceptuales sobre la extensión de ambos tipos de derechos.

Pero la crisis del Estado benefactor tocó también a la organización de estos derechos de ayuda social. En efecto, buena parte de estas prestaciones han sido actualmente transferidas a las colectividades locales, en particular a los departamentos, lo que contribuye aún más a hacerles perder su carácter «universal», incluso dentro de las fronteras nacionales. El *Conseil constitutionnel* ha convalidado dichas transferencias, sosteniendo que el «principio de la solidaridad nacional» no es, en sí, un obstáculo a «la institución de un mecanismo de solidaridad llevado a cabo por el departamento», debiendo la ley prevenir simplemente la aparición de rupturas caracterizadas de igualdad en la atribución de la prestación (CC 96-387 DC, del 21 de enero de 1997). Incluso, de manera más general, esta vez con respecto al principio de igualdad, el *Conseil constitutionnel* ha decidido que «el principio de igualdad no impone al legislador, cuando éste busca reducir las disparidades de tratamiento en materia de protección social, remediar de manera concomitante el conjunto de las disparidades existentes» (CC 99-416 DC, del 23 de julio de 1999).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La multiplicación de estos dispositivos particulares (que casi han llegado a la decena) condujo a darles un marco normativo más general, con la ya citada Ley del 29 de julio de 1998. El mismo proceso ha llevado también a la introducción de un *Revenu de solidarité active* (el llamado RSA, que se podría traducir como «renta de solidaridad activa») que entró en vigor a mediados de 2009. El RSA reemplaza el RMI y otros mecanismos de ayuda social como la API, aunque los objetivos declarados (para el actual Gobierno se trataba de la medida central en materia social del quinquenio) por sus promotores eran más ambiciosos: substituir la pura lógica de «asistencia» de los mecanismos de ayuda social, a través de la erección de un sistema de derechos y deberes tanto para los beneficiarios como para los poderes públicos. El objetivo es favorecer el ingreso o la vuelta al mercado laboral de «las personas en dificultad», pero también luchar contra la pobreza de ciertas categorías de trabajadores, al permitir acumular con mayor facilidad un salario, que se supone bajo, u otro tipo de retribución, con las alocaciones de ayuda. También se pretende cuantificar los objetivos gubernamentales de reducción de niveles de pobreza. El beneficio es atribuido a nivel departamental. No han faltado sin embargo las críticas sobre la confusión de estatutos que el sistema alimenta, a la vez trabajador (pobre) y asistido, lo que termina por consolidar la precariedad social del otrora protegido «empleo». Pero la crisis financiera mundial y europea amenaza incluso con reducir sus beneficios: se discute actualmente la posibilidad de imponer una obligación de trabajo gratuito en contrapartida a la prestación monetaria.

La evolución de ciertos derechos sociales ha sido más lineal. En el caso de los derechos de las mujeres, la garantía de igualdad fue consagrado en la Constitución de 1946 (apdo. 3 del Preámbulo), aunque el régimen de capacidad civil había sido ya modificado en profundidad en 1938 para las mujeres solteras. Al sufragio femenino, reconocido inmediatamente después de la *Libération*, le seguirán reformas legislativas más lentas en el plano de los regímenes matrimoniales (1965), autoridad parental (1970) y divorcio (1975). Durante mucho tiempo, la jurisdicción constitucional se opuso a toda distinción sexual en el ejercicio de la ciudadanía y la organización de la representación política (CC 82-146 DC del 19 de noviembre de 1982), pero finalmente una reforma constitucional, acaecida en julio de 1999, modificó el artículo 3 de la Constitución de 1958, agregando un nuevo apartado que precisa que *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, completando el dispositivo con un no menos novedoso párrafo en el artículo 4 que establece que los partidos políticos tienen la responsabilidad de garantizar dicho principio en las condiciones que determina la ley. Luego de la censura de un conjunto de disposiciones por parte del *Conseil*

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

constitutionnel, fue finalmente promulgada la Ley «tendiente a favorecer el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y las funciones electivas», del 6 junio de 2000, previendo penalidades financieras para aquellos partidos que incumpliesen con la obligación de presentar un número igual de candidatos de distinto sexo en sus listas. Sin embargo, el *Conseil constitutionnel* realiza una interpretación restrictiva de dicho artículo 3, que sólo se aplica a las elecciones para mandatos y funciones públicas, pero no es pertinente para la composición de órganos dirigentes o consultativos de personas morales de derecho público o privado (CC 2006-533 DC, 16 de marzo de 2006). Desde el punto de vista de los derechos laborales, la afirmación de la igualdad de principio será efectivamente reconocida en la función pública, por la decisión del *Conseil d'Etat* del 6 de enero de 1956 (*Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montalivet*, que valida sin embargo una «derogación») y consolidada luego por el desarrollo del principio de no discriminación del derecho comunitario. La igualdad de salario por el mismo trabajo está inscrita en el Código de trabajo desde 1972, bien que su efectividad en ciertas ramas es ilusoria, y nuevas normas legales han buscado asegurar la igualdad profesional. El reconocimiento de un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, validado por el *Conseil constitutionnel* en su gran decisión «IVG» (CC 74-54 DC del 15 de enero de 1975), ratificado en «IVG II» (CC 2001-446, del 27 de junio de 2001) será considerada como la fecha más importante en el camino de la emancipación de la mujer.

El derecho a la educación tiene bases normativas previas a la constitucionalización de los derechos sociales, ya desde finales del siglo XIX, constituyendo uno de los pilares del sistema republicano. El apartado 13 del Preámbulo de la Constitución de 1946 proclama que la Nación garantiza al niño y al adulto el acceso igual a la instrucción, a la formación profesional y la cultura, ligando este derecho global al deber específico del Estado de organizar la enseñanza pública, laica y gratuita a todos los niveles. El conjunto de normas fueron recogidas en el Código de la educación, que la postula como prioridad nacional.

El otro gran grupo de normas legislativas referentes a los derechos sociales lo forman las reglas aplicables al derecho de los trabajadores, que, desde un punto de vista histórico, están en el origen de los derechos sociales fundamentales. Sin remontar a los antecedentes del siglo XIX, se suele hablar de una «edad de oro» del derecho de trabajo que, entre 1936 y 1974, desarrolló un importante sistema de garantías para el trabajo asalariado (PÉLISSIER, SUPLOT y JEAMMAUD). Si dejamos también de lado las importantes realizaciones que nacieron con el gobierno del llamado *Front populaire* y nos enmarcamos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en el constitucionalismo social francés, se debe señalar la Ley del 11 de febrero de 1950 sobre las convenciones colectivas y los conflictos de trabajo, y que crea además la institución del salario mínimo garantizado (el llamado por entonces «SMIG», luego sustituido por el actual SMIC, a partir de 1968). Sus normas permiten también terminar con la idea de que la huelga rompía el contrato de trabajo, regla ratificada un año después por la *Cour de cassation* (decisión Soc. 28 junio 1951).

Más tarde, en 1958, se sientan las bases del régimen de protección del desempleo, a partir de la creación de un seguro obligatorio, administrado paritariamente por los actores del mundo del trabajo, organizados en la llamada UNEDIC (Unión nacional interprofesional para el empleo en la industria y el comercio), que decide la creación de asociaciones específicas de intervención, denominadas «Assedic». Paralelamente, a finales de la década del sesenta, se crea la llamada ANPE (Agencia nacional para el empleo), que busca organizar por parte del Estado la política de ofrecimiento de empleos¹⁷⁵. Y la Ley del 13 de julio de 1973, completada luego por la Ley del 3 de enero de 1975, introduce un procedimiento enmarcado normativamente para despedir a los trabajadores, que sólo puede llevarse a cabo por «causa real y seria».

Un nuevo impulso legislativo se dará con la llegada de la izquierda al poder por primera vez en la V República, en particular con las llamadas Leyes Auroux de 1982, cuatro grandes normas que buscan fortificar la posición jurídica de los trabajadores en la sociedad, a través de una nueva reducción de la jornada legal de trabajo, el otorgamiento de una quinta semana de vacaciones pagadas, el fortalecimiento del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, nuevas garantías al derecho sindical, el desarrollo del derecho de la negociación colectiva, etc. Aunque algunos de estos tópicos pudieron ser profundizados aún después de la crisis del Estado benefactor y la extensión de la mundialización de la economía (en particular la duración legal del trabajo que las llamadas Leyes Aubry, de junio de 1998 y enero de 2000, redujeron al principio de 35 horas semanales), se juzga la etapa actual como de franco retroceso con respecto a los principios que inspiraron el derecho laboral después de la Segunda guerra mundial. Actualmente, se está desarrollando una intensa discusión sobre el futuro de un conjunto de normas específicas (protectoras) relacionadas con una actividad social como el trabajo (p. ej., en materia de contrato laboral), e incluso se ha llegado a poner en duda la permanencia de una disciplina jurídica propia. El *Conseil*

175. Ambas organizaciones (Assedic y ANPE) fueron reunidas en un «Polo empleo» a partir de enero de 2009.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

constitutionnel ha validado hasta ahora esas reformas, incluso cuando se retiran normas de garantía de la parte más importante del Código de trabajo (la parte legislativa), como algunas reglas sobre la *Inspection du travail* o los *conseils de prud'hommes* (CC 2007-561 DC, de 17 de enero de 2008).

En el marco de los llamados derechos sociales de prestación, el principal desarrollo legislativo de los últimos años tocó al derecho a la protección de la salud y, sobre todo, al derecho a la vivienda, cuya justiciabilidad está despertando las discusiones más interesantes. El primero de estos derechos dio lugar a numerosas decisiones de la jurisdicción constitucional, apoyándose en particular en el ya recordado apartado 11 del Preámbulo de 1946. Tradicionalmente, se considera que recubre el llamado derecho a la vida, pero sobre todo, un derecho de acceso a los cuidados y a la prevención de la salud, constituyendo, en la visión tradicional, un «objetivo de valor constitucional» más que un derecho fundamental (tal como se proclama en la Carta de la Organización Mundial de la Salud, y es recogido en numerosas normas del derecho positivo francés, como la Ley del 4 de marzo de 2002). Se ha discutido en doctrina si dicho apartado 11 encierra un derecho individual a prestaciones o simplemente opera como fundamento para el establecimiento de un sistema de protección en salud pública. Algunas decisiones de las dos máximas jurisdicciones de derecho público han permitido sin embargo, si bien en circunstancias excepcionales, revestirlo de las características de un derecho subjetivo¹⁷⁶, apoyándose en la «salvaguarda de la dignidad de la persona humana» que, como vimos, es un principio de valor constitucional.

La Ley del 4 de marzo del 2002, en particular, marca un enfoque del derecho a la salud que prioriza el punto de vista de los «derechos de los pacientes» ante el poder absoluto de los médicos, dándoles fundamento en la libertad de los mismos, vía el consentimiento y el respeto no sólo de los derechos de los usuarios del sistema de salud, sino también de los que llama «derechos de la persona enferma». En efecto, después de proclamar que «el derecho fundamental a la protección de la salud debe ser puesto en práctica por todos los medios disponibles en beneficio de toda persona», establece las bases de una «democracia sanitaria», donde los organismos que participan en el sistema de salud, las asociaciones de defensa de las personas enfermas y los usuarios cumplen un papel en el desarrollo de la prevención, garantizan el acceso igual de cada individuo a los cuidados necesarios para su estado

176. P. ej., prohibiendo la reconducción de un extranjero en situación irregular ante el peligro para su salud (CE, 13 de mayo de 1996) o estableciendo la obligación de asegurar a todo extranjero, sin condiciones, una ayuda médica. Aunque esta visión es criticada por la doctrina tradicional (MATHIEU, 1999).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de salud, asegurando la continuidad de los mismos y la mejor seguridad sanitaria posible.

Por su parte, el derecho a la vivienda ha sido objeto de un conjunto de normas legislativas que organizaban el acceso a la vivienda de las personas de bajos recursos al interior de la red habitacional social, administrada por las comunas, a través de un conjunto de organismos específicos. El control de estas normas dieron a su vez la ocasión al *Conseil constitutionnel* de expedirse sobre su estatuto constitucional, en particular en un conjunto de decisiones de mediados de los años noventa, sobre las que volveremos en el último apartado, y que facilitaron, por ejemplo que incluso el derecho a la vivienda sea calificado de «derecho fundamental» por la jurisdicción ordinaria (*Cour d'appel* de París, 15 de septiembre de 1995). La más importante de estas leyes ha sido la llamada Ley DALO (por *Droit au Logement Opposable*), del 5 de marzo de 2007, ya modificada por la Ley del 25 de marzo de 2009 (llamada de Movilización en favor de la vivienda) y cuyos efectos jurídicos plenos, es decir, la posibilidad de utilizar un recurso ante los tribunales administrativos abierta a todos los demandantes, recién se completan el 1 de enero de 2012.

Tal vez sea en el plano jurisprudencial que se encuentren los elementos más interesantes para determinar el lugar de los derechos sociales en el sistema jurídico francés.

El *Conseil d'Etat* se ha mostrado tradicionalmente más reacio en la interpretación de las garantías de los derechos sociales. Ciertamente, fue una decisión de esta alta jurisdicción (que por entonces ejercía cierta forma de control de constitucionalidad de los derechos) que, en una sentencia algo ambigua de 1950 (la ya citada decisión *Dehaene*), reconoció el carácter lícito (aunque limitable) de la huelga en la función pública, con base normativa en el texto del Preámbulo de 1946. En realidad, el *Conseil d'Etat* ha preferido apropiarse del contenido del Preámbulo bajo la forma de «principios generales del derecho», particularmente en referencia con el «principio de igualdad». Si el procedimiento ofrece ciertas garantías para el reconocimiento y la protección de algunos derechos sociales, la modalidad no permitía un verdadero avance de la categoría, lo que no deja de ser importante dada la tradicional relación de dependencia teórica de la doctrina administrativista. Por cierto, esta modalidad no fue óbice para que la suprema jurisdicción administrativa crease nuevos derechos sociales, como ocurriera con el llamado «derecho a llevar una vida familiar normal» (CE, 8 de diciembre de 1978, *GISTI*).

Sin embargo, con respecto a los otros «principios generales» enunciados

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

en el Preámbulo, por ejemplo el llamado «principio de solidaridad» reconocido en el apartado 12, el *Conseil d'État* consideró, en su decisión *Tallagrand* (CE, 29 de noviembre de 1968) que «en ausencia de disposición legislativa precisa», el enunciado no puede «servir de base a una acción contenciosa de indemnización», lo que relativizaba altamente la efectividad de los derechos sociales reconocidos en dicho texto. Luego de la emergencia de un «derecho a la vivienda digna» en la jurisprudencia constitucional, el *Conseil d'Etat* rechazó que se tratara de una «libertad fundamental», incluso con base constitucional, puesto que se trataría de un mero «objetivo», y por ende, no tendría ejecución directa. También en esa ocasión la suprema jurisdicción administrativa consideró que «las estipulaciones relativas al acceso de los particulares a la vivienda que están contenidas en ciertas convenciones internacionales ratificadas por Francia no crean más que obligaciones entre los Estados parte de dichas convenciones y no producen efecto directo con respecto a las personas privadas» (CE, 3 de mayo de 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*).

Pero el impulso principal ha venido de la jurisprudencia constitucional, al punto que los primeros comentaristas, habituados a la desconfianza del *Conseil d'Etat* hacia los derechos sociales, no dudaron en hablar de la «audacia» del *Conseil constitutionnel* ante sus primeras decisiones en materia de derechos sociales, lo que parecía justificarse al menos con respecto a lo que había sido hasta entonces la tradición jurídica francesa. Aunque los consejeros constitucionales han subrayado siempre que «su poder general de apreciación y de decisión» no sea idéntico que el otorgado por la Constitución al Parlamento, lo que impide, en particular, determinar si el objetivo que se asigna al legislador podía ser alcanzado por otras vías, al menos mientras la modalidad retenida no es manifiestamente inapropiada para sus fines (CC 2006-535 DC, del 30 de enero de 2006). Ratificando el principio, una decisión sobre el derecho al empleo agrega que el legislador debe permitir su ejercicio al mayor número posible de personas (CC 2010-98, QPC, de 4 de febrero de 2011). Y pronto comenzará a hablarse de «interpretación restrictiva» en lo que hace a la obligatoriedad del Preámbulo de 1946 con respecto al legislador (p. ej., CC 2010-91, QPC, de 28 de enero de 2011).

Ya hemos visto que fue el desarrollo de una jurisprudencia del *Conseil constitutionnel*, a partir de los años setenta, que permitió la emergencia constitucional de los derechos sociales. En particular en lo que hace a los llamados «derechos constitucionales de los trabajadores», es decir aquellos reunidos en los apartados 5 (segunda parte), 6 y 7, que protegen el derecho de huelga, el derecho y las libertades sindicales y el derecho de participación en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo serían verdaderos de-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rechos fundamentales en la tradición constitucional europea, es decir su protección sería invocable directamente ante el juez. Sin embargo, dicho carácter no los blindó contra la intervención del legislador, que organiza su ejercicio. Se discute más, en cambio, la extensión de la garantía ofrecida a los derechos sociales de prestación desarrollados en los apartados 5, 8 y siguientes del Preámbulo de 1946. Cuando el *Conseil constitutionnel* utiliza la categoría de «objetivo constitucional», sus decisiones han insistido sobre todo en el papel del legislador en la realización de los mismos (CC 98-403 DC, de 29 de julio de 1998, CC 2004-505 DC, 19 de noviembre de 2004)¹⁷⁷.

Un conjunto de evoluciones recientes en materia de jurisprudencia constitucional ha alimentado ciertos resquemores de la doctrina más progresista en materia de derechos sociales. En un primer momento, la «constitucionalización» de los derechos de los trabajadores despertó la simpatía en este sector doctrinal, ya que dichos derechos eran elevados así a la categoría de libertades públicas de ejercicio colectivo (sobre todo, los apartados 6, 7 y 8 del Preámbulo de 1946, ya recordados). Pero la interpretación constitucional pronto mostrará ciertos límites con respecto a los otros derechos sociales reconocidos en los apartados 5, 11 y 13. En una jurisprudencia constitucional reciente, iniciada con la decisión del 12 de enero de 2002 (CC 2001-455 DC), la llamada «libertad de emprender» (que había sido «constitucionalizada» en 1982, a partir de una interpretación amplia del art. 4 de la Declaración de 1789 por parte del *Conseil constitutionnel*) ha aparecido como un principio que puede servir para controlar fuertemente las decisiones del legislador, en particular en materia de «derecho a obtener un empleo», avatar del antiguo «derecho al trabajo», reconocido en el apartado quinto. En una jurisprudencia más antigua sobre este mismo apartado quinto, de 1983, el poder del legislador, en cambio, había sido ampliamente afirmado por el *Conseil constitutionnel*. Ahora las alternativas promovidas por el Gobierno para desarrollar el derecho a obtener un empleo pueden ser controladas en relación con la «libertad de emprender», que tendría, en la medida que se trata de un derecho fundamental (y no de un objetivo), que surge de la Declaración de 1789, cierta preeminencia. La conciliación entre ambas reglas, de estatuto diferente, sería favorable, a aquella de esencia liberal. Más allá del caso puntual, se ha querido ver un primer paso hacia la jerarquización, por parte de la máxima jurisdicción constitucional, de los derechos y libertades, que venía siendo reclamada por los sectores más conservadores de la doctrina.

177. Lo que ha dado pie, a la doctrina constitucional dominante, a sostener que tales derechos sociales no podrían, en principio, ser invocados por los individuos en ausencia de la ley (FAVOREAU y PHILIP), una posición que se apoya en la tradicional jurisprudencia del *Conseil d'Etat*.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

En efecto, en continuidad con la separación entre derechos de primera y segunda generación, se ha sostenido que la Declaración de 1789 reconoce los derechos del hombre en tanto hombre, es decir con abstracción de toda consideración de desarrollo económico y social. En cambio, el Preámbulo de 1946 sólo garantiza derechos doblemente condicionados, por la situación histórica en general, y por el estatuto de sus beneficiarios, en particular. Estos autores subrayan una célebre decisión del *Conseil constitutionnel*, controlando la ley de nacionalización de la primera presidencia de François Mitterrand donde se dice que el Preámbulo de 1946 «tiende sólo a completar» la Declaración de 1789 (CC 81-132 de 16 de enero de 1982)¹⁷⁸. De manera general, una parte muy importante de la doctrina, tanto constitucional como administrativa, ha considerado que dado que vivimos bajo un régimen liberal y que, por consiguiente, los derechos sociales ocuparían un lugar «finalmente menor [...] dentro del edificio constitucional», el juez constitucional podría tener un mayor control sobre el poder de apreciación del legislador en dicha materia, ya que en un régimen liberal habría «un límite de primer orden con respecto a la amplitud de los derechos sociales»¹⁷⁹. Sin embargo el *Conseil constitutionnel* ha rechazado hasta ahora toda jerarquización formal entre derechos fundamentales, lo que permite pensar que los derechos reconocidos en ambos textos tienen la misma virtualidad. Esta jerarquización de derechos fue promovida incluso con respecto al llamado «principio de no regresión de los derechos fundamentales» (denominado *effet cliquet* en la doctrina francesa). Dicho principio, que opera como una garantía particular para impedir que una nueva norma legal reduzca o prive de efectos a derechos ya reconocidos constitucionalmente, no se aplicaría, según sostuvieron caracterizados representantes de la doctrina tradicional, a los derechos económicos y sociales, en particular de prestación. Sin embargo, un conjunto de decisiones del *Conseil constitutionnel* han extendido la garantía de no regresión a los derechos sociales constitucionales; incluso para aquellos presentados como «objetivos», tales como el derecho a la vivienda o la protección de la familia. En sendas decisiones, analizando un conjunto de medidas gubernamentales sobre la vivienda, las asignaciones familiares o la jubilación, típicos derechos de prestación, el *Conseil constitutionnel* ha sostenido que el amplio poder reco-

178. A decir verdad, el verbo «completar» no existe en el texto de 1946, donde, después de haber reafirmado los derechos y libertades de la Declaración de 1789 (y los llamados «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República»), «proclama, además» los nuevos principios. El verbo «completar» se utiliza, en cambio, en el Preámbulo de la Constitución de 1958, donde se dice que la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano fue «confirmada y completada» por el Preámbulo de 1946, la utilización conjunta de ambos verbos parecería dar el mismo estatuto a ambos derechos.

179. PRÉTOT, 1991.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nocido al legislador para modificar, abrogar, substituir disposiciones en la materia y apreciar la oportunidad de tales medidas, no puede «llevar a privar de garantías legales las exigencias de carácter constitucional», como el objetivo de una vivienda decente o las obligaciones contenidas en los párrafos 10 y 11 del Preámbulo de 1946 (CC 94-359 DC, de 19 de enero de 1995; CC 97-393 DC, de 18 de diciembre de 1997; CC 2010-617 DC, de 9 de noviembre de 2010).

La desconfianza de los representantes más progresistas de la doctrina publicista se ha extendido a la categoría de «derecho fundamental», que favorecería la constitucionalización de libertades económicas contra aquellas normas de contenido social, por lo que se promueve el mantenimiento de la categoría de derechos humanos, que se prestaría menos a ese tipo de utilización (CHAMPEIL-DESPLATS, y SUPLOT). Ya en el marco del derecho laboral, la prioridad cada vez mayor dada al carácter de «persona» sobre la categoría de «trabajador» para juzgar la protección de los derechos dentro del espacio de la empresa, que se tornaban así cada vez menos «colectivos» y más «individuales», había sido también una fuente de inquietud, en la medida en que se la juzgaba como un medio para facilitar la flexibilización laboral y reducir la especificidad protectora de las normas laborales, al ocultar el carácter desigual de la relación de trabajo.

En todo caso, la constitucionalización de lo social llevada a cabo por el *Conseil constitutionnel* conserva a nuestro entender muchos de sus rasgos positivos. No sólo el derecho sindical y el derecho de participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo han sido explícitamente calificados de «principios y reglas de valor constitucional», sino incluso ha ocurrido lo propio con el «derecho al empleo» (CC 98-401, de 10 de junio de 1998). Y al aparecer como una «exigencia constitucional» (contrariando a quienes veían en el «derecho al trabajo» un mero principio político), le da el carácter de una norma de plena juridicidad, produciendo a su vez efectos normativos directos y específicos y garantías concretas, por ejemplo, en materia de despido (CC 2004-509 DC, de 13 de enero de 2005).

De hecho, cuando el *Conseil constitutionnel* establece, aun bajo la forma de «objetivos de valor constitucional», derechos «sociales» como el derecho a una vivienda digna a través del principio de la «salvaguarda de la dignidad de la persona humana» (en la ya citada decisión CC 94-359 DC, del 19 de enero de 1995), una doctrina constitucional «autorizada» no dejará de denunciar una «anomalía», ya que dicho principio sería propio a «los derechos fundamentales de esencia liberal». Dado que los «derechos sociales» serían contingentes, su incorporación a través de un principio absoluto, inherente a la calidad humana, plantearía un «grave problema», ignorando la separa-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción que existe entre estos dos tipos de derechos. Como se puede observar, en este tipo de razonamiento se establece un dique para evitar la conexión directa entre el principio de dignidad de la persona humana y las demandas sociales. Las exigencias sociales podrían traducirse jurídicamente, a lo sumo, bajo la forma de un «objetivo» constitucional, pero de ningún modo pueden ponerse en el mismo plano que los «derechos fundamentales», donde en cambio, sí se incluye el derecho de propiedad privada. Una primacía de los derechos sociales sobre los derechos liberales, sería, además, «fuente de totalitarismo»¹⁸⁰. El *Conscil Constitutionnel*, sin embargo, al reconocerlo como «objetivo de valor constitucional», restringe taxativamente las limitaciones excesivas del derecho de propiedad (CC 2011-169, QPC, de 30 de septiembre de 2011).

Al calor de la influencia europea (y en particular de la jurisprudencia de la CEDH), otras evoluciones se han producido. En particular, la decisión de la Sala social de la *Cour de cassation* del 16 diciembre 2008 (*Eichenlaub c/Axia Francia*) ha abierto la vía a la invocabilidad directa de los tratados internacionales en materia de derechos sociales, que producirían efectos, no menos directos, en derecho interno, como ya había ocurrido en referencia a la Convención de salvaguarda de derechos de los niños. En efecto, la alta jurisdicción decidió la aplicación directa, en derecho interno, del artículo 6.1 del PIDESC, que reconoce a toda persona el derecho de ganar libremente su vida por un trabajo libremente elegido o aceptado, que impide que un trabajador, sumido a una obligación de no concurrencia, sea privado de contrapartida financiera con la excusa de haber sido despedido por falta grave. La decisión ha sido subrayado con mayor acuidad aún, por el hecho que la Corte utilizó el texto de oficio, sin que la aplicación fuera requerida por las partes. Actualmente, se espera del *Conseil d'Etat* la ocasión de modificar su doctrina tradicional de no reconocimiento de la invocabilidad y del efecto directo de los tratados internacionales en materia de derechos sociales, esta vez en referencia al derecho a la vivienda, siguiendo una vía abierta por el Tribunal Supremo de Mónaco.

3.4. GARANTÍAS

De manera tradicional, se considera que buena parte de los enunciados del Preámbulo de 1946, aun después de haber sido constitucionalizados por el *Conseil constitutionnel*, no son lo suficientemente explícitos o son demasiado vagos para dar lugar a un derecho invocable directamente por los particulares contra la administración. Se trataría de «principios», políticos ante todo,

180. MATHIEU, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que no crean derechos y obligaciones de manera directa e inmediata, aunque la técnica seguida ha permitido incluir algunas de estas prescripciones a título de «principios generales del derecho», o incluso de «principios constitucionales», sancionando así la aceptación de la cosa juzgada constitucional. Pero el *Conseil d'Etat* ha sostenido que la proclamación de un «derecho crédito» no tiene por efecto obligar a los poderes públicos a garantizar ese derecho, y por ende, un individuo no puede invocarlo para obtener una ventaja particular (CE, 8 de diciembre de 1978, *GISTI*).

El régimen de garantías de los derechos sociales en el orden jurídico interno es complejo, tanto en lo que hace al derecho en sí como en lo que respecta al tipo de jurisdicción¹⁸¹. En el derecho constitucional francés no existía hasta hace muy poco una acción de inconstitucionalidad puesta en manos de los particulares, y ni siquiera un recurso indirecto, del tipo recurso de amparo o recurso de tutela. Sin embargo, la reforma constitucional del 23 de julio de 2008 ha previsto la posibilidad, en el curso de un proceso ante una jurisdicción, de un reenvío al *Conseil constitutionnel*, por intermedio del *Conseil d'Etat* o de la *Cour de cassation*, de una disposición legislativa que pudiese afectar un derecho o una libertad reconocidos por la Constitución (art. 61.1). El procedimiento de la llamada «cuestión prioritaria de inconstitucionalidad» ha entrado en vigencia el 1º de marzo de 2010, con la Ley Orgánica del 24 de noviembre 2009. Las primeras demandas llegaron al alto tribunal en abril, que el 27 de mayo 2010 (decisión n° 2010-1 QPC), tras la audiencia pública prevista en el procedimiento, dictó su primera sentencia, que toca al problema de los derechos sociales. En efecto, el *Conseil constitutionnel* declaró la inconstitucionalidad de un conjunto de normas que establecían una diferencia en el tipo de revalorización de las pensiones de antiguos combatientes, según fuera su origen (francés o extranjero), aun cuando residiesen en el mismo país, en nombre del principio de igualdad. La decisión obliga al legislador a modificar la legislación antes de 1º de enero de 2011¹⁸². Es dable suponer que el desarrollo de dicha excepción de inconstitucionalidad traerá cambios importantes, al menos a mediano plazo, en la evolución del *Conseil constitutionnel* hacia una corte constitucional de tipo europeo¹⁸³. Al mismo

181. Dejamos de lado, por razones de espacio, la incidencia de las normas supra-estatales en el régimen de garantía de los derechos sociales, sobre todo de derecho europeo y de Derecho comunitario.

182. El *Conseil constitutionnel*, en nombre de su doctrina sobre el principio de igualdad, no se opone a que se mantenga la diferencia con respecto a los antiguos combatientes que no residen en el territorio francés, pero sin distinción de nacionalidad.

183. Las últimas nominaciones de miembros del *Conseil constitutionnel*, en febrero de 2010, y que han recaído en políticos de reconocida trayectoria, se ha interpretado como un intento de alejar el fantasma de una evolución hacia una Corte constitucional de tipo europeo. Recordemos que dos antiguos presidentes de la República (Giscard d'Estaing y Chirac) participan actualmente de las decisiones del tribunal.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tiempo, se ha creado la figura del «Defensor de los derechos» (art. 71.1), inspirada en la experiencia española del defensor del pueblo, pero que espera una ley orgánica para determinar el perímetro de sus funciones, que está en discusión en estos momentos en el Parlamento. Cabe precisar, además, que no existe en derecho constitucional francés un «Poder judicial» en la tradición norteamericana (la Constitución de 1958 habla, en su título VIII, de «autoridad judicial» cuya garantía de independencia es confiada al... Presidente de la República).

Tenemos por un lado las garantías constitucionales, cuya extensión puede variar según la interpretación dada por el *Conseil constitutionnel*. En lo que hace a los «derechos de prestación» se considera que corresponde al legislador desarrollar tales «derechos», que son de carácter programático. Así, por ejemplo, si se reconoce como exigencia constitucional «la puesta en marcha de una política de solidaridad nacional en favor de los trabajadores jubilados», el legislador es libre de decidir «las modalidades concretas que le parecen apropiadas» para satisfacer esta exigencia (CC 2003-483, de 14 de agosto de 2003). Lo que equivale a decir que el derecho, aun reconocido constitucionalmente, sólo puede ser garantizado una vez adoptada la ley (y, sobre todo, su decreto de aplicación) que lo organice. Se considera así que el derecho constitucional positivo no ofrece una garantía de puesta en práctica efectiva de un derecho social reconocido en ausencia de norma legislativa. En cambio, el *Conseil constitutionnel* sería un garante, como acabamos de ver más arriba, de la no regresión en materia de derechos sociales constitucionales.

En un sistema que, aun evolucionando hacia nuevas formas de control de constitucionalidad de los derechos y libertades, sufre de la ausencia de una verdadera corte constitucional (aunque más no sea por la composición del *Conseil constitutionnel*), la protección constitucional de los derechos fundamentales (no sólo sociales), tiene sus límites, se considera que el llamado «control de convencionalidad de las leyes» es mucho más eficaz en ese plano, al menos para los derechos reconocidos en el CEDH¹⁸⁴. Pero el *Conseil d'Etat* ha negado que las normas del PIDESC produzcan efectos directos con respecto a los particulares, que no pueden invocarlas por ejemplo contra un decreto relativo a las «prestaciones familiares» (CE, 5 de marzo de 1999, *Rouquette et autres*).

Las jurisdicciones encargadas de la protección de los derechos y libertades presentan una dualidad de orden, judicial y administrativo, separación que se asienta en una norma de 1790. Pese a que el valor constitucional de

184. WACHSMANN, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la dualidad ha sido relativizado por el *Conseil constitutionnel*, el sistema posee un conjunto de especificidades (no sólo en materia social, a decir verdad) que limitan de alguna manera su rol de contra-poder. Baste recordar, en lo que hace a la jurisdicción administrativa, que su máxima instancia, le *Conseil d'Etat*, actúa también como consejero del Gobierno.

Ambos órdenes jurisdiccionales, ordinario y administrativo, tienen vocación a conocer al menos algún aspecto del conjunto de los derechos sociales, lo que transforma al sistema de garantías en altamente complejo y desperdiciado. Si la protección de la libertad individual queda, en principio, en manos de la autoridad judicial (art. 66 de la Constitución de 1958), el juez administrativo es la jurisdicción competente para anular las decisiones tomadas por el Poder ejecutivo en ejercicio de sus prerrogativas de autoridad pública, como lo ha reconocido la jurisdicción constitucional (CC 86-224 DC, de 23 de enero de 1987). La posibilidad de anular o modificar todo acto de la administración era de por sí una garantía importante, pero también el contencioso de libertad ante el juez administrativo ha sido reforzado a través de una serie de recursos específicos desarrollados para proteger una libertad fundamental, es decir, consagrada por la Constitución, incluso en situación de urgencia, en particular con el llamado *référé-liberté* instaurado por la Ley del 30 de junio de 2000. Estos recursos se aplican a derechos sociales como el derecho de huelga o la libertad sindical, pero quedan excluidos, al menos en las sentencias conocidas hasta ahora, los derechos sociales de prestación. En efecto, la jurisdicción administrativa lo ha señalado con respecto al derecho a la obtención de un empleo o el derecho a la vivienda digna, que no pueden ser invocados directamente por los individuos ante un juez, ya que no son (en una lectura que ha sido calificada con mucha pertinencia de prejuicio restrictivo¹⁸⁵), «libertades fundamentales» pese a tener reconocimiento constitucional. La posición restrictiva del *Conseil d'Etat* se ha expresado incluso ante principios constitucionales como el derecho de participación de los trabajadores en la determinación de las condiciones colectivas de trabajo y a la gestión de la empresa, que, según la instancia administrativa no tiene efectos directos hasta antes de la aprobación de una ley (CE, 8 de julio de 1986, *Syndicat des commissaires de police*).

En el plano más específico de los llamados derechos de los trabajadores, rige también lo que la doctrina denomina la «pluralidad de contenciosos». Existen, en efecto, al menos tres jurisdicciones, con diferentes tipos de recurso posible, que pueden resultar competentes para una misma situación laboral. A la jurisdicción administrativa, que controla la legalidad de las deci-

185. WACHSMANN, 2007.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

siones reglamentarias o los actos individuales de la administración, y a la jurisdicción ordinaria, se le suma la llamada jurisdicción de conciliación paritaria (los *Conseils des prud'hommes*, una instancia formada por «magistrados» electos por los asalariados y los empresarios). En verdad, las decisiones de los *prud'hommes* son siempre controladas por la jurisdicción ordinaria, cuya última instancia es la *Cour de cassation* (tanto en su Sala social, creada a finales de los años treinta, como en su Sala criminal, si se diera el caso de violaciones en dicha materia). En cambio, el juez judicial es, en principio, competente para las llamadas «libertades colectivas», también llamadas «libertades sociales» o aún «garantías fundamentales del derecho del trabajo», aunque no pocos extremos caben dentro de los recursos propios a la jurisdicción administrativa, y en particular lo que respecta al empleo en la función pública.

El sistema contencioso de la Seguridad Social, por su parte, presenta las dificultades propias de un servicio público cuya administración es dejada básicamente en manos de organismos privados (DUPEYROUX). Buena parte de los recursos que pueden utilizar los particulares para reclamar sus derechos está confiada a un conjunto de jurisdicciones especiales, mientras que las cuestiones más generales quedan en manos de la justicia ordinaria, organizada en tribunales de asuntos sociales, Cortes de apelaciones, y finalmente *Cour de cassation* (al interior de la cual es competente la segunda Sala civil). Es importante señalar que su régimen se aplica directamente a los extranjeros residentes en el territorio nacional, incluso en lo que se refiere a las prestaciones no contributivas, según una jurisprudencia del *Conseil constitutionnel* y de los tribunales ordinarios, armonizada luego por la Ley del 11 de mayo de 1998.

El derecho a la educación ha dado lugar a la condena financiera del Estado por parte de los tribunales administrativos e incluso, más recientemente, por el *Conseil d'État* frente a la ausencia de un dispositivo adecuado para los niños que sufren de una minusvalía física o mental.

Pero en lo que respecta a las garantías jurisdiccionales, se deben notar un conjunto de evoluciones importantes que se están produciendo en estos momentos. La Ley del 5 de marzo de 2007 sobre derecho a la vivienda oponible, que entró en vigor en enero de 2008, sin dejar los tradicionales acentos administrativistas de la política social, creó una forma de exigibilidad jurisdiccional, ante el juez administrativo, que opera a través de un recurso contencioso, desarrollado de manera gradual, una vez agotadas las instancias propiamente administrativas¹⁸⁶. A partir del 1 de diciembre de 2008 los

186. El Tribunal administrativo de París, en decisión del 20 de mayo de 2008, tuvo una primera ocasión de examinar un recurso, contra la decisión de la Comisión de mediación, por el rechazo de una demanda de vivienda en el marco del procedimiento previsto en la ley. La norma prevé, en efecto que para atribuir una vivienda

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

demandantes reconocidos como beneficiarios del derecho por la Comisión, pero que no hubieran obtenido un alojamiento después de un período razonable, pueden asignar, siempre ante los tribunales administrativos, directamente al Estado, utilizando el recurso jurisdiccional *stricto sensu*. En caso de incumplimiento de su obligación (en un plazo que va de tres a seis meses según las zonas del país), el Estado puede ser condenado al pago de una penalidad financiera, que debe servir a alimentar el fondo de construcción de viviendas sociales. Rápidamente, un conjunto de decisiones vieron la luz. Así, en febrero de 2009, el Tribunal administrativo de París, siguiendo ya un conjunto de decisiones de los tribunales de Niza y Bayona, ordenó al Estado proveer de alojamiento a un conjunto de familias en el plazo de dos meses, pasados los cuales deberá pagar la suma de 100 euros por cada día vencido, condenándolo asimismo a hacerse cargo de los gastos de justicia. Un tribunal puede controlar también si el ofrecimiento hecho por el Estado se adecua a las necesidades del demandante: así un alojamiento sin ascensor, para una persona con problemas de invalidez, ha sido juzgada inadaptada (TA Cergy-Pontoise, 6 de marzo de 2009).

Aunque las decisiones en este sentido se multiplicaron, pronto se consideró que el mecanismo jurisdiccional no se mostraba suficientemente efectivo para la importante demanda, sobre todo en la región parisina¹⁸⁷.

Alentado de algún modo por estas dificultades, un debate, cada vez más general, se está produciendo sobre el problema de la justiciabilidad de los derechos sociales, a partir del derecho a la vivienda, impulsado en parte por el informe público del *Conseil d'Etat* «Droit au logement, droit du logement», que analiza las primeras aplicaciones de la Ley DALO en un marco más general de reflexión, que entiende contribuir, en palabras de su Vicepresidente, a una «mejor gobernanza». Para el *Conseil d'Etat* (que, como se ha recordado, no opera únicamente como una jurisdicción sino como consejero del Gobierno en materia legal) la efectividad del derecho a la vivienda pasa menos por un mecanismo jurisdiccional que por una política y una legisla-

protegida al demandante, su situación debe reunir dos extremos, «prioridad» y «urgencia» y, en el caso juzgado, la Comisión de mediación rechazó el pedido por tratarse de un caso prioritario, pero no urgente. El juez administrativo, por el contrario, consideró que la situación de la demandante (una mujer sola a cargo de dos hijos menores de edad) era constitutiva de «urgencia» y ordenó un nuevo examen de la demanda por parte de la Comisión, en el plazo de un mes, que terminó otorgando el alojamiento. Dos decisiones del Tribunal administrativo de París, en diciembre de 2010, recuerdan que se trata de una obligación de resultado por parte del Estado, y que, en caso de carencia, su responsabilidad *par faute* queda comprometida, condenando monetariamente a la administración por el perjuicio ocasionado.

187. Para una síntesis de los datos producidos, ver «Logement: un droit opposable?», *Le Monde*, 2 de diciembre de 2009.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción tendiente a aumentar el número de viviendas, y de manera general, lo que el informe llama púdicamente «los obstáculos estructurales». No por casualidad el informe se detiene con gran minuciosidad sobre el derecho del alojamiento, para subrayar su complejidad (en la medida que coexisten cuatro tipos de legislación diferente) y su inflación (ya que cada legislatura agrega cambios importantes), lo que termina llevándolo a una difícil comprensión para los ciudadanos. Para el *Conseil d'Etat*, la Ley DALO, luego de haber despertado importantes expectativas, corre el riesgo de producir no menos grandes decepciones. En parte porque sostiene que la norma no garantiza estrictamente «un derecho subjetivo a la atribución efectiva de una vivienda», sino un recurso específico que ofrece menos garantías que un recurso de derecho común. Pero pareciera que encontramos algunas de las tensiones propias, y quizás los límites, de ver en la exigibilidad ante el juez como una «técnica» para asegurar la eficacia un derecho programático.

En todo caso, la importancia de este incipiente mecanismo jurisdiccional reside en el hecho de contribuir, aunque más no sea modestamente, a mellar el mito, tan acendrado en la tradición jurídica francesa que acabamos de presentar sintéticamente, que los derechos sociales sólo serían exigibles una vez que el acreedor haya reconocido su deuda.

4. PORTUGAL*

4.1. CONSTITUCIÓN

La Constitución de la República Portuguesa (CRP) de 1976¹⁸⁸ constituye un paradigma de generosidad en la consagración de un catálogo extenso y propio de derechos sociales, los cuales cobran dignidad constitucional expresa en el texto fundamental, coexistiendo con el catálogo de los «derechos, libertades y garantías» (personales, de participación política y de los trabajadores).

No resulta difícil comprender esta opción del legislador constituyente. La Constitución de 1976, aprobada tras la revolución de 25 de abril de 1974, que puso fin al régimen del *Estado Novo*, hostil a los derechos fundamentales, se mostró de inmediato comprometida con la construcción de una «sociedad libre, justa y solidaria» (art. 1) y estructurada sobre el principio del Estado

* Por Catarina SAMPAIO VENTURA. El presente texto no vincula a la institución donde la autora ejerce sus funciones.

188. La Constitución de 1976 fue reformada en siete ocasiones: 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 y 2005. El texto constitucional vigente se encuentra disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/2005/08/155A00/46424686.pdf>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

democrático de derecho, afirmando el objetivo de la «realización de la democracia económica, social y cultural» (art. 2).

Además, entre las fuentes de la Constitución sobresale la inspiración en el Derecho internacional de los derechos humanos, empezando por la DUDH. Sin embargo, es de destacar el carácter, en muchísimos aspectos, innovador y ampliatorio del texto constitucional portugués con respecto a la salvaguardia, en el orden jurídico interno, de los derechos sociales.

La Historia constitucional portuguesa desvela que las Constituciones precedentes¹⁸⁹ no han resultado del todo inmunes al acogimiento de algunas dimensiones de significado social, aunque, obviamente, con una distinta comprensión de la que hoy prevalece a respecto de los derechos sociales como derechos fundamentales. Así, con relación a las Constituciones monárquicas, sobresalen las determinaciones en materia de educación¹⁹⁰ y asistencia social¹⁹¹, las cuales marcan también el primer documento constitucional republicano¹⁹². Impregnada de una intención social propia (la filosofía corporativa), la Constitución de 1933 señalaría después, de forma más aguda, las «directivas de actividad estatal»¹⁹³ dirigidas a la satisfacción de ciertas dimensiones sociales, específicamente incorporando una intención de justicia social, reconociendo el derecho al trabajo, estructurando la sociedad sobre los pilares orgánicos de la familia y de las corporaciones asistenciales, culturales y económicas, así como fijando tareas del Estado en el marco de la educación¹⁹⁴.

En la actualidad, la Constitución vigente consagra los «derechos y deberes económicos, sociales y culturales» en el Título III¹⁹⁵ de su Parte I, dedicada a los «derechos y deberes fundamentales». Los derechos económicos (arts. 58 a 62) se refieren al estatuto económico de las personas, sea como titulares del derecho al trabajo, sea en su rol de trabajadores, de consumidores, de emprendedores o de propietarios, mientras que los derechos sociales (arts. 63 a 72) comprenden tanto los derechos concernientes a las condiciones de una existencia en dignidad (Seguridad Social, salud, vivienda y medio ambiente), como los pertenecientes a colectivos que reclaman una protec-

189. Los textos de las cinco Constituciones anteriores a la Constitución de 1976 pueden consultarse en la compilación de MIRANDA, 2004.

190. *Vid.* arts. 237 a 239 de la Constitución de 1822; arts. 145.30 y 145.32 de la Carta Constitucional de 1826; y arts. 28 y 29 de la Constitución de 1838.

191. *Vid.* art. 240 de la Constitución de 1822; art. 145.29 de la Carta Constitucional de 1826; y art. 28 de la Constitución de 1838.

192. *Vid.* arts. 3.10, 3.11 y 3.29 de la Constitución de 1911.

193. CANOTILHO y MOREIRA, 2007, p. 296. *Vid.*, a su vez, MIRANDA, 2005, pp. 271-310.

194. *Vid.* arts. 6.3, 8.1.A, 11 a 16 y 42 a 44 de la Constitución de 1933.

195. Arts. 58 a 79 del texto constitucional actual.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción jurídica específica (familia, padres y madres, niños, jóvenes, personas con discapacidad y tercera edad). El tríptico se remata con los derechos culturales (arts. 73 a 79), los cuales pueden agruparse en derechos referentes a ciertos bienes culturales fundamentales (educación y enseñanza, ciencia, cultura y deporte) y derechos relativos a las instituciones directamente concernidas con la garantía del ejercicio de aquellos derechos (escuela, universidad y demás instituciones de enseñanza superior)¹⁹⁶.

No obstante, obsérvese que los derechos sociales no agotan su relevancia constitucional en el citado catálogo de derechos fundamentales. Aparte de los ya mencionados artículos 1 y 2 CRP, las dimensiones inherentes a la democracia económica, social y cultural se encuentran también, distinguidamente, en el cuadro de las misiones fundamentales del Estado [art. 9.d)], así como en el marco de la Constitución económica (en particular, arts. 80, 81 y 90).

En lo que concierne específicamente a la evolución del texto constitucional originario, el saldo de las reformas constitucionales se revela francamente positivo, ya que las mismas han aportado en general, con más o menos intensidad, una densificación normativa de los derechos sociales fundamentales¹⁹⁷.

Regístrese que la primera reforma constitucional (1982)¹⁹⁸ materializó, entre otras, una «sustancial disminución de la componente ideológica-programática»¹⁹⁹, característica del texto primitivo de la CRP y espejo de la dimensión revolucionaria en la cual despuntara el orden constitucional posterior al 25 de abril. A este respecto, debe, por ejemplo, mencionarse la supresión del precepto que establecía la apropiación colectiva de los principales medios de producción como garantía y condición del ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales (primitivo art. 50).

En ese momento, el legislador constituyente clarificó también su comprensión sobre un conjunto de derechos de los trabajadores y de sus organizaciones, alterando la sistematización de la ley fundamental, por vía de la introducción de un nuevo capítulo sobre «derechos, libertades y garantías de los trabajadores»²⁰⁰, los cuales transitaron del Título III (catálogo de los

196. Seguimos próximamente la sistematización de CANOTILHO y MOREIRA, 1991, p. 114 y 2007, p. 316.

197. Sobre el tema, *vid.* CANOTILHO y MOREIRA, 2007, pp. 297-306.

198. Ley Constitucional 1/82, de 30 de septiembre (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1982/09/22700/31353206.pdf>).

199. CANOTILHO y MOREIRA, 2007, p. 28.

200. *Vid.*, en el texto constitucional vigente, los arts. 53, 54, 55, 56 y 57, relativos, respectivamente, a la seguridad en el empleo, a las comisiones de trabajadores, a la libertad sindical, a los derechos de las asociaciones sindicales y contratación colectiva, y al derecho a la huelga y prohibición del cierre patronal.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derechos económicos, sociales y culturales) al Título II (catálogo de los derechos, libertades y garantías)²⁰¹.

Entre las modificaciones introducidas en 1982 deben igualmente subrayarse aquellas que seguidamente se enumeran: afirmación del derecho al disfrute y a la creación de la cultura (art. 78); refuerzo de los derechos positivos de los ciudadanos, ya no concebidos como meras obligaciones del Estado sino como verdaderos derechos (así, en materia de familia, paternidad y maternidad, tercera edad, pero también de enseñanza, cultura física y deporte, arts. 67, 68, 72, 74 y 79); y reconocimiento de derechos constitucionales en favor de determinadas categorías de personas, tales como, específicamente, los trabajadores emigrantes [art. 60.2.e)] y los profesores y alumnos (art. 77).

La segunda reforma constitucional (1989)²⁰² fue menos intensa aunque algunas de las modificaciones introducidas resultan asimismo significativas. Así, los derechos de los consumidores fueron introducidos en el catálogo de los derechos económicos fundamentales (art. 60). De igual modo, se añadió la contribución de todo el tiempo de prestación de trabajo al cálculo de las pensiones de vejez y de invalidez (art. 63.5), se incluyó el reconocimiento estatal de la enseñanza privada y cooperativa (art. 75.2) y se reformularon los principios del régimen de acceso a la enseñanza superior, con mención explícita a la igualdad de oportunidades y a la democratización del sistema de enseñanza (art. 76.1). En un sentido regresivo, cabe aludir al debilitamiento del alcance del principio constitucional de la gratuidad del servicio nacional de salud (SNS) [art. 64.2.a)].

La cuarta reforma constitucional (1997)²⁰³ acarreó un conjunto de modificaciones sustanciales en el capítulo de los derechos sociales. Entre las innovaciones, cabe destacar el reconocimiento constitucional, en el marco de los derechos de los trabajadores (art. 59), del derecho a una organización del trabajo en condiciones que permitan la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar; del derecho a la asistencia y justa reparación en caso de accidente de trabajo o de enfermedad profesional; de la obligación del Estado de proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores estu-

201. Sin embargo, adviértase que ya antes de la reforma constitucional de 1982 los derechos en cuestión, incluidos en el capítulo de los derechos económicos, sociales y culturales, eran considerados derechos de naturaleza análoga a los derechos, libertades y garantías y, como tal, sujetos al régimen específico de esta categoría de derechos fundamentales (*vid.*, paradigmáticamente, los términos del art. 18 CRP), por fuerza del art. 17 de la Constitución.

202. Ley Constitucional 1/89, de 8 de julio (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1989/07/15501/00020069.pdf>).

203. Ley Constitucional 1/97, de 20 de septiembre (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/1997/09/218A00/51305196.pdf>).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

diantes; de garantías especiales para los salarios, en términos a definir por el legislador ordinario. Con respecto a los derechos específicamente sociales, fue afirmada en el marco del derecho a la Seguridad Social la vertiente de solidaridad (art. 63) y, en el cuadro del derecho a la protección de la salud, fueran ampliadas las obligaciones del Estado (art. 64.2), entre las cuales merecieron atención específica las políticas de prevención y tratamiento de la drogodependencia. En el marco de la protección debida a la paternidad y maternidad, no sólo fue ampliado a todas las mujeres el derecho a una especial protección durante el embarazo y después del parto (lo cual ya era reconocido a las mujeres trabajadoras, art. 68.3), sino que también fue consagrado el derecho común a los dos progenitores de dispensa del trabajo por un período adecuado para fines de asistencia a los niños (art. 68.4). La prohibición del trabajo de menores en edad escolar, introducida en 1989, transitó del ámbito normativo del derecho a la enseñanza al de la protección de los niños (art. 69.3) y la atención a los hijos de los inmigrantes, con el objetivo de hacer efectivo su derecho a la enseñanza, fue añadida al texto constitucional [art. 74.2.e)]. Por último, la reforma de 1997 fue particularmente significativa con respecto a los derechos de última generación, a saber, los derechos de los consumidores y el derecho al medio ambiente: los primeros vieron reforzadas sus posiciones jurídicas procesales, instrumentales a su defensa (arts. 52.3 y 60.3); el derecho al medio ambiente (art. 66) fue, asimismo, considerablemente reforzado, otorgándose, específicamente, dignidad constitucional a los principios del desarrollo sostenible y de la solidaridad intergeneracional²⁰⁴.

Por fin, la reforma constitucional de 2004²⁰⁵ incluyó, en el marco de la protección de la familia, la obligación estatal de promover la conciliación de la actividad profesional con la vida familiar [art. 67.2.h)].

4.2. DOCTRINA

Dogmáticamente, los derechos sociales se afirman, en su lineamiento típico, como derechos positivos o derechos a prestaciones, es decir, derechos que reclaman del Estado una conformación político-legislativa (derechos a prestaciones jurídicas) y también material (derechos a prestaciones materiales, bienes y servicios), necesaria para su realización. Esto no significa que, estructuralmente, los derechos sociales no puedan comportar también dimensiones negativas, lo que evidencia igualmente una faceta de derechos a la abstención del Estado o de terceros.

204. Para una panorámica más amplia, remitimos a VENTURA, 1998, pp. 493-527.

205. Ley Constitucional 1/2004, de 24 de junio (disponible en <http://dre.pt/pdf1sdip/2004/07/173A00/46424693.pdf>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No obstante esta complejidad estructural, primordial es no perder de vista que los derechos sociales tienen su fundamento primero en el principio de la dignidad de la persona humana (art. 1 CRP). Cuestión distinta, todavía, es saber si estos derechos a prestaciones, garantizados en la Constitución, se afirman como verdaderos derechos subjetivos.

En la doctrina portuguesa, CANOTILHO sobresale entre los autores más favorables a una comprensión expansiva de los derechos sociales²⁰⁶. Según este constitucionalista, los derechos sociales positivados en la Constitución son estructuralmente derechos subjetivos, independientemente de su justicia-bilidad y asequibilidad inmediatas²⁰⁷. Es decir, son derechos con la misma dignidad subjetiva de los derechos civiles y políticos, por lo que las posiciones jurídicas comprendidas en su ámbito de protección no pueden ser objeto de agresión, ni del Estado ni de terceros. Sin embargo, distinta se desvela su operatividad práctica, por cuanto resalta también en su estructura una dimensión objetiva, materializada en imposiciones de legislar y en el suministro de prestaciones a los ciudadanos. En todo el caso, CANOTILHO subraya que los derechos sociales son derechos, independientemente de las imposiciones constitucionales y de las prestaciones estatales destinadas a asegurar su eficacia: «la realización de los derechos económicos, sociales y culturales no se reduce a una simple llamada al legislador. Existe una verdadera *imposición constitucional*, que legitima, entre otras cosas, las transformaciones económicas y sociales en la medida en que las mismas sean necesarias a la realización de estos derechos»²⁰⁸. Así, «el problema actual de los "derechos sociales" [...] o derechos a prestaciones en sentido estricto [...] está en "tomar en serio" el reconocimiento constitucional de derechos como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho a la cultura, el derecho al ambiente. Independientemente de las dificultades (reales) que suscita un tipo de derechos subjetivos en los cuales falta la capacidad jurídica o poder (= jurídico, competencia) para obtener su realización práctica (= accionabilidad), no podemos considerar como un simple "aleluya jurídico" (C. SCHMITT) el hecho de que las Constituciones (como la portuguesa de 1976 y la española de 1978) consideren ciertas posiciones jurídicas de tal

206. CANOTILHO, 2007, pp. 471-484. Para el desarrollo de su tesis, incluso con comparación de las «culturas constituyentes» de Portugal y de España en materia de derechos fundamentales, *vid.* CANOTILHO, 2008, pp. 35-68 y pp. 97-113, y, por último, motivado por el debate en torno de la percepción del Estado social del siglo XXI como un «Estado Garantía» o el énfasis en la llamada crisis del Estado Social, CANOTILHO, 2007, pp. 39-40 y 2008, pp. 243-268.

207. Como afirma CANOTILHO (2008, p. 47), «el quid de la cuestión no es el de reconocer *ubi remedium ubi jus*, sino, inversamente, el de garantizar *ibi jus ibi remedium*».

208. CANOTILHO, 2007, p. 478.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

modo fundamentales que su garantía, o no, no puede ser dejada a los criterios (o al mismo arbitrio) de simples mayorías parlamentarias»²⁰⁹.

Por su parte, ANDRADE considera que no es legítimo negar la calidad de «posición jurídica subjetiva» a los derechos fundamentales sociales²¹⁰. Para este autor, las normas constitucionales que consagran los derechos sociales a prestaciones no son meras normas programáticas o de proclamación; tampoco son meras normas de organización. Según su perspectiva, se trata de «normas impositivas de legislación», quedando prohibido al legislador un *non facere*; por otro lado, la Constitución, cuando define las obligaciones del Estado, dirigidas a la realización de los derechos sociales, ya provee de criterios para la determinación de un «contenido mínimo» de los intereses de sus beneficiarios. Para allá de ese mínimo, la definición concreta de lo contenido de los derechos sociales resultará, en general, de la intervención del legislador, que se produce en un marco de opciones político-legislativas. En suma, a pesar de calificar los derechos fundamentales sociales de «pretensiones jurídicas», en la medida en que sólo con la producción de las respectivas leyes conformadoras, tales derechos suelen afirmarse como derechos subjetivos «plenos» (plenitud que ocurre por consiguiente ya al nivel *infra* constitucional –derechos creados por la ley–), ANDRADE no deja igualmente de reconocer que los derechos sociales disponen de garantías jurídicas, de intensidad distinta, las cuales «corresponden a su calidad esencial de *derechos subjetivos fundamentales*»²¹¹.

Con respecto al dualismo «derechos, libertades y garantías»/«derechos económicos, sociales y culturales», presente en el texto constitucional portugués, MIRANDA, subrayando la naturaleza de derechos fundamentales de todos ellos, niega que exista entre ambas categorías un «contraste radical» y rechaza «modos de comprensión de los derechos sociales que los fragilizan de forma grave, sea tomándolos como derechos especiales frente a los derechos, libertades y garantías, sea tomándolos como derechos relativos, derechos a prestaciones no vinculantes o meras pretensiones jurídicas, sea negándoles justiciabilidad»²¹². En este sentido, sí puede ser distinta la respectiva densidad subjetiva constitucional, con diversidad de posiciones activas presentes en ambas categorías de derechos fundamentales, el constitucionalista citado siempre cree que los derechos sociales pueden beneficiarse, en parte, de formas de tutela próximas o idénticas a las que caracterizan el régimen de los derechos, libertades y garantías, tal como el respeto del contenido

209. CANOTILHO, 2008, p. 51.

210. ANDRADE, 2009, pp. 359 y ss.

211. ANDRADE, 2009, p. 391.

212. MIRANDA, 2008, p. 150.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

esencial, la posibilidad de aplicación directa e incluso la eficacia ante los particulares²¹³. Asimismo, MIRANDA señala los siguientes principios específicos del régimen de los derechos económicos, sociales y culturales: el «principio de la conexión con tareas y obligaciones del Estado», el «principio de la participación de los interesados en su concretización», el «principio de la dependencia de la realidad constitucional o de las condiciones económicas, sociales, culturales e institucionales para su efectividad» y el «principio de la repartición de los costes en razón de las condiciones económicas de los beneficiarios»²¹⁴.

4.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

En el período de vigencia de la Constitución de 1976 se registra un importante desarrollo legislativo de las normas constitucionales que consagran derechos sociales, dirigido a la concretización y densificación normativas de estos derechos. Este desarrollo legislativo se caracteriza, en general, por la dispersión normativa, siendo infrecuente la existencia de leyes codificadoras en materia de derechos sociales. Sin embargo, sobresalen diversas normativas que encierran las «bases» o el «régimen jurídico» sobre distintos derechos sociales²¹⁵. Entre las normativas vigentes, haremos mención a las principales²¹⁶:

- a) En el marco del derecho al trabajo y de los derechos de los trabajadores en 2003 se produjo una reforma y unificación de múltiples leyes laborales (algunas provenientes ya del final de la década de los sesenta, así como de los setenta), materializadas en el Código del Trabajo²¹⁷. La legislación laboral portuguesa vigente provee, entre tantas otras materias: al derecho a la igualdad y a la prohibición de la discriminación en función del género (la primera normativa sobre el tema es de 1979), incluyendo el tratamiento unitario de otros motivos pro-

213. *Ibidem*.

214. *Ibidem*, pp. 154 y pp. 426 y ss.

215. La Constitución misma incluye bajo la reserva legislativa absoluta del Parlamento la regulación de las bases del sistema de enseñanza [art. 164.i)] y, en el ámbito de la reserva relativa de competencia legislativa de la misma Asamblea, las bases del sistema de Seguridad Social y del SNS [art. 165.1.f)], del sistema de protección de la naturaleza, del equilibrio ecológico y del patrimonio cultural [art. 165.1.g)], así como de la ordenación del territorio y del urbanismo [art. 165.1.z)].

216. Es posible acceder a los textos citados a través del Diario de la República electrónico, en <http://www.dre.pt/> (servicio universal).

217. Aprobado primeramente por la Ley 99/2003, la cual fue reglamentada por la Ley 35/2004; el Código del Trabajo vigente se encuentra en la Ley 7/2009, con las modificaciones procedentes de la Ley 105/2009, que además aprobó su reglamentación.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

hibidos de discriminación; al desarrollo de la protección de la maternidad y de la paternidad; a la fijación a los 16 años (además del cumplimiento de la escolaridad obligatoria) de la edad mínima para la admisión al trabajo, criminalizando la utilización indebida del trabajo de menores; y a la previsión de la retribución mínima mensual garantizada.

- b) A respecto del derecho a la Seguridad Social, deben mencionarse la Ley de bases del sistema de Seguridad Social²¹⁸, así como los regímenes jurídicos de protección en las eventualidades de invalidez y vejez de los beneficiarios del régimen general de la Seguridad Social²¹⁹, de desempleo²²⁰, de enfermedad²²¹, de maternidad o paternidad²²² y de encargos familiares²²³. Además, en el marco del régimen de solidaridad (es decir, no contributivo), cabe citar el régimen de acceso y de atribución de la pensión social²²⁴, así como la normativa sobre la renta social de inserción (sustituyendo la antes llamada renta mínima garantizada)²²⁵. La protección social de los trabajadores que ejercen funciones públicas es definida en un texto legal propio²²⁶. La última tendencia gira hacia la aproximación de la protección social de los trabajadores de los sectores público y privado.
- c) La concretización del derecho a la protección de la salud tiene como normativas primordiales la Ley de bases de la salud²²⁷ y el Estatuto del Servicio Nacional de Salud²²⁸.
- d) El desarrollo legislativo de los derechos a la educación y a la enseñanza se asienta, básicamente, en la Ley de bases del sistema educativo²²⁹. Con enfoque en las normas constitucionales que obligan al Estado a asegurar a los hijos de los ciudadanos portugueses residentes en el exterior el acceso a la enseñanza de la lengua materna y a la cultura portuguesa, cabe citar, en particular, la normativa que esta-

218. Ley 4/2007.

219. Decreto-ley 187/2007, modificado por la Ley 64-A/2008, y Ley 90/2009.

220. Decreto-ley 220/2006, modificado por Decreto-ley 68/2009.

221. Decreto-ley 28/2004, modificado, por último, por el Decreto-ley 302/2009.

222. Decreto-ley 91/2009.

223. Decreto-ley 176/2003, modificado, por último, por Decreto-ley 201/2009.

224. Decreto-ley 464/1980, modificado, por último, por el Decreto-ley 18/2002.

225. Ley 13/2003, modificada por la Ley 45/2005.

226. Ley 4/2009, modificada por la Ley 10/2009.

227. Ley 48/1990, modificada por la Ley 27/2002.

228. Decreto-ley 11/1993, modificado, por último, por Decreto-ley 177/2009.

229. Ley 46/1986, modificada, por último, por la Ley 85/2009.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

blece el régimen jurídico de la enseñanza portuguesa en el exterior²³⁰.

- e) En el marco del derecho a un medio ambiente de vida humano, sano y ecológicamente equilibrado, destacan, particularmente, la Ley de bases del ambiente²³¹, los regímenes jurídicos de la evaluación de impacto ambiental²³², de la evaluación de los efectos de planos y programas en el ambiente²³³ y de la prevención y control integrados de la polución²³⁴, así como la Ley-cuadro de las infracciones ambientales²³⁵.
- f) En cuanto al derecho al disfrute y a la creación de la cultura, menciónese la Ley de bases de la política y del régimen de protección y valorización del patrimonio cultural²³⁶.
- g) A su vez, el desarrollo legislativo del derecho a la cultura física y al deporte vino plasmado en la Ley de bases de la actividad física y del deporte²³⁷.
- h) Con relación al derecho de la familia a la protección de la sociedad y del Estado, subráyese el ya citado régimen de la protección social en la eventualidad de encargos familiares (que comprende el abono de familia para niños y jóvenes), así como la normativa relativa a medidas de protección de las uniones de hecho, regulando la situación jurídica de dos personas, independientemente del sexo, que vivan en unión de hecho hace más de dos años²³⁸.
- i) En materia de protección de la infancia y de la juventud, sobresalen la normativa sobre la organización tutelar de menores²³⁹, la Ley de protección de niños y jóvenes en peligro²⁴⁰ y la Ley tutelar educativa²⁴¹.
- j) Con relación a la protección específica de las personas con discapacidad, cabe destacar las bases generales del régimen jurídico de la

230. Decreto-ley 165/2006, modificado por Decreto-ley 165-C/2009.

231. Ley 11/1987, modificada por la Ley 13/2002.

232. Decreto-ley 69/2000, modificado, por último, por Decreto-ley 197/2005.

233. Decreto-ley 232/2007.

234. Decreto-ley 173/2008.

235. Ley 50/2006, modificada por la Ley 85/2009.

236. Ley 107/2001.

237. Ley 5/2007.

238. Ley 7/2001.

239. Decreto-ley 314/1978, modificado, por último, por la Ley 31/2003.

240. Ley 147/1999, modificada por la Ley 31/2003.

241. Ley 166/1999.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

prevención, habilitación, rehabilitación y participación de la persona con discapacidad²⁴², así como la normativa que prohíbe y penaliza la discriminación por motivo de discapacidad y por motivo de riesgo agravado de salud²⁴³.

- k) En el marco de la protección de la tercera edad, pueden mencionarse la normativa que establece el complemento solidario para la tercera edad²⁴⁴ y la normativa sobre el régimen de acogimiento familiar de personas de la tercera edad y de adultos con discapacidad²⁴⁵.
- l) Por fin, al nivel específico de la tutela antidiscriminatoria, la Ley 134/1999 prohíbe la discriminación racial en todas sus formas y sanciona los comportamientos que se traduzcan en la violación de cualquier derecho fundamental, o en la denegación o condicionamiento del ejercicio de cualquier derecho económico, social o cultural, por cualquier persona, por motivo de pertenencia a determinada raza, color, nacionalidad u origen étnica²⁴⁶.

Con respecto al desarrollo jurisprudencial, son múltiples las decisiones de los tribunales referentes a los derechos sociales. Haremos mención únicamente a la jurisprudencia constitucional, para destacar sus líneas generales, con enfoque, particularmente, en la vinculación del legislador a las normas constitucionales que consagran tales derechos fundamentales, con referencia a algunos de los fallos más representativos de la argumentación del Tribunal Constitucional (TC)²⁴⁷.

No existe en el ordenamiento jurídico portugués, al nivel procesal constitucional, un mecanismo específico de protección de los derechos fundamentales, como es el recurso de amparo del Derecho español o la *Verfassungsbeschwerde* del Derecho alemán. Eso no significa que el TC no pueda pronunciarse sobre cuestiones de derechos fundamentales, incluso de derechos sociales, por vía de los procesos de fiscalización de la constitucionalidad (*infra*, 4.4).

Así, en el marco del derecho a la protección de la salud, debe mencionarse la STC 39/1984²⁴⁸, centrada en el SNS en cuanto «garantía institucio-

242. Ley 38/2004.

243. Ley 46/2006.

244. Decreto-ley 232/2005, modificado, por último, por Decreto-ley 151/2009.

245. Decreto-ley 391/91, modificado por Decreto-ley 328/93.

246. *Vid.* igualmente la Ley 18/2004.

247. Sobre el tema puede verse NABAIS, 1990; UCHA, 1993, pp. 223-246; NOVAIS, 2004, pp. 312 y ss.; CORREIA, 2008; y, con enfoque en la igualdad laboral por razón del sexo, FERNANDES, ROCHA y CERQUEIRA, 2006.

248. *Diário da República*, I Série, n° 104, 5 de mayo de 1984, pp. 1455-1468 (<http://dre.pt/pdfIsdip/1984/05/10400/14551468.pdf>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nal de la realización» del derecho constitucionalmente garantizado. El TC resolvió la inadmisibilidad de la mera anulación (o sea, sin normativa sustitutiva) del apartado institucional y de organizativo de la Ley que, en 1979, creara el SNS. En su razonamiento se destacó que la Constitución exige que el derecho a la salud sea realizado a través de la vía constitucionalmente prevista, es decir, mediante un servicio nacional de salud; una vez creado, el SNS tiene su «existencia constitucionalmente garantizada», es irreversible: una ley posterior puede modificarlo o reformarlo, dentro de los límites constitucionales, pero no puede llevar a su abolición, en cuyo caso se produciría una vulneración de dicho derecho social²⁴⁹.

En la STC 148/1994²⁵⁰, sobre la normativa de propinas en la enseñanza superior, sobresale una vez más la cuestión del grado de vinculación del legislador a las normas constitucionales relativas a derechos sociales, debatiéndose la fórmula legislativa, en vigor en aquel momento, a efectos de la determinación del montante de las propinas debidas por los alumnos. En este contexto, el TC afirmó el carácter no meramente programático de las normas relevantes de la Constitución cultural, en las vertientes de la educación y de la enseñanza superior, advirtiendo que las mismas contienen una vinculación dirigida al legislador. Así, considerando la obligación estatal de «establecer progresivamente la gratuidad de todos los niveles de enseñanza» [actual art. 74.2.e) CRP], el concepto «progresivamente gratuito» admite, según la expresión del propio TC en la Sentencia 330/1989²⁵¹, «un cierto halo de indeterminación». De acuerdo con la posición que prevaleció en el seno del TC, el legislador puede mantener las propinas pero la concreta fórmula de cálculo de esos valores pertenece a la discrecionalidad legislativa, pero tiene que ser constitucionalmente adecuado, para no subvertir el funcionamiento del sistema de enseñanza público definido en la Constitución.

Otro *leading case* de la justicia constitucional portuguesa es la STC 474/2002²⁵², dictada en el marco del control de la inconstitucionalidad por omisión, en respuesta a una demanda del Proveedor de Justicia (el Defensor del Pueblo u Ombudsman portugués), basada en el derecho de los trabajadores a la asistencia material, cuando se encuentren en situación de desempleo por causas ajenas a su voluntad [art. 59.1.e) CRP], al no estar asegurado este

249. Sobre el tema de la «no reversibilidad» de los derechos sociales, *vid.* QUEIROZ, 2006b.

250. *Diário da República*, I Série-A, n° 102, 3 de mayo de 1994, pp. 2200-2222 (<http://dre.pt/pdf1sdip/1994/05/102A00/22002222.pdf>).

251. *Diário da República*, II Série, n° 141, 22 de junio de 1989, pp. 6131-6135. También disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>.

252. *Diário da República*, I Série-A, n° 292, 18 de diciembre de 2002, pp. 7912-7921 (<http://dre.pt/pdf1sdip/2002/12/292A00/79127921.pdf>).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

derecho en todas las situaciones de empleo público. Por la primera vez, el TC comprobó la falta de cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectiva una norma constitucional relativa a un derecho social: en la medida en que el legislador no puede dejar de prever una prestación social en beneficio de los trabajadores, incluyendo los trabajadores de la Administración Pública en situación involuntaria de desempleo, el TC apreció una omisión parcial.

Por último, debe mencionarse la Sentencia 509/2002²⁵³, dictada en el marco de la fiscalización preventiva de la constitucionalidad y que versó sobre el ya mencionado rendimiento social de inserción, más concretamente sobre la normativa dirigida a reducir el ámbito de los beneficiarios de dicha prestación social de solidaridad, por vía de la exigencia, como regla, de la edad mínima de 25 años, en vez de 18 años. El TC apostó por la tutela constitucional del «derecho a un mínimo de existencia digna», inherente al principio del respeto de la dignidad humana, dictaminando en este caso que se había vulnerado su contenido mínimo, en la medida en que, para los jóvenes mayores de edad excluidos, no existirían otras medidas dirigidas a asegurar este derecho con un «mínimo de eficacia jurídica». A diferencia de otros fallos, en los cuales el TC reconoce la protección constitucional del derecho a no ser privado del mínimo vital (dimensión negativa)²⁵⁴, aquí el fallo es asertivo (dimensión positiva).

4.4. GARANTÍAS

En el ordenamiento constitucional portugués, las dos «categorías» de derechos fundamentales («derechos, libertades y garantías» y «derechos económicos, sociales y culturales») gozan de un mismo régimen jurídico, denominado por la doctrina como el régimen general o común de los derechos fundamentales. Este régimen general comprende las dimensiones siguientes:

253. *Diário da República*, I Série-A, n° 36, 12 de febrero de 2003, pp. 905-917 (<http://dre.pt/pdf1sdip/2003/02/036A00/09050917.pdf>).
254. Así, sobre el carácter necesario de determinadas prestaciones sociales, consideradas indispensables para la dignidad del beneficiario, *vid.*, a título de ejemplo, las SSTC 349/1991 (*Diário da República*, II Série, n° 277, 2 de diciembre de 1991, pp. 12270-12274, también disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910349.html>); 411/1993 (disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930411.html>); 318/1999 (*Diário da República*, II Série, n° 247, 22 de octubre de 1999, pp. 15838-15840, también disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990318.html>); 62/2002 (*Diário da República*, II Série, n° 59, 11 de marzo de 2002, pp. 4711-4715, en <http://dre.pt/pdf2sdip/2002/03/059000000/0471104715.pdf>) y 177/2002 (*Diário da República*, I Série-A, n° 150, 2 de julio de 2002, pp. 5158-5163, en <http://dre.pt/pdf1sdip/2002/07/150A00/51585163.pdf>).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

principio de la universalidad, principio de la igualdad y principio del acceso al Derecho y de la garantía de la tutela judicial efectiva²⁵⁵.

En este contexto y con relación específicamente a las garantías de los derechos sociales, haremos distinción entre la tutela judicial y la tutela no judicial. Empezando por esta última, la misma comprende las garantías siguientes:

- a) Derechos de información y de participación. La Constitución y la ley aseguran a los ciudadanos la información y la participación en la formación de las decisiones públicas que les afecten. En esta perspectiva se destacan los derechos especiales de participación reconocidos a colectivos, tales como las comisiones de trabajadores y las asociaciones sindicales con respecto a la elaboración de la legislación laboral y en materia de los planes socioeconómicos [arts. 54.5.d), 56.2.a) y 56.2.c) CRP]; las asociaciones de consumidores y las cooperativas de consumo en materia de defensa de los consumidores (art. 60.3 CRP); las asociaciones sindicales, otras organizaciones representativas, sea de los trabajadores, sea de los demás beneficiarios, con relación a la ordenación del sistema de Seguridad Social (art. 63.2 CRP); las asociaciones representativas de la familia en la definición de una política de familia global e integrada [art. 67.2.g) CRP]; los profesores y alumnos en la gestión democrática de los centros de enseñanza (art. 77.1 CRP); y las asociaciones de profesores, alumnos y padres, las comunidades y las instituciones de carácter científico en la definición de la política de enseñanza (art. 77.2 CRP). Asimismo, la Constitución (art. 92) estableció el Consejo Económico y Social como órgano de consulta y de concertación en el campo de las políticas económica y social, y del cual forman parte, entre otros, representantes de las organizaciones representativas de los trabajadores, de las actividades económicas y de las familias. Además, los derechos de información y de participación se encuentran especialmente garantizados en el que concierne los llamados «procedimientos de masa». Así, al presente, la Ley 83/1995, de 31 de agosto, concretiza el derecho procedimental de participación popular en el ámbito de la defensa de la salud pública, del ambiente, de la calidad de vida, de los consumidores, del patrimonio cultural y del dominio público.
- b) Derecho de petición. La Constitución (art. 52.1) consagra el derecho de petición en relación con los órganos de soberanía u otras autoridades, como derecho político dirigido a la defensa de derechos per-

255. CANOTILHO, 2007, pp. 415 y ss.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sonales, de la Constitución, de las leyes o del interés general, y que se encuentra regulado por la Ley 43/1990, de 10 de agosto²⁵⁶.

- c) Derecho de los ciudadanos de presentar quejas al Proveedor de Justicia (art. 23 CRP y Ley 9/1991, de 9 de abril²⁵⁷). En efecto, la intervención del Ombudsman portugués en la defensa de los derechos sociales cuadra perfectamente con el carácter «plurifuncional» de la institución²⁵⁸. Así, siendo habitual un número elevado de quejas en esta materia, frecuentemente se observa que no es tanto la ausencia de ley de desarrollo como su deficiente o errónea interpretación o aplicación, por los servicios de la Administración Pública, lo que es objeto de reclamación. En situaciones de emergencia social, por ejemplo, la actuación informal y rápida del Proveedor de Justicia puede tener como efecto útil asegurar la asistencia inmediata adecuada al reclamante, en particular el acceso efectivo a las prestaciones sociales legalmente debidas. Además, regístrase, en los últimos años, una diversificación temática de las quejas tramitadas por el Proveedor de Justicia, sobre todo en cuanto a la atención específica a los derechos de los inmigrantes, de los consumidores y a los derechos e intereses relacionados con el territorio (quejas ambientales, urbanísticas y de ordenación del territorio). Con relación específicamente a los inmigrantes, destaca una actuación defensorial de promoción de sus derechos sociales, en el sentido de la elevación del grado de su realización para este colectivo, de acuerdo con el principio de universalidad (art. 12 CRP) y el entendimiento de que la equiparación de derechos constitucionalmente consagrada (art. 15 CRP) comprende también derechos a prestaciones²⁵⁹. Por último, destaca en particular la legitimidad procesal del Proveedor de Justicia en el marco del control de la constitucionalidad y legalidad, así como su potestad para emitir recomendaciones para la reforma de la legislación en vigor o la elaboración de nuevas leyes, poderes que otorgan

256. Modificada, por último, por la Ley 45/2007.

257. Modificada, por último, por la Ley 52-A/2005.

258. Para una visión más amplia del rol que los Defensores del Pueblo asumen en la protección y promoción de los derechos humanos/derechos fundamentales, con especial referencia al Proveedor de Justicia, remitimos a VENTURA, 2007, y la bibliografía ahí citada.

259. A título de ejemplo: clarificación del régimen del acceso al SNS (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2001* [pp. 350 y 391-393]); acceso al subsidio de desempleo (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2004* [pp. 468-469]), acceso a las prestaciones familiares, como el abono de familia, y de solidaridad, como el rendimiento social de inserción (PROVEDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República 2005*, pp. 362-363 y 376-391).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

al Ombudsman nacional un papel importante en la concretización del programa constitucional, incluso en materia de derechos sociales.

- d) Garantías de impugnación administrativa. Los ciudadanos pueden, en el marco del procedimiento administrativo, defender sus derechos a través la reclamación y el recurso ante órganos administrativos superiores. En este contexto, y naturalmente con reflejo también en la tutela judicial administrativa, debe señalarse el artículo 133.2.d) del Código del Procedimiento Administrativo, precepto que, en el cuadro del régimen de la invalidez de los actos administrativos, determina la nulidad de aquellos actos que menoscaben el contenido esencial de un derecho fundamental, redacción que no excluye los derechos sociales²⁶⁰.

En el marco de la tutela judicial cabe citar:

- a) El derecho de acción popular. La Constitución (art. 52.3) otorga a todos los ciudadanos, sea personalmente, sea a través de asociaciones de defensa de los intereses afectados, el derecho de acción popular, especialmente para promover la prevención, el cese o la persecución judicial de las infracciones contra la salud pública, los derechos de los consumidores, la calidad de vida y la preservación del medio ambiente y del patrimonio cultural (inciso a), materializándose la concretización legislativa de este derecho en la ya citada Ley 83/1995.
- b) El control judicial de la Administración Pública²⁶¹. La Constitución garantiza a los administrados la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses protegidos legalmente (art. 268.4 y 5 CRP). En una fórmula sintética y siguiendo la lectura de ANDRADE, para la garantía de los derechos sociales en la justicia administrativa es admisible el recurso directo del ciudadano a los tribunales administrativos, «cuando haya lesión directa de bienes personales constitucionalmente protegidos asociados a derechos económicos, sociales y culturales [...], muy especialmente para asegurar el cumplimiento de prestaciones estatales mínimas, especialmente cuando esté en cuestión la supervivencia de las personas»²⁶², lo que se ilustra con el subsidio de desempleo, el rendimiento social de inserción, las pensiones de

260. Según informa ANDRADE, 2009, p. 389, en nota al pie, el Tribunal Supremo Administrativo tuvo ya ocasión de admitir, en abstracto, la nulidad de un acto administrativo contrario al núcleo esencial del derecho a la calidad de vida.

261. Para los medios de protección de los derechos fundamentales, en general, a través la justicia administrativa, *vid.* ANDRADE, 2001, pp. 226-235 y CORREIA, 2003, pp. 75 y ss.

262. ANDRADE, 2009, p. 389.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

supervivencia, las prestaciones de asistencia social básica y la garantía de alimentos debidos a menores.

- c) El control de la constitucionalidad de la actividad normativa (arts. 277-283 CRP)²⁶³, que se desgrena en tres manifestaciones:
- a') De acuerdo con el artículo 205 CRP, «en los hechos sometidos a enjuiciamiento, los Tribunales no pueden aplicar normas que infrinjan lo dispuesto en la Constitución o los principios formulados en ella». En este contexto, los ciudadanos pueden suscitar, en el marco de un concreto proceso judicial, la inconstitucionalidad de normas. En los casos y términos legalmente previstos (art. 280 CRP), cabe recurso ante el TC de las sentencias de los tribunales, limitado, naturalmente, a la cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad, según los casos, y con efectos *inter partes*. También los derechos sociales se benefician de esta garantía de la fiscalización concreta, sobre todo en los casos de arbitrariedad, desigualdad ilegítima de tratamiento o discriminación prohibida en el acceso a las prestaciones sociales, pero también en los casos de violación del contenido constitucional de los derechos sociales. En este contexto, uno de los resultados de la intervención del TC ha sido, por ejemplo, la extensión de los regímenes más favorables o de los beneficios a todos los interesados, ante diferenciaciones legislativas carentes de fundamento material suficiente²⁶⁴.
- b') La tutela de los derechos sociales puede lograrse igualmente en el marco del control preventivo de la constitucionalidad (*supra*, fallo relativo al rendimiento social de inserción) o del control abstracto posterior de la constitucionalidad o legalidad (*supra*, fallo sobre el SNS). En el primer caso, un pronunciamiento de inconstitucionalidad del TC tiene como consecuencia, en términos generales, la revisión por el legislador de la norma inconstitucional o su confirmación a través de una mayoría cualificada. Si la Sentencia se produce en el marco del control abstracto posterior, la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad tiene efectos *erga omnes* y «fuerza de ley» (art. 282 CRP).
- c') Por fin, la verificación de la inconstitucionalidad por omisión constituye de igual forma uno de los mecanismos a través de los

263. Sobre el tema de la protección de los derechos fundamentales, en general, a través la justicia constitucional, *vid.* CORREIA, 2003, pp. 65 y ss.

264. *Vid.*, p. ej., CORREIA, 2008, pp. 358-359 y ANDRADE, 2009, p. 375.

cuales el TC puede ser llamado a sentenciar sobre el grado de la concretización de los derechos sociales, cuando esté en cuestión el deber del legislador de dar efectividad práctica a las imposiciones constitucionales respectivas (*supra*, fallo sobre el derecho a la asistencia material en caso de desempleo involuntario). La fuerza vinculante de una decisión positiva de inconstitucionalidad por omisión (art. 283.2 CRP) es diferente de la propia de una declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma ya existente (art. 282 CRP), hablando CANOTILHO de una «apelación» del TC al legislador, aunque, reconoce el mismo autor, se trata de una apelación con significado no meramente político sino también jurídico²⁶⁵.

Para concluir, hacemos mención a las garantías internacionales de los derechos sociales. De hecho, en armonía con el sentido constitucional de la «apertura» y «amistad» del orden jurídico nacional para con el Derecho internacional de los derechos humanos (arts. 8 y 16 CRP), Portugal se encuentra vinculado por los principales convenios internacionales sobre derechos sociales adoptados en el ámbito sea de las Naciones Unidas, de la Organización Internacional del Trabajo o del Consejo de Europa. En este contexto subrayase la obligación del Estado portugués de presentar informes sobre la situación existente, así como la evolución con respecto a la situación anterior, ante organismos internacionales como el Comité DESC o el CEDS, entre otros. Además, destaca en particular su aceptación del sistema de quejas, a cargo del CEDS, así como la firma del Protocolo Facultativo del PIDESC.

5. MÉXICO*

El debate sobre los derechos sociales en México encierra una situación paradójica: por un lado, los diputados constituyentes de 1917 fueron los primeros (en el siglo XX) en elevarlos a rango constitucional; por otro lado, a noventa y cinco años de aquella innovación jurídica, somos uno de los países que más han postergado el respeto, la protección y la garantía de esos derechos. Si algo caracteriza a los derechos sociales en México, son sus debilidades y atra-

265. CANOTILHO, 2007, p. 1039. Así, con relación a la asistencia material de trabajadores de la Administración Pública desempleados por causas ajenas a su voluntad (STC 474/2002, *supra*, 4.3), la legislación correspondiente fue aprobada en 2008 (Ley 11/2008, que creó la protección de desempleo de los trabajadores de la Administración Pública, materia ahora incluida en la citada Ley 4/2009, que define el régimen de protección social de los trabajadores que ejercen funciones públicas).

* Por Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS y Aline RIVERA MALDONADO.

sos. Muchos teóricos y la mayoría de los operadores jurídicos continúan considerándolos líneas programáticas a desarrollar por el Estado, y no derechos fundamentales con eficacia directa. Las definiciones legislativas y jurisprudenciales sobre el contenido esencial de los mismos reproducen lo anterior y muchas de las obligaciones que adquieren los poderes públicos frente a ellos, aún permanecen indeterminadas. En general, prevalece una fuerte resistencia para instrumentar las garantías apropiadas que permitan hacerlos efectivos y por tanto en México continúa habiendo graves violaciones a los mismos.

Frente a este escenario, en las siguientes páginas ofreceremos un panorama general del estado actual de los derechos sociales en México. Para ello nos concentraremos en el desarrollo constitucional, teórico, legislativo y jurisprudencial de los mismos.

5.1. CONSTITUCIÓN

Es importante comenzar recordando que, desde 1884, en México se impuso un gobierno dictatorial, encabezado por Porfirio Díaz, que le permitió a un sector minoritario de la población apropiarse, por un lado, de grandes extensiones territoriales y por otro, de los medios de producción, extendiendo en todo el país un sistema cuasi feudal en el que predominaban la desigualdad y la explotación.

Frente a esta situación, a partir de 1910, las clases obrera y campesina lucharon en un movimiento revolucionario de dimensión nacional, que derrocó al régimen porfirista y generó un nuevo pacto social en el que se pudiera reconstruir, de una forma más equitativa, la relación entre capital y trabajo, así como lograr una redistribución de la tierra a favor de los campesinos. Así, los enormes costos (humano, social, político, económico) de la lucha armada, impactaron de forma importante los debates del Poder Constituyente de 1916-1917, y ese espíritu revolucionario, proveniente de las reivindicaciones obreras y campesinas, se cristalizó en varios artículos de la Constitución mexicana del mismo año.

Como resultado de lo anterior, ésta se convirtió en la primera Constitución social²⁶⁶ en el mundo, que consagró en su texto original los derechos sociales a la educación (art. 3), a la propiedad social de la tierra y de las aguas (art. 27) y al trabajo y a la asistencia social (art. 123). Posteriormente,

266. Si bien en Constituciones anteriores había algunas alusiones a ciertas cuestiones sociales (como en el caso de la francesa de 1793), la Constitución mexicana de 1917 es la primera que incorpora con toda claridad y contundencia los primeros derechos sociales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en años recientes serían incorporados otros derechos sociales como los derechos a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al medio ambiente adecuado y a la cultura.

Ahora bien, es conveniente señalar algunas ideas clave que ayuden a comprender las razones por las que, en el imaginario jurídico mexicano, los derechos sociales (con excepción de los laborales), siguen siendo pensados como cláusulas políticas, y no como derechos fundamentales de los que se desprenden obligaciones concretas hacia los poderes públicos.

Una primera circunstancia es que la noción de Constitución que se construyó, a partir de un conjunto de tesis postuladas por los juristas mexicanos durante el siglo XX, es que ésta era un documento de carácter político y simbólico, no normativo. Así lo ha señalado Cossío, quien después de analizar la obra de los autores más representativos del pensamiento constitucional mexicano, concluye que al realizar el traslado de los objetivos sociales de la Revolución de 1910 a la norma suprema, la mayoría de los Constituyentes y teóricos de la época otorgaron a la propia Constitución (continente de los derechos sociales) un carácter político y un menor significado jurídico. Como lo señala el propio autor «habiendo vaciado a la Constitución prácticamente de sentido en aras de la determinación de un ideal revolucionario, las normas constitucionales, y particularmente las de contenido social, perdieron toda su relevancia normativa y terminaron por constituir, en palabras de casi todos los autores de la época, las decisiones políticas fundamentales del régimen»²⁶⁷.

Una segunda circunstancia que influyó en la falta de consolidación jurídica de los derechos sociales en México, fue el hecho de que éstos se incorporaron en la Constitución treinta años antes de que el paradigma del Estado social se instalara como modelo constitucional en occidente²⁶⁸. Esta circunstancia impidió que el proceso de construcción jurídica de los derechos sociales en México, fuera acompañado por procesos políticos y jurídicos paralelos en otros países que dieran respaldo empírico y teórico a la experimentación mexicana.

267. Después de identificar las principales tesis del pensamiento político constitucional de la época y analizar los debates de la Asamblea Constituyente, este autor concluye que en ellos predominó la posición de los asambleístas que consideraban que «La Constitución [...] debía explicarse a partir de los antecedentes, supuestos, ideales, programas, etcétera de la Revolución y no atender de modo determinante a sus características jurídicas, pues esto último hubiera llevado a realizar un ejercicio puramente técnico, frío, impersonal y no a entender a una Constitución que provenía de un movimiento social» (Cossío, 1998, p. 328).

268. Conviene recordar que el primer reconocimiento constitucional del Estado social y democrático de derecho se produce en la LFB de 1949.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

En tercer lugar, también es importante subrayar el hecho histórico de que la «evolución» del sistema político mexicano estuvo marcada, a partir de 1929, por el nacimiento de un partido político que adquirió un carácter hegemónico. Durante setenta años, el país fue gobernado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI)²⁶⁹, que en su esfuerzo de permanencia en el poder, falseó la democracia representativa y destruyó el pluralismo político, impidiendo la expresión de los diversos sectores de la sociedad a través de otros partidos. Esta particularidad autoritaria del régimen, impuso al interior del PRI la necesidad de instrumentar estrategias de legitimación política, basadas en prácticas clientelares y corporativas. En este contexto, los derechos sociales se convirtieron en una muy útil herramienta de control social y desmovilización. A través del reparto de tierras y aguas, la impartición de educación y, más adelante, las prestaciones en materia de vivienda y salud, otorgadas en muchas ocasiones de forma discrecional, y a condición del voto de los electores, el partido hegemónico fue capaz de negociar con los sectores sociales en situación de mayor pobreza y marginación y así calmar las exigencias de los grupos más radicales. Para lograr lo anterior resultó muy conveniente que los derechos sociales fueran concebidos, no como derechos universales de los que se desprendieran obligaciones concretas para el Estado, sino como programas que el gobierno otorgaba por generosidad y buena voluntad. Con base en esta concepción patrimonialista de los derechos, el Estado instrumentó políticas públicas y las desplegó de forma discrecional aprovechándolas como mecanismos de manipulación, control político y legitimación del sistema de partido hegemónico.

Aun cuando en la actualidad ya ha sido transformado el régimen de partido hegemónico, la concepción de los derechos sociales que se construyó durante ese período continúa proyectando su sombra hasta nuestros días. Como lo analizaremos más adelante, en muchos casos los poderes públicos continúan construyendo las leyes, sentencias y políticas basándose en las viejas tesis de los derechos sociales como cláusulas programáticas. En México, a diferencia de otros países de la región, sigue siendo difícil hablar de derechos sociales como derechos en sentido estricto. La interpretación dominante es que éstos son sólo orientaciones que facultan a la administración para actuar en el terreno social²⁷⁰. La idea de derechos sociales queda así muy restringida y por ello la administración los ha convertido en programas focalizados, asignados a clientelas políticas de forma discrecional y que incluso pueden ser

269. Originalmente Partido Nacional Revolucionario (PNR), posteriormente Partido Revolucionario Mexicano (PRM) y finalmente Partido Revolucionario Institucional (PRI).

270. Así lo ha señalado de forma crítica CRUZ PARCERO, 2001, pp. 89-112.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

reversibles o revocables de acuerdo con los intereses de la administración en turno²⁷¹.

Ahora bien, para comprender la forma en que se incorporaron los derechos sociales en la Constitución mexicana, es necesario decir que no existe un catálogo al interior de ella que los sistematice, por lo que se encuentran dispersos. La mayoría de ellos están contenidos en el apartado denominado «De los Derechos Humanos y sus garantías»²⁷² sin embargo, los derechos laborales y de Seguridad Social se encuentran casi al final de la Constitución, en el artículo 123. Por lo que se refiere a la forma en la que cada uno de ellos está reconocido, conviene también subrayar el hecho de que algunos se encuentran mayormente desarrollados en su contenido y en las obligaciones que generan para el Estado (como es el caso de los derechos a la educación, a la propiedad social de la tierra y al trabajo) y otros muy limitados, cediendo expresamente al legislador la responsabilidad de desarrollarlos (como en el caso de los derechos a la salud, a la vivienda, al medio ambiente y a la cultura)²⁷³. A continuación realizaremos un breve recorrido descriptivo de los contenidos esenciales de los artículos constitucionales referentes a los derechos sociales.

Por lo que toca al artículo 3, debemos decir que el antecedente del texto constitucional de 1917, relativo al derecho a la educación, se encuentra en el mismo numeral de la Constitución mexicana de 1857, en la sección relativa a los derechos del hombre²⁷⁴. De acuerdo con la concepción de los derechos de aquella época, dicho documento, de forma muy escueta estableció que «La enseñanza es libre». Con ello se buscó proteger la libertad de acceder a una escuela, la libertad para crear escuelas privadas que impartieran educación o bien la libertad de cátedra e investigación para quienes se dedicaran a estas labores. Sin embargo, en los debates del Constituyente de 1917, esta formulación de la libertad de enseñanza fue reorientada socialmente a partir de las ideas de laicidad de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales y la gratuidad de la educación de las escuelas oficiales de educación primaria.

Conviene subrayar la importancia de las discusiones sobre el artículo 3,

271. COURTIS, 2007, pp. 23 y ss.

272. Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, dicho apartado se denominaba «De las Garantías individuales». Para comprender la categoría «garantía individual» en México ver el apartado relativo a la doctrina de este apartado.

273. En función de lo anterior, este apartado tiene un desarrollo diferenciado al abordar cada uno de los distintos derechos.

274. Aunque sabemos que el lenguaje de esta época estaba aún marcado por una cultura sexista dominante y no incluyente, no podemos dejar de hacer notar la existencia de un sesgo semántico que al decir «hombre» pretendía referirse al «ser humano».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

relativo a la educación, ya que fue ahí donde se visibilizó el debate sobre la función social del Estado en México²⁷⁵. El Constituyente mexicano consideró que era necesario restringir el «derecho natural» de libre enseñanza de los particulares (en especial de las iglesias, quienes durante el siglo XIX se habían apoderado de las escuelas) con el fin de proporcionar, a todas las personas, un acceso igualitario a la educación laica.

Con base en esta nueva formulación, el Estado adquirió las obligaciones de impartir educación primaria gratuita y laica en todos los niveles. Por lo que se refiere a la gratuidad, el Estado quedó obligado a construir y mantener un sistema educativo nacional con el objeto de garantizar el acceso de cualquier persona a las escuelas primarias. La laicidad le prohibió al Estado incluir contenidos religiosos en clases y programas. El objetivo a partir de 1917 fue asegurar una instrucción básica a todas las personas.

El artículo señalado es de gran extensión y ha sido reformado en siete ocasiones, la última reforma se elaboró el 12 de noviembre de 2002. Sin embargo fue en la penúltima reforma, la de 1993, cuando se modificó para especificar con mayor claridad las obligaciones del Estado en la materia y así ampliarlas. A partir de esa fecha, el Estado mexicano quedó comprometido, en primer lugar, a garantizar el acceso de todas las personas que lo requieran, a los niveles de educación preescolar, primaria y secundaria; las cuales serán obligatorias y gratuitas. Asimismo queda obligado a promover «todos los tipos y modalidades educativos», incluyendo la educación superior, como son la educación para adultos y educación especial e indígena.

Es importante señalar que la Constitución mexicana en sus artículos 2 y 4 se refieren al derecho a la educación de dos grupos: indígenas y niñas y niños, respectivamente. En cuanto al derecho de educación para pueblos indígenas, en el apartado B del artículo 2 de la Constitución, referente a las obligaciones del Estado (Federación, Entidades Federativas y municipios) se establece: la obligación general de crear las instituciones y determinar las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, los cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente. El objetivo es impulsar el desarrollo regional y fortalecer las economías locales para mejorar sus condiciones de vida. En la fracción II del artículo señalado, se obliga al Estado a emprender diversas medidas: a) garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior. b) Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en

275. SAYEG, 1991, pp. 623-630.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

todos los niveles. c) Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. d) Impulsar el respeto y reconocimiento de las diversas culturas existentes.

Esto último supone, no sólo la obligación estatal de impulsar la educación indígena, sino también la de incluir, en la educación nacional, el conocimiento de la historia y cultura de estos pueblos, con el objeto de eliminar los prejuicios con respecto a los mismos; así como asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas. En relación con las mujeres indígenas, la fracción V del mismo artículo establece que el Estado adquiere la obligación de otorgar estímulos para favorecer su educación. En cuanto al derecho a la educación de niñas y niños, la Constitución, señala en su artículo 4, párrafos 6 y 7 que las obligaciones en la materia serán compartidas con los padres o tutores.

Por lo que se refiere al derecho a la salud, en el texto original de las Constituciones de 1857 y 1917 éste no fue establecido. Si bien el artículo 4 constitucional ha sufrido doce reformas, han sido sólo dos las que han tenido impacto en el derecho a la salud. Por tanto, fue hasta la segunda reforma a dicho artículo²⁷⁶ cuando se incorporó a la ley fundamental la obligación de los padres de satisfacer las necesidades y preservar la salud física y mental de sus hijos. Posteriormente, a través de la tercera reforma²⁷⁷ se estableció al Estado como sujeto obligado al señalar en el texto constitucional que toda persona tiene el derecho a la protección de la salud. Interesa subrayar que este artículo no detalla un contenido esencial mínimo del derecho en cuestión, ni especifica las obligaciones del Estado en la materia, simplemente ordena que sea el legislador quien defina las bases y modalidades para el acceso y disfrute de los servicios de salud.

Al igual que en el derecho a la educación, la Constitución mexicana establece referencias en sus artículos 2 y 4, relativas al derecho a la salud en las comunidades indígenas y niñas y niños, respectivamente. Por lo que se refiere a las primeras, en la fracción II del apartado B del artículo 2 se establece que la Federación, estados y municipios tienen la obligación de «asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la aplicación de la cobertura del sistema nacional aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas

276. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de marzo de 1980.

277. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, es decir, dos años después de que entrara en vigor en México el PIDESC.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de alimentación, en especial para la población infantil». Al igual que en materia de educación, la fracción V del mismo artículo refuerza la obligación que el Estado adquiere, de proteger la salud de las mujeres indígenas. Igualmente, el artículo 4, párrafos 6 y 7 establecen que las obligaciones en materia de salud de niñas y niños, serán compartidas con los padres o tutores.

Como ocurrió con el derecho a la salud, el derecho a la vivienda tampoco fue incluido en la Constitución original de 1917, sino que fue reconocido hasta 1983²⁷⁸. En la actualidad se encuentra regulado en el párrafo 5 del artículo 4 de la Constitución mexicana, el cual establece que «Toda familia tiene el derecho a disfrutar una vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar dicho objetivo». Como podemos observar, la redacción de este derecho es muy sintética y cede la responsabilidad del desarrollo de su contenido al legislador. Por lo que se refiere a los sujetos protegidos, interesa destacar el hecho de que el poder reformador decidió otorgar este derecho fundamental sólo a las familias y no a todas las personas. Esta redacción establece límites a la interpretación del derecho, puesto que, parece que una sola persona, o un conjunto de ellas (que no constituyan una familia), no tendrían en México el derecho a la vivienda²⁷⁹. Sin embargo, debemos subrayar que al haber firmado y ratificado el PIDESC, desde 1981 el Estado mexicano ya había adquirido obligaciones específicas en materia de vivienda cuyo alcance es de carácter universal y no sólo para las familias.

En lo que se refiere al derecho a la propiedad social de la tierra y las aguas, debemos recordar una vez más que, la Constitución, de acuerdo con la visión de los diputados constituyentes que representaban al sector revolucionario, debía convertirse en un instrumento reformador de las estructuras socioeconómicas. Esto condujo al debate en torno a la necesidad de supeditar los derechos individuales de la propiedad a los derechos superiores de la colectividad.

Por ello, en el artículo 27 constitucional se consagraron los derechos sociales de los campesinos y se estableció una nueva forma jurídica del derecho de propiedad, a la que se le otorgó una función social. Asimismo se estableció que, como consecuencia de una intervención directa del Estado, se deberían restituir a los campesinos las tierras de las que habían sido despojados y además, en los casos en los que no tuvieran tierras, se les debería dotar de ellas mediante el fraccionamiento y expropiación de los latifundios existentes.

278. Cuarta reforma al art. 4, publicada en el *Diario oficial de la federación* del 7 de febrero de 1983.

279. *Vid.* CARBONELL, 2005, p. 879.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que en la actualidad, a casi un siglo de la Revolución esta situación está dando un giro de ciento ochenta grados. El proyecto neoliberal, que se ha impuesto desde la década de los ochenta, ha luchado por desmontar las bases del Estado social. Muchos de los mecanismos de distribución que se diseñaron para acabar con el régimen de explotación, han sido transformados. Uno de ellos es el propio artículo 27 de la Constitución, cuyas reformas buscan reconvertir a las tierras y recursos naturales, en mercancías para que puedan volver a circular en el mercado y ser apropiadas por aquellos que tengan mayor capacidad adquisitiva.

Por lo que se refiere al derecho a la alimentación, éste acaba de ser reconocido como un derecho para todas las personas; los artículos 2 y 4 de la Constitución consagran la obligación del Estado de garantizarla cuando se trata de comunidades indígenas, y de todas las personas, respectivamente.

En la antepenúltima reforma a la Constitución²⁸⁰, se incorporó un último párrafo al artículo 4 en el que se reconoce a todas las personas el derecho de acceso a la cultura «y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia». Es necesario decir que el derecho a la cultura ya tiene un antecedente en el artículo 2 constitucional, donde se reconoce la composición pluricultural de la Nación mexicana «sustentada originariamente en sus pueblos indígenas», quienes tienen el derecho a la autonomía y libre determinación para preservar y enriquecer «todos los elementos que constituyan su cultura e identidad». Si bien hasta la fecha aún no se ha desarrollado la ley reglamentaria en la materia, el debate que se prevé es de enorme complejidad debido a los intereses en juego que ambos preceptos entrañan.

Como ya lo hemos señalado, el derecho al trabajo, junto con el derecho a la tierra, fueron las dos conquistas jurídicas más relevantes después de la Revolución y por tanto, su inclusión constitucional ocurrió desde 1917 en los artículos 123 y 27, respectivamente. A través del artículo 123, se cristalizaron, por primera ocasión en el constitucionalismo moderno, los derechos de la clase obrera. Si bien es cierto que ya en el artículo 4 de la Constitución de 1857 se había establecido la libertad de elegir el trabajo que cada persona decidiera²⁸¹, la dimensión social del mismo fue incorporada hasta 1917 como consecuencia de la lucha revolucionaria de los trabajadores. Así, la primera redacción de este artículo –uno de los más extensos de la Constitución–, consagró diversas reivindicaciones obreras como: jornada máxima de trabajo, descanso obligatorio, derecho de lactancia de las madres trabajadoras, salario

280. Publicada en el *Diario oficial de la federación* del 30 de abril de 2009.

281. Este derecho está hoy vigente en la Constitución mexicana en el art. 5.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

mínimo, derecho a igual salario para igual trabajo, pago de horas extras, responsabilidad patronal por accidentes de trabajo, derecho a la sindicación, derecho a la huelga, sanción del despido injustificado, así como la creación de Juntas de conciliación y arbitraje para dirimir conflictos, entre otros. Siendo el segundo artículo más reformado de la Constitución, ha sido modificado en veintitrés ocasiones. Por las características de este trabajo resulta imposible abundar en cada una de sus reformas, por lo que podemos señalar algunas que consideramos significativas como: la incorporación del reparto de utilidades y la prohibición del trabajo de menores de 14 años²⁸² y el descanso obligatorio de tres meses para las mujeres trabajadoras que serán madres²⁸³.

Para finalizar este apartado es importante señalar que en junio de 2011 se aprobó una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos. Si bien no se trata de la reforma más avanzada que pueda hallarse en el derecho comparado, se trata de la modificación más relevante sobre la materia desde la aprobación de la Constitución de 1917. Entre las modificaciones más relevantes, sustituyó la restrictiva categoría de «garantías individuales» por la de «derechos humanos» lo que debería habilitar al juicio de amparo como instrumento para proteger y garantizar los derechos sociales. También, a partir de ella, se eleva a rango constitucional el derecho internacional de los derechos humanos dentro el derecho interno, incluyendo el *principio de interpretación conforme* y el *principio pro persona*. Lo anterior otorgaría carta de naturalización al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dentro del orden jurídico mexicano, y rompe el cerco que se ha construido en el país alrededor de los derechos sociales. Como ha ocurrido en otros países de Latinoamérica, lo anterior deberá impulsar el urgente debate, teórico y jurisprudencial, sobre la justiciabilidad y exigibilidad de los mismos, así como el de la estrecha relación que hoy debe existir entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

5.2. DOCTRINA

En la teoría constitucional mexicana existen posturas diversas que en diferentes momentos han intentado explicar la naturaleza jurídica de los derechos sociales. En las siguientes páginas intentaremos identificar algunas de las más representativas con el fin de comprender cómo se ha ido construyendo el debate sobre estos derechos en México y cuál es el estado del arte

282. Publicada en el *Diario oficial de la federación* del 21 de noviembre de 1962.

283. Publicada en el *Diario oficial de la federación* del 31 de diciembre de 1974.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en la materia. Para realizar este análisis, consideramos necesario exponer dichas posturas en orden cronológico, con el fin de obtener un panorama de la construcción dialéctica de las nociones dominantes y críticas, identificando a algunos autores emblemáticos.

Por sus aportes al constitucionalismo, la Revolución mexicana de 1910 fue un acontecimiento que sin duda transformó los paradigmas hasta entonces predominantes en el ámbito teórico y por ello, podríamos hablar de un antes y un después de la Revolución social en este aspecto. Así, el constitucionalismo mexicano fue fuertemente marcado por este hecho y las primeras reflexiones de la teoría postrevolucionaria se dedicaron a analizar las innovaciones jurídicas de la Constitución mexicana de 1917.

En el constitucionalismo temprano de los años 30, Miguel LANZ DURET, entre otros, al referirse a la Constitución de 1917, señaló que «por lo que toca a reformas de índole social, esta ley fundamental ha dado un gran paso marcadamente revolucionario procurando un beneficio indudable en bien de las masas, particularmente de los proletarios»²⁸⁴. En ésta época, los autores concibieron a los derechos sociales sólo en su relación con las reivindicaciones obreras y campesinas que se gestaron en la Revolución mexicana, por lo que el objetivo de estos derechos se encuentra invariablemente identificado en la teoría con el beneficio que entrañaban para dichos grupos.

Así pues, los derechos sociales eran concebidos como aquellos que proporcionan beneficios a los grupos más desfavorecidos de la sociedad y es esta característica la que los identifica entre el resto de los derechos. En este contexto postrevolucionario, lo más importante era garantizar a los grupos que impulsaron la Revolución el acceso a los derechos que les habían sido negados. Es por ello que, a pesar de que una gran parte de los diputados constituyentes de 1917 pugnaban por no incluir preceptos de carácter *reglamentario*, en el texto de la Constitución mexicana se desarrolló el contenido mínimo de los derechos al trabajo y a la propiedad social de la tierra²⁸⁵ y se crearon instancias especiales²⁸⁶ para hacerlos

284. LANZ DURET, 1931, p. 85.

285. Uno de los principales objetivos del movimiento revolucionario mexicano fue el de expropiar los grandes latifundios para distribuir las tierras entre los campesinos. Fue muy importante la idea de que la propiedad debía cumplir una función social frente a la propiedad privada. Dicha idea se materializó en distintas formas de propiedad colectiva como el ejido y la comunidad, que fueron la base para el reparto agrario de tierras. De igual forma se reconoció la propiedad nacional de los recursos naturales en beneficio de la colectividad.

286. Aunque los tribunales agrarios fueron creados hasta 1992, desde 1915 existieron diversos órganos agrarios que permitían solucionar conflictos en la materia, como es el caso de la Comisión Nacional Agraria, la cual puede considerarse como una garantía secundaria de la época. *Vid.* BECERRA, 2004, pp. 198 y ss. En materia laboral,

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

efectivos²⁸⁷ y garantizarlos en caso de violación. Consideramos que la existencia de garantías secundarias para estos dos derechos, hicieron que la teoría sobre estas materias se concentrara en el funcionamiento de los Tribunales Agrarios y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por lo que el debate general sobre la justiciabilidad del resto de los derechos sociales no figuró en dicha teoría.

Años más tarde, en la década de los cincuenta, juristas como José CAMPILLO realizaron reflexiones más profundas sobre los derechos sociales, las cuales, consideramos son interesantes en diversos sentidos. En principio, por el notable adelanto de sus concepciones en relación a la teoría de su época, y asimismo, porque podemos encontrar los primeros trazos de una de las concepciones que ha predominado durante varios años en la teoría, que se centra en las obligaciones «positivas o de hacer» del Estado en materia de derechos sociales.

CAMPILLO entiende a los derechos sociales en relación con los «grupos que fueron desconocidos por los regímenes individualistas», y afirma que, aunque originariamente estaban relacionados con los grupos proletarios, por extensión deben relacionarse con aquellos grupos económicamente débiles; más allá de ello, estos derechos deben entenderse a partir de las ideas de vida digna y justicia social, por lo que los define como «el conjunto de exigencias que el hombre puede hacer valer frente a la colectividad para que ésta le proporcione los medios necesarios para conducir una existencia digna de su calidad de hombre. Estos derechos miran de manera particular a la participación de los miembros de la colectividad en el bien común y al derecho que cada uno de ellos tiene para que la sociedad le asegure un mínimo decoroso de bienestar que le permita atender al cumplimiento de sus fines superiores»²⁸⁸. Con base en esta concepción, CAMPILLO considera como dere-

desde el texto original del artículo 123 de la Constitución mexicana se previó la creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales tenían por mandato resolver los conflictos existentes entre el trabajo y el capital.

287. En palabras de CARPIZO (1980, pp. 427 y ss.), los diputados constituyentes decidieron «sacrificar» la estructura de la Constitución en favor de dichos grupos. En ese sentido, debido al impulso revolucionario existente, los arts. 27 (propiedad social de la tierra) y 123 (derecho al trabajo) constituyeron una excepción contenida en la Constitución, lo que no ocurrió de igual manera con el resto de los derechos sociales como el derecho a la educación, a la protección de la salud o a la vivienda digna. Derechos que, como ha señalado BURGOA, permanecieron sólo como «buenas y nobles intenciones» que deben ser desarrolladas por la legislación secundaria con el fin de delimitar su contenido y las obligaciones del Estado en la materia. *Vid.* BURGOA, 2003.

288. CAMPILLO SAINZ, 1952, p. 37. Ver cita anterior en relación al lenguaje sexista dominante.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chos sociales aquellos contenidos en los artículos 4, 5, 27 y 123 de la Constitución mexicana, que consagraban (en esa época) los derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad social de la tierra, al trabajo y a la Seguridad Social.

Para garantizar estos derechos, en un primer momento, el jurista identifica dos tipos de actuaciones del Estado en este sentido: por un lado, deberá proporcionar los elementos indispensables para que las personas «puedan cubrir sus necesidades»; ello ocurre particularmente en materia de educación, asistencia y Seguridad Social. En una segunda modalidad, el Estado deberá generar las condiciones necesarias para que las personas puedan llevar adelante «una existencia digna y decorosa». Para el autor, ello implicaría, por ejemplo, vigilar las relaciones de poder entre los grupos (como en el caso de trabajadores y patrones, o campesinos y latifundistas) con el fin de que no existan abusos, explotación, opresión, etc.

Resulta interesante señalar que esta concepción sobre la actuación que debe tener el Estado en materia de derechos sociales es vanguardista ya que a nuestro juicio esboza, de cierta forma, algunas de las especificidades que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU establecería en 1990 en su Observación General (OG) n° 3 al PIDESC relativas a «La índole de las obligaciones de los Estados Partes». En dicha OG se establece la obligación de los Estados de «adoptar medidas», lo cual implica instrumentar todos los medios apropiados que permitan la plena realización y efectividad de los derechos sociales, dentro de los que se incluyen, por citar algunas, la adopción de medidas legislativas o la creación de procedimientos judiciales que permitan hacerlos justiciables. Podemos decir que, desde la mirada adelantada de CAMPILLO, de esta forma el Estado estaría generando condiciones que, al permitir a las personas acceder a sus derechos sociales, también permitirían aminorar la exclusión de los grupos más vulnerables de la sociedad y, consecuentemente, contribuirían a que las personas accedieran a mejores niveles de vida.

A sus reflexiones, el autor agrega que «los derechos individuales imponen al Estado un deber de *abstención* o de respeto a las prerrogativas de la persona. Los derechos sociales exigen al Estado una conducta *activa*, son derechos de *prestación*». Para explicar esta actuación del Estado, CAMPILLO añade que «los Derechos Sociales, tendrían como objeto una conducta *activa* por parte del Estado, bien sea mediante el otorgamiento de determinadas prestaciones o bien mediante la *intervención* estatal para *regular y disciplinar* la conducta de los particulares. Los Derechos Sociales podrán atribuir también la facultad de obtener una prestación no directamente del Estado, sino de los particulares; pero, en todo caso, su objeto siempre será el derecho al

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

otorgamiento de prestaciones positivas»²⁸⁹. Como ha ocurrido en otras latitudes, en el caso mexicano esta visión sobre el papel que desempeña el Estado y sus obligaciones «de hacer» en materia de derechos sociales ha predominado en la teoría jurídica, erigiéndose incluso como una de sus principales características, por lo que resulta interesante identificar, posiblemente en las reflexiones de CAMPILLO, el momento histórico de la aparición de esta idea en la teoría mexicana.

Sin embargo, es necesario remarcar que, paradójicamente, a pesar de que esta concepción iba mucho más allá de la mera percepción económica que pudiera entrañar este tipo de obligaciones (que sobre todo debían regular la conducta y abusos de los particulares), se comenzó a establecer en la teoría mexicana que para lograr la plena realización de los derechos sociales, además de la necesaria intervención estatal existía por parte del Estado una obligación *exclusiva* de prestar o proporcionar servicios, bienes y recursos (vivienda, salud, educación, etc.)²⁹⁰. Este escenario excluía del debate la participación de los particulares, quienes aún en la actualidad contribuyen en la realización de derechos como la Seguridad Social y la vivienda (en México se realizan aportaciones de los trabajadores, del Estado y del patrón con el fin de crear fondos de vivienda y prestar servicios de salud) y daba preponderancia al sentido meramente económico que dichas prestaciones podían ocasionar al Estado para hacer efectivos los derechos sociales.

A pesar de que existen interpretaciones en otro sentido respecto de la idea de los también denominados «derechos de crédito o de prestación»²⁹¹, debemos decir que en la teoría mexicana ha prevalecido esta concepción vinculada al costo monetario que los derechos sociales pueden implicar al Estado. Esta concepción es explicada por COSSÍO de la siguiente manera: los primeros derechos sociales que fueron consagrados en la Constitución mexicana (educación, propiedad social de la tierra y trabajo) requerían que el Estado actuara para limitar los abusos de los particulares (iglesia, latifundis-

289. *Ibid.*, pp. 39 y 84 (cursivas son nuestras, RG y AR). En este mismo sentido véase NORIEGA CANTÚ, 1988, pp. 73 y ss.

290. Esta misma concepción es defendida por Alfonso NORIEGA CANTÚ, 1988, pp. 76 y ss.

291. Dicha idea supone, en sentido amplio, que la «prestación» puede incluir la realización de diversas acciones por parte del Estado (que no necesariamente que implican inversión de capital) para generar las condiciones necesarias que permitan la plena efectividad de los derechos sociales, como la creación de mecanismos de protección, la generación de reformas legislativas y políticas públicas, el reconocimiento de algunas formas de autotutela de los derechos, «la defensa jurídica, la organización institucional y la protección administrativa, y ésta ya no será una nota que caracteriza a los derechos sociales, sino que todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos civiles y políticos requieren de esa característica prestacional en sentido amplio» (VICENTE, 2006, p. 86).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tas o patrones), en cambio, los derechos sociales que fueron incorporados a la Constitución en los años 80 (protección de la salud y vivienda) requerían que el Estado otorgara prestaciones y servicios a la población²⁹².

De esta forma, en México ha predominado en la teoría la idea según la cual la actuación estatal en materia de derechos sociales implica siempre un costo; ello ha dado lugar a que el Estado mexicano, a través de sus operadores jurídicos (formados en esta tradición), justifique violaciones (en ocasiones graves) a los derechos sociales, alegando que no cuenta con los recursos económicos suficientes para hacerlos efectivos. En todo caso, es interesante indicar que ya en los años cincuenta CAMPILLO había concebido que a pesar de que existen diferencias entre los derechos sociales y los derechos individuales, también reconoció que ambos derechos son un *complemento* y que existe entre ellos «una unidad esencial» puesto que son todos *derechos fundamentales*. Así, el autor plantea muy tempranamente la idea de indivisibilidad e interdependencia.

Continuando con el análisis de la evolución conceptual de los derechos sociales, conviene hacer un breve paréntesis para señalar que, desde el constitucionalismo temprano mexicano, en la teoría y en la práctica apareció una categoría –al parecer retomada de la teoría constitucional francesa²⁹³– que sustituyó a la de «derecho humano», nos referimos a la noción de «garantía». Desde su aparición, la Constitución mexicana incluyó una sección denominada «De las garantías individuales»²⁹⁴ que comprendió los derechos fundamentales contenidos en los primeros 29 artículos de dicho ordenamiento; a excepción del derecho a la educación y a la propiedad social de la tierra, éstos eran mayoritariamente derechos civiles y políticos. Por ello, de forma paralela, se acuñó el concepto de «garantía social» para distinguir y definir

292. Cossío, 1998, p. 318.

293. En 1819 Pierre DAUNOU concibió por primera vez el término «garantía individual» al definirla como «los únicos límites que en un Estado pueden útilmente limitar a la autoridad), por lo que su objeto será impedir que los poderes públicos, destinados a proteger a las personas contra los abusos de poder (y por ende contra las violaciones a los derechos), se vuelvan ellos mismos opresores» (DAUNOU, 1837, pp. 4 y ss., traducción nuestra, RG y AR).

294. Jorge CARPIZO (1983, pp. 151 y ss.) ha señalado que este título no fue una innovación de la Constitución de 1917, ya que en el proyecto de Constitución de 1842 ya se debatía e incluía un apartado denominado «Garantías individuales» en el que se reconocía la existencia de los derechos humanos que, con el fin de que no permanecieran sólo como una mera enunciación, debían consagrarse en la Constitución y se debía desarrollar su medida, dicha medida sería la «garantía». Consideramos que en el debate, el Constituyente de 1917 no fue del todo desatinado, sin embargo, al redactar el título «De las garantías individuales» le hizo falta incorporar «para los derechos humanos».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

aquellos derechos orientados a la protección de los intereses de los grupos que habían impulsado el proceso revolucionario (campesinos y trabajadores). Los debates de los diputados de la Asamblea Constituyente de 1916-1917 nos muestran que se consideraba a las garantías como la *medida* de los derechos humanos y que por tanto, éstas deberían tender a hacerlos efectivos. Ésta fue una de las discusiones más intensas en el seno de dicho Constituyente, ya que una gran parte de los diputados consideraban que al incluir en la Constitución el reconocimiento de una serie de derechos, ello no implicaba que éstos serían garantizados, por lo que habría de hablar específicamente de las «garantías» que otorgaba la Constitución para lograr que los derechos fueran realmente respetados y protegidos. Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones del Constituyente de 1917, lo anterior produjo un conjunto de confusiones que se tradujeron en el debilitamiento de los derechos sociales y que permanecen hasta la fecha. Por un lado al distinguir entre «lo individual» y «lo social» se separaron unos derechos de otros. Si a ello sumamos que el juicio de amparo fue creado como instrumento de protección, sólo de las garantías individuales, parecía que lo social quedaba fuera de su alcance. Por otro lado, también se equipara la noción de garantía individual con la de derecho en sentido general, y de esa forma indirecta los derechos sociales dejan de ser considerados derechos en sentido absoluto²⁹⁵. Además, al no distinguirse entre garantía y derecho, se ha perdido de vista el hecho de que deben crearse las garantías secundarias necesarias que permitan reparar la violación de un derecho social²⁹⁶. Cerrado este paréntesis, a continuación analizamos diversas posiciones de distintos teóricos en torno a las garantías y los derechos sociales.

Ignacio BURGOA, uno de los autores más consultados en el ámbito jurídico mexicano, coincide con la idea de que las garantías aseguran y protegen los derechos de los gobernados frente al poder del Estado, y en el mismo sentido del Constituyente de 1917, considera que las garantías aseguran a las personas el goce de sus derechos, por lo que «garantía» y «derecho» no pueden ser sinónimos²⁹⁷. Desde su punto de vista las garantías constituyen

295. Todo ello resulta paradójico ya que las reivindicaciones de la Revolución mexicana fueron principalmente de carácter social, y a través de la Constitución de 1917 introdujeron por primera vez, en el marco liberal-individual predominante, el debate de la cuestión social.

296. Para ahondar en este tema véase el apartado de *garantías* en este trabajo. No debemos olvidar los casos del derecho del trabajo y del derecho agrario, los cuales han gozado de un tratamiento especial.

297. BURGOA, 2003, pp. 165 y ss. El autor coincide con que el término «garantía» no es el más adecuado para «denotar su ser jurídico»; sin embargo, debido a que la Constitución otorga garantías a favor de los gobernados para salvaguardarlos del poder del Estado, BURGOA (2002, p. 898) considera que no existe aún otra categoría

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

relaciones jurídicas entre las personas y el Estado. En ese sentido, el autor considera que las garantías sociales (que protegen a los derechos sociales) crean también una relación jurídica entre, por un lado, «las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y en general los grupos colocados en situación precaria»²⁹⁸ y por otro, los poseedores de la riqueza. En el mismo sentido que los juristas que lo precedieron, BURGOA considera que en esta interpretación, el papel del Estado es el de impedir los abusos entre estos grupos²⁹⁹.

Para el autor existe una distinción fundamental entre las garantías individuales y las sociales que se centra en su titularidad. Las primeras, crean un vínculo entre el Estado y *cualquier persona física o jurídica*, sin atender a su condición social, jurídica o económica y en el caso de las garantías sociales, los sujetos de la relación jurídica son, por una parte las clases más desfavorecidas de la sociedad, (p. ej., la clase obrera) ya sea en su dimensión colectiva o individual y por otra parte, los propietarios de los medios de producción. BURGOA precisa que la categoría «social» procede precisamente de estas dos clases sociales económicamente diferentes.

Así, el papel del Estado en esta relación es el de vigilar y controlar que no existan abusos entre los particulares (p. ej., trabajador-patrón) y que exista una verdadera aplicación de la ley para proteger a los más desfavorecidos (garantías sociales otorgadas por la Constitución) y en consecuencia, aplicar sanciones cuando existan violaciones a dichas garantías. El autor denomina esta situación «intervencionismo estatal». Cabe recalcar que él no alude, como sí hacen otros autores, al costo económico de los derechos sociales; sin embargo considera que los derechos a la protección de la salud y a la vivienda digna y los derechos de los pueblos indígenas permanecen como *declaraciones ineficaces* hasta el momento en que sean desarrolladas en la legislación secundaria, en la cual debe indicarse la forma en la que se realizarán estos derechos. Conviene aquí resaltar que este criterio teórico ha sido asumido literalmente por Tribunales Federales al definir el concepto de derechos programáticos, que se analiza en el apartado 5.3.2 de este capítulo relativo a la jurisprudencia.

Por último, a pesar de que el autor distingue entre las garantías indivi-

que pueda denotar de una mejor manera dicho concepto, por lo que en su obra propone que se denomine «De las garantías del gobernado».

298. BURGOA, 2003, p. 704.

299. Al respecto CARBONELL (2004, p. 777) señala que esta forma de entender a los derechos sociales los excluye «del ámbito de obligaciones del Estado, ya que las relaciones jurídicas en materia de derechos sociales se establecerían solamente entre particulares por lo que el papel del Estado es sólo de vigilante».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

duales y las garantías sociales (salud, vivienda digna, derechos de los pueblos indígenas, seguridad pública, propiedad social de la tierra y trabajo), considera que aunque implican hipótesis jurídicas diferentes, obedecen a intereses distintos, generan obligaciones diversas y sus sujetos son distintos, éstas no se oponen entre sí; como puede observarse, aunque el autor no lo expone de forma expresa, desde los años setenta comienza ya a esbozar la idea de indivisibilidad de los derechos.

En los años ochenta esta postura continúa reproduciéndose y juristas como Jorge CARPIZO consideran también que las «garantías sociales» protegen a los integrantes de los grupos sociales más vulnerables, a aquellos que históricamente han sido explotados y oprimidos permitiéndoles llevar adelante una digna vida. Para el autor (que utiliza los términos garantías sociales y derechos sociales como equivalentes) la esencia de los derechos sociales son las «necesidades apremiantes» de las clases obreras y campesinas, que garantizan los «mínimos jurídicos» para asegurarlas. Igualmente, dicho autor esboza, la idea de «igualdad de oportunidades» en relación con la naturaleza de estos derechos.

Resulta interesante señalar que para este autor, por ser fines a realizarse en un corto plazo, los derechos sociales constituyen «normas de carácter programático»³⁰⁰, aunque no examina esta categoría. Este debate es desarrollado con mayor profundidad por J. Francisco RUIZ MASSIEU y Diego VALADÉS. Para el primer autor la Constitución mexicana contiene disposiciones programáticas «que establecen simplemente directivas de acción [y] no se perfeccionan de manera automática»³⁰¹ ya que requieren de que el Estado desarrolle las condiciones necesarias para que dichos preceptos sean efectivos, por lo que representan para el pueblo «la esperanza de que algún día se acatarán». Al ser los derechos sociales normas programáticas simplemente declarativas y no coercitivas, éstos no pueden ser defendidos a través del juicio de amparo y su falta de cumplimiento se castiga por otros medios como las elecciones. Para el segundo autor, existen «cláusulas programáticas de las Constituciones» que son de cumplimiento progresivo³⁰² como es el caso de las garantías sociales.

Hasta aquí se puede observar que el debate sobre los derechos sociales se concentró fundamentalmente en las reivindicaciones obreras y campesinas y, por extensión, en los grupos explotados, concepción que influyó en la construcción de la idea de que la titularidad de los mismos es sólo colectiva.

300. CARPIZO, 1983, p. 352.

301. RUIZ MASSIEU, 1983, p. 418.

302. VALADÉS, 1987.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Es necesario también recalcar que en la teoría tradicional se encuentran aún confusiones terminológicas y todavía no aparecen algunos debates contemporáneos como los relativos a la justiciabilidad de los derechos sociales, la eficacia directa de los mismos y sólo en algunos autores se esboza la idea de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos. Por tanto, podemos decir a grandes rasgos que la mayor parte de los teóricos del siglo XX, con algunas excepciones, consideraron que los derechos sociales son derechos de las clases desprotegidas, son cláusulas programáticas no justiciables³⁰³ y su naturaleza y estructura es diferente al resto de los derechos.

Años más tarde, uno de los autores que comienzan a tomar nuevos rumbos respecto a algunas ideas que habían prevalecido en la teoría tradicional es José Ramón Cossío. A partir de su análisis de los derechos sociales como las conquistas y la cristalización de los ideales de la Revolución mexicana, concluye que la Constitución de 1917 asignó un carácter más político y menos jurídico a los derechos sociales, y que por tanto, las normas constitucionales de contenido social se crearon como las «decisiones políticas fundamentales» de un régimen que provenía de un movimiento social. Según Cossío, es esta visión la que limitó las interpretaciones teóricas sobre la materia, puesto que se conceptuó a estos derechos con una fuerte base ideológica, lo que terminó por concebirlos sólo como «normas programáticas, es decir, como simples directivas a realizar por los poderes del Estado»³⁰⁴. Con base en estas ideas de los derechos sociales como meras justificaciones del régimen, se impidió que tuvieran un verdadero «carácter normativo», por lo que el desarrollo de su contenido se vuelve «altamente discrecional para el legislador» ocasionando que no fuera posible su protección a través del juicio de amparo en caso de violación. Para el autor hoy se hace necesario «rehacer el sentido de los derechos sociales, esta vez en clave normativa y no sólo justificatoria»³⁰⁵

En años más recientes autores como Miguel CARBONELL y Juan Antonio CRUZ comenzaron a ser más críticos con las posiciones tradicionales. Ambos

303. Sobre este tema los autores se pronuncian de forma distinta. Hay quienes sostienen que los derechos sociales no son justiciables a través del juicio de amparo como el caso de GONZÁLEZ (1978) y CASTRO (1978) o de aquellos que sostienen que deben crearse leyes para desarrollar su contenido e instancias especiales para hacerlos justiciables como el caso de ROJAS CABALLERO (2002); otros quienes señalan que el juicio de amparo debía «socializarse» para que fuera procedente contra las violaciones a las garantías sociales como el caso de TRUEBA URBINA (1971) y también quien considera que el juicio de amparo puede tutelar garantías sociales pero sólo a través de la garantía de legalidad contenida en los arts. 14 y 16 constitucionales como el caso de BURGOA (2002).

304. Cossío, 1998, pp. 296 y ss.

305. *Ibidem*, p. 328.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

autores han intentado identificar cuáles son las principales dificultades de dichas posturas y han señalado que una de las que ha persistido es aquella que considera a los derechos sociales como normas programáticas. Señalan que uno de los inconvenientes de esta concepción es que no genera obligaciones para todas las autoridades, sino sólo para las administrativas (quienes desarrollan políticas y programas), las cuales cumplirán con su mandato de acuerdo a su capacidad económica. Así, los legisladores y los jueces quedan exentos de obligaciones y por tanto, los derechos en cuestión, no pueden ser justiciables en México³⁰⁶. Estos autores consideran que esta concepción debe quedar atrás ya que los derechos sociales son «plenamente exigibles» ante todas las autoridades en sus diversos niveles de gobierno.

Por ello, los retos para la teoría contemporánea serían desarrollar la normatividad de los derechos sociales, identificando su contenido mínimo y creando mecanismos efectivos para lograr su plena exigibilidad³⁰⁷, todo ello implica que los derechos sociales sean considerados como verdaderos derechos que generan obligaciones para el Estado.

En este mismo sentido, se han ido construyendo aportaciones teóricas sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de forma específica que intentan contribuir a la ampliación y profundización del debate en la materia. Ello a partir de problemáticas concretas como las de agua³⁰⁸, salud³⁰⁹, consulta³¹⁰, pobreza³¹¹; que se han ido agravando en pueblos y comunidades en México, y que por tanto requieren respuestas desde una teoría vinculada con la realidad.

5.3. GARANTÍAS

Como ya se señaló en el apartado relativo a la doctrina, una de las características del régimen de protección de derechos en México es la permanente confusión entre los conceptos «garantía» y «derecho». Esa confusión histórica ha facilitado que, en muchos de los ámbitos institucionales, se instale la idea de que los derechos sociales son derechos sin garantía y por tanto no

306. Ambos autores señalan al respecto que «la mayoría de los medios jurídicos –sobre todo los de carácter jurisdiccional– diseñados para la tutela de los derechos se han heredado de la estructura del Estado liberal del siglo XIX, en el que los derechos sociales o bien no existían, o bien no se les consideraba efectivamente como derechos»: CARBONELL, CRUZ PARCERO y VÁZQUEZ, 2000, p. 2.

307. Vid. CRUZ PARCERO, 2000 y CARBONELL, 2005, pp. 779 y ss.

308. Vid. GUTIÉRREZ, 2009.

309. Vid. GUTIÉRREZ y RIVERA, 2009.

310. Vid. GUTIÉRREZ, 2008.

311. Vid. RIVERA, 2008. Véase también un pequeño esbozo del contenido de este trabajo en RIVERA, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

son exigibles ni justiciables. Lo anterior deberá ser superado con la reforma constitucional de junio de 2011.

Con el objeto de poder identificar algunas de las garantías más relevantes de respeto, protección y cumplimiento de los derechos sociales que existen en el sistema jurídico mexicano, primero es conveniente aclarar que, en este trabajo, cada vez que aparezca la noción de garantía, estaremos haciendo referencia a todas aquellas herramientas, mecanismos o técnicas de tutela, diseñadas para proteger y asegurar la efectividad de los derechos³¹². En otras palabras, nos referimos a los instrumentos que permiten al titular del derecho (individual o colectivo) acceder a la necesidad, o interés que integra su contenido.

Con base en lo anterior, y aprovechando la teoría más reciente sobre la materia³¹³, en este capítulo, habremos de distinguir entre las garantías institucionales y las garantías sociales de los derechos, aunque para los efectos de este trabajo sólo nos centraremos en las primeras. Las *garantías institucionales*, son los mecanismos de protección encomendados a los poderes públicos y éstas a su vez, pueden subdividirse en primarias y secundarias. Las *primarias*, son aquellas a través de las cuales se especifica el contenido de los derechos, así como las obligaciones que se desprenden de los mismos. Las *secundarias* están diseñadas como vías para la reparación frente a violaciones o inobservancia de las primarias; por lo que operan en caso de que los poderes incumplan con sus obligaciones³¹⁴. En los apartados siguientes sólo nos centraremos en la legislación como una de las principales garantías primarias y en el juicio de amparo como principal garantía secundaria y la correspondiente jurisprudencia derivada del mismo.

5.3.1. Desarrollo legislativo

Por lo que toca a las *garantías primarias*, como ya lo hemos apuntado, México fue el primer país en constitucionalizar los derechos sociales y por tanto, precursor en la instrumentación de esta garantía primaria por excelencia. Ello obligó al legislativo a desarrollar leyes (para la educación, para el reparto agrario y para la protección de los intereses de los trabajadores) y al ejecutivo a crear políticas y programas sociales en las distintas materias. En la actualidad, contamos con un número muy amplio de normas secundarias que detallan el alcance de los derechos que éstas regulan. No debe olvidarse

312. Vid. FERRAJOLI, 2000, pp. 39-46; PISARELLO, 2003; ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 55.

313. Nos referimos al trabajo de autores como los cuatro citados en la nota anterior.

314. Se trata principalmente de vías jurisdiccionales, aunque en ocasiones la propia administración cuenta con instrumentos para la reparación en caso de violaciones, como los recursos administrativos ante la propia autoridad.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

que los poderes públicos en México están organizados bajo un complejo esquema federal y por tanto existe una cantidad muy amplia de leyes federales, estatales y normas municipales. Por las características de este capítulo resulta imposible abarcarlas todas y por tanto sólo se brindará una visión panorámica de la legislación que consideramos más relevante en la materia.

El tema de la salud es regulado principalmente por la Ley General de Salud³¹⁵. En su primera disposición se señala expresamente que reglamenta este derecho, contenido en el artículo 4 de la Constitución. Se trata de una norma muy extensa, con 482 artículos, a través de los cuales se establece, la distribución de competencias entre las autoridades Federales y estatales; se determinan las autoridades sanitarias (con una secretaría de Estado a la cabeza); se constituye un Sistema Nacional de Salud y se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios por parte de los usuarios. A través de varios de sus capítulos se construyen vínculos con otros derechos sociales, como los de la alimentación o el medio ambiente, estableciendo previsiones relativas a la nutrición o la contaminación de las aguas. Sí bien se trata de la norma más relevante, existen otras que intervienen en la materia como son la Ley de Asistencia Social; la Ley de los Institutos Nacionales de Salud; la Ley del Seguro Social (que es el instrumento más importante para el acceso a la salud de los trabajadores y sus familiares en general); la Ley de Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y; la Ley General para el Control del Tabaco.

La cuestión de la Vivienda es abordada por la Ley de Vivienda³¹⁶. Ésta no alude de forma expresa a este derecho, aun y cuando también es reglamentaria del artículo 4º Constitucional donde se reconoce el mismo. Como se determina en sus primeras disposiciones, sus objetivos principales son establecer la política nacional, los programas, los instrumentos y los apoyos para que las familias puedan acceder a una vivienda digna y decorosa. Interesa señalar que cuando se definen estos últimos dos conceptos, se recogen algunos de los elementos del contenido del derecho a la vivienda establecidos en la Observación General 4 del Comité DESC. En la ley se establece la política nacional de vivienda con el fin de coordinar las acciones de las autoridades federales, estatales y municipales. Prevé la creación de la Comisión Nacional de Vivienda (CONAVI) cuyo objetivo principal es promover y fomentar las acciones que faciliten el acceso a los recursos y al financiamiento para la construcción de vivienda. Nos interesa destacar que en esta norma se establecen interesantes principios como los de la producción social del hábitat, la

315. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984, aunque en el año 2006 sufrió un conjunto amplio de modificaciones importantes.

316. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de junio de 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cual se realiza bajo el control de autoproductores y autoconstructores quienes operan sin fines de lucro y que se orienta prioritariamente a atender las necesidades habitacionales de la población de bajos ingresos. Esta producción social incluye aquella que se realiza por procedimientos de autogestión y solidarios que dan prioridad al valor de uso de la vivienda y no a su valor en el mercado inmobiliario. A esta ley la acompaña la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores que en teoría es el instrumento principal para que los trabajadores puedan acceder a una vivienda adecuada, aunque en las últimas décadas, a partir de fenómenos de bursatilización y encarecimiento de los créditos, ha dejando de ser el instrumento óptimo para que los grupos en situación de mayor vulnerabilidad puedan acceder a una vivienda.

El derecho a la educación tiene como garantía primaria fundamental la Ley General de Educación. Esta norma, que regula toda la Educación que imparte el Estado (Federación, estados, Municipios) y los particulares. En su artículo 2 reconoce el derecho a la educación; sin embargo, el trato que la ley da a lo largo de su articulado al tema educativo es de servicio público. Para otorgarlo, la norma establece la obligación de brindar una serie de servicios educativos como son el establecimiento de planteles, formulación de planes y programas, expedición de certificados, distribución de libros de texto así como un sistema de capacitación del personal docente. En general, un conjunto de elementos que cumplen con el contenido mínimo del derecho a la educación establecido por el Comité DESC; sin embargo, al no ser desarrollado como un derecho se encuentran algunos vacíos e incongruencias que convendría modificar en función de lo establecido por el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Es importante destacar que en fecha relativamente reciente, se aprobó una iniciativa de ley con la que se intentó resolver el problema de las lagunas legales existentes en México relacionadas con la exigibilidad de los derechos sociales. En el 2004 se publicó la Ley General de Desarrollo Social³¹⁷ cuyo objetivo prioritario es garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales establecidos en la Constitución. En esta norma se reconocen como derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, el medio ambiente sano, el trabajo, la Seguridad Social y la no discriminación. Frente a estos derechos, la ley establece la obligación estatal de garantizar el pleno disfrute y ejercicio de los mismos a todas las personas. Para alcanzar lo anterior, la ley señala que se hará a través de los programas de desarrollo social, por medio de los cuales «toda persona o grupo social en situación de vulnera-

317. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de enero de 2004.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

bilidad tendrá derecho a recibir el apoyo que le permita disminuir su situación de desventaja». Si bien no puede decirse que esta norma sea irrelevante, también es cierto que su papel ha sido el de agrupar en un solo documento normativo todas las instituciones y programas que ya existían en relación con los derechos sociales. Aunque puede decirse que esta norma ha permitido afinar los mecanismos de evaluación de las políticas sociales para el combate a la pobreza, en realidad no introduce mayor novedad dentro del sistema jurídico mexicano ni crea mejores mecanismos para el ejercicio real de estos derechos. Es un instrumento jurídico más que se suma a lo que ya existía.

De lo anterior, no puede dejar de reconocerse que en el país contamos con instituciones (derivadas de dichas normas) de salud pública y de educación preescolar, primaria y secundaria gratuita, créditos y prestaciones en materia de vivienda, entre otros instrumentos para la materialización de los derechos sociales. Sin embargo, también es verdad que al no estar arraigada en el sistema jurídico mexicano la idea de que los derechos sociales son derechos fundamentales, muchas de estas normas, abren espacios para la discrecionalidad en su implementación, fomentan la creación de políticas públicas asistenciales y focalizadas y permiten reformas legales regresivas³¹⁸ como es el caso de la flexibilización laboral, el retroceso en materia de Seguridad Social o la privatización en el acceso a necesidades básicas como el agua, la vivienda, la educación, etc., además conviene decir que la mayor parte de las normas en la materia están construidas partiendo de la idea de que los derechos sociales sólo constituyen líneas programáticas a desarrollar en la legislación y que de igual forma, sólo suponen obligaciones positivas para el Estado. En este último sentido, encontramos importantes lagunas legales como por ejemplo, normas contra los desalojos forzosos o de consulta a los pueblos indígenas.

Por lo que tiene que ver con el derecho a la alimentación, es necesario destacar que éste ha sido reconocido de forma universal en la Constitución (reforma constitucional de octubre de 2011). Sin embargo, hasta la fecha no existe una legislación secundaria federal que desarrolle el contenido ni establezca las obligaciones estatales correspondientes.

Finalmente, por lo que se refiere a los derechos a la propiedad social de

318. A partir de que se reinstaló el discurso liberal como discurso hegemónico, las modificaciones que han sufrido las leyes en materia de derechos sociales han sido, mayoritariamente, en perjuicio de estos últimos. «Es decir, la idea de que si hay una reforma a la salud, a la Seguridad Social, o a la educación, no es para mejorar sino para empeorar... quien come hoy no sabe si comerá mañana; quien está vivo hoy puede estar muerto mañana; quien envió a su hijo a la escuela este año, no sabe si lo podrá enviar el año entrante» (DE SOUSA, 2004, pp. 53-54).

la tierra y los derechos labores, que como lo hemos señalado en párrafos superiores fueron las principales reivindicaciones revolucionarias, a diferencia del resto de los derechos estos dos han sido ampliamente desarrollados en el texto constitucional así como en sus leyes reglamentarias. En ambos casos se cuenta con leyes federales respectivas (Ley Federal del Trabajo y Ley Agraria) que desarrollan ampliamente el contenido y alcance de los derechos señalados; aun cuando la ley Agraria ha sufrido una reforma regresiva importante, debilitando la propiedad social y colectiva de la tierra para favorecer la reapropiación privada de la misma.

5.3.2. Juicio de amparo y desarrollo jurisprudencial

Por lo que toca a las *garantías institucionales secundarias*, conviene comenzar destacando que el juicio de amparo es la garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales más importante en México³¹⁹. Sin embargo, ésta tiene un alcance limitado para la protección de los derechos sociales, por distintas razones. En primer lugar, debido a lo que ya hemos señalado en párrafos anteriores sobre la interpretación que la teoría dominante ha construido en relación con la «naturaleza» de los derechos sociales como cláusulas programáticas y no como «garantías individuales»³²⁰ (que como vimos, en México es sinónimo de derecho fundamental). Como lo desarrollaremos a continuación, ese debate teórico predominante ha influenciado fuertemente la postura y concepción del Poder Judicial³²¹ sobre los mismos.

Como ya lo ha señalado Rodrigo UPRIMNY, a pesar de que México fue pionero en ambas materias (el juicio de amparo y los derechos sociales), dicho instrumento no pudo ser utilizado en materia de derechos sociales, pues existían diversos obstáculos, sobre todo de carácter procesal, que impedían la justiciabilidad de los mismos.

319. Debido a la naturaleza de este trabajo, nos resulta imposible profundizar en todos los procedimientos, civiles, penales, administrativos que de forma indirecta, también pueden llegar a convertirse en garantías secundarias para la protección de los derechos sociales. El 6 de junio de 2011 se removió ese obstáculo, al introducirse en el artículo 107 de la Constitución la noción de «interés legítimo».

320. La Constitución mexicana, recientemente reformada (6 de junio de 2011) en sus arts. 103 y 107, establece que el Juicio de amparo es procedente contra los actos de autoridad o las leyes que violan los derechos humanos y las garantías otorgadas por la Constitución y por los Tratados Internacionales.

321. Este Poder está constituido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados. En México no existe un Tribunal Constitucional, por lo tanto, es la SCJN quien conoce tanto los casos de legalidad como los casos de constitucionalidad. En su función de control constitucional, estos tribunales federales tienen la facultad de conocer los casos «de amparo».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Uno de ellos era el relativo al «interés jurídico». En el juicio de amparo mexicano, era necesario probar que el acto reclamado como violatorio de derechos causaba una ofensa directa a la persona afectada por la violación y por tanto, ésta debía contar con un interés jurídico directo para acudir a la instancia jurisdiccional competente. Esta exigencia tenía a su vez repercusiones en la naturaleza del sujeto (construida artificialmente) que podía presentar una demanda de amparo, ya que el interés jurídico ha sido tradicionalmente entendido por el Poder Judicial mexicano, sólo en su dimensión individual. Aunque este obstáculo afecta a todos los derechos (civiles, políticos, sociales, ambientales, etc.), si tomamos en cuenta que en la tradición mexicana los derechos sociales son generalmente identificados con reivindicaciones colectivas, lo anterior se convertía en una limitante más para la defensa de los derechos sociales. El 6 de junio de 2011 se removió ese obstáculo, al introducirse en el artículo 107 de la Constitución la noción «interés legítimo».

Paralelo a ello, la ley de amparo consagra la denominada «fórmula Otero», la cual impide que una sentencia de amparo tenga efectos generalizados. Esta restricción (que está en vigor desde 1847) aunada a que los derechos sociales no son considerados verdaderos derechos y que por tanto reciben muy pocas sentencias favorables, bloquea la posibilidad de que se pueda avanzar en el debate jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los derechos sociales.

Aunado a lo anterior es importante resaltar que, a pesar de que el grado de violación de los derechos sociales en México es muy alto, el gobierno ha incurrido en una constante omisión en relación con la difusión a la población de estos derechos como derechos exigibles. Si a ello sumamos la concepción debilitada que tienen las instituciones sobre los mismos, y que el amparo es un instrumento extremadamente técnico que requiere la contratación de un «experto» quien suele cobrar grandes sumas de dinero, tenemos como resultado obvio que el número de demandas dirigidas a las instancias judiciales correspondientes sea muy reducido. Todo lo anterior deja en estado de indefensión a los sujetos más vulnerables, aun cuando deberían ser los más protegidos.

Frente a este escenario, en México es común intentar reivindicar derechos sociales a través de demandas de amparo basadas en la violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, que consagran, las denominadas garantías de seguridad jurídica que, respectivamente, protegen el derecho de audiencia y obligan al Estado a fundar en la ley y a motivar debidamente todos sus actos. En la tradición jurídica mexicana, estos preceptos, han permitido, en algunos casos, lograr la protección jurisdiccional de los derechos sociales; sin embargo, esta situación también ha hecho que el Poder Judicial continúe sin

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

entrar en los problemas de fondo de la materia y se concentre en aquellos relativos a los procedimientos. Todo ello contribuye a que, en dicho espacio, el debate en torno a los derechos sociales permanezca estático.

Como producto de lo anterior existe una muy escasa jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación que retomando y reforzando la teoría tradicional, continúa reproduciendo el discurso de que los derechos sociales no constituyen verdaderos derechos sino son simplemente «líneas programáticas» a seguir por el legislador y en general por el Estado en el desarrollo de la política social. Así pues, los derechos a la protección de la salud, a la vivienda adecuada, a la alimentación infantil, o a la educación (reconocidos en la Constitución mexicana), son considerados por la máxima autoridad judicial como normas que no producen efectos jurídicos directos y que por lo tanto, no generan obligaciones para el Estado mexicano.

Como paréntesis, es importante recordar, que como ya lo hemos señalado, en el caso del derecho del trabajo y del derecho agrario (relativo a los asuntos relacionados con la propiedad colectiva de la tierra), históricamente ha existido una mayor protección constitucional, legislativa y, consecuentemente, jurisdiccional. Recogiendo los postulados e ideales de la Revolución mexicana, se crearon tribunales especializados para dichas cuestiones. Igualmente, en el caso del juicio de amparo, en materia agraria y laboral existen diferencias en relación a otros ámbitos del derecho. Una de ellas es la existencia de la denominada «suplencia de la queja deficiente»³²².

Cerrando el paréntesis, y retomando los obstáculos que existen en México derivados de la visión predominante, podemos constatar con la propia jurisprudencia de la Corte que dicha visión se refuerza ya que indica expresamente que el derecho a la vivienda: «[...] se encuentra establecido como un *derecho programático* en la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos en el penúltimo párrafo del artículo 4»³²³.

322. Ésta significa, *grosso modo*, que una parte de los sujetos que intervienen (campesinos, comunidades agrarias, ejidos u obreros), al ser mayormente débiles en el juicio no se encuentran obligados a conocer los tecnicismos del amparo. Por tanto, en los casos de omisión, deficiencia o error en la demanda, así como en las diversas actuaciones de dichos sujetos a lo largo del juicio, el juzgador se encuentra obligado a corregir las posibles deficiencias con el fin de velar por los derechos de estos sujetos y no permitir que caigan en estado de indefensión.

323. «RENTA, CÁLCULO DEL IMPUESTO RELATIVO. LA DEDUCCIÓN DEL CINCUENTA POR CIENTO DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR ARRENDAMIENTO DE CASA-HABITACIÓN, ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 90 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (TEXTO VIGENTE A PARTIR DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO)», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, T. XV, registro n° 187926, Pleno, enero 2006, p. 6 (cursivas nuestras, RG y AR).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Para precisar lo anterior, los tribunales federales definen en otra jurisprudencia que: «En nuestra Constitución Política existen preceptos legales que únicamente trazan *principios* no totalmente definidos en cuanto a su aplicación concreta. A este tipo de normas se les caracteriza por *no tener fuerza suficiente* para desenvolverse integralmente, pues están condicionadas a la intervención del legislador para que actualice sus postulados, es decir, requieren ser reglamentadas para su aplicación y *mientras tanto constituyen una base y directriz* para que el orden jurídico en general sea coincidente y acorde [...] Sin embargo [...] son precisamente las leyes que se emitan en acatamiento a tales normas programáticas, las únicas que lo van a vincular y no el precepto constitucional que nos ocupa, que únicamente otorga al legislador lineamientos y directrices generales para que éste las desarrolle en los ordenamientos reglamentarios correspondientes»³²⁴.

Así, esta interpretación de la Corte, como señala Mauricio GARCÍA VILLEGAS refiriéndose al contexto colombiano, es esencial «no sólo porque representa la última instancia decisoria en el sistema constitucional, sino porque su jurisprudencia determina la manera como los demás jueces de la jurisdicción interpretan y aplican los derechos fundamentales»³²⁵; por lo que la citada jurisprudencia ha impactado de forma notoria el resto del debate en el seno del Poder Judicial y se suma a los obstáculos que han impedido la posibilidad de presentar una demanda de amparo para reivindicar derechos sociales.

Finalmente, para completar este panorama, debemos decir que en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación no existe ningún debate relativo a lo que se entiende por derecho social, garantía social o derechos económicos, sociales y culturales. De igual forma, no existe ninguna tesis relativa a la posible presentación de una demanda colectiva de amparo.

En lo que se refiere a los derechos sociales a la educación, a la vivienda adecuada, y a la alimentación infantil, la jurisprudencia es escasa; hasta la fecha es en materia de salud en donde encontramos algunos debates y jurisprudencia. En el año 2009³²⁶ el debate en torno a los derechos sociales permaneció casi intacto, durante este período sólo se emitieron dos jurisprudencias

324. «SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL NO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO PARA APLICARLES UNA SANCIÓN, POR SER UNA NORMA PROGRAMÁTICA QUE REQUIERE DE LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR PARA QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO PARA IMPONERLA», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, T. XVII, Tribunales Colegiados, reg. n° 184751, febrero 2003, p. 1156 (Las cursivas son nuestras).

325. DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, 2001, t. I, p. 470.

326. Ver SCJN, *Informe anual de labores 2009. Anexo documental*, México, Poder Judicial de la Federación, 2009.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cias en materia de salud y otras dos tesis promovidas por José Ramón Cossío que resultan interesantes para este capítulo: una relativa al derecho al mínimo vital y otra referente a la dignidad humana en el orden jurídico mexicano. Solamente.

Como se puede apreciar de las páginas anteriores, el debate teórico, el desarrollo legislativo y la protección jurisdiccional de los derechos sociales en México son, en términos generales, muy limitados. Si bien podemos notar algunos avances importantes desde la teoría, éstos se encuentran escasamente reflejados en la legislación y, salvo contadas excepciones, el Poder Judicial prácticamente no ha generado aportaciones trascendentes en la materia³²⁷.

6. BRASIL*

6.1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍNEAS MAESTRAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La Constitución Federal de 5 de octubre de 1988 (CRFB) fue la primera en la Historia constitucional brasileña en prever un título específico para los llamados «derechos y garantías fundamentales» (Título II), donde, conjuntamente con los designados derechos y deberes individuales y colectivos, los derechos políticos y las reglas sobre la nacionalidad, fueron también consagrados derechos sociales básicos y de carácter general, como un extenso elenco de derechos de los trabajadores, igualmente previstos en el capítulo sobre derechos sociales. Aunque en la evolución constitucional precedente ya hubiese previstas algunas normas que versan sobre justicia social e incluso algunos derechos sociales (ya la primera Constitución de Brasil, de 1824,

327. El caso de la Comunidad indígena de *Mininuma* en el estado de Guerrero ha sido uno de los únicos avances en materia de derechos sociales y por tanto, resulta paradigmático. Se trata de la población más pobre del país en la que no se cuenta con los servicios básicos y aún más, no se cuenta con servicios de salud. Al sufrir muertes por enfermedades curables, las y los habitantes decidieron organizarse para presentar una demanda amparo en materia de salud que por primera vez en México, obtuvo una sentencia favorable. Sin embargo, dicha decisión judicial no tiene impacto sobre tribunales de mayor alzada en tanto que los criterios de los Juzgados de Distrito no son obligatorios para los Tribunales Colegiados y para la Suprema Corte. *Vid. GUTIÉRREZ y RIVERA, 2009.*

* Por Ingo WOLFGANG SARLET. Agradecemos la colaboración de la Maestra y Abogada de la Unión Mariana FILCHTNER FIGUEIREDO, cuya disertación de Doctorado sobre el derecho a la salud (citado en este trabajo) tenemos el privilegio de dirigir, sea por la ayuda en la recolección de datos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales, sea por la ayuda en el formateo del texto y adecuación a los parámetros editoriales.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

siguiendo el ejemplo de la Constitución Francesa de 1973, aseguraba un derecho de asistencia a los desamparados y un derecho a la educación fundamental), fue apenas en 1988, aun antes de incorporados los principales Tratados Internacionales sobre derechos humanos (internalizados definitivamente apenas en 1992 y posteriormente), que los derechos sociales fueron efectivamente consagrados como auténticos derechos fundamentales, por lo menos de acuerdo con la previsión expresa del texto constitucional.

En el propio Preámbulo de la CRFB, que, según el Supremo Tribunal Federal de Brasil, no posee carácter jurídicamente³²⁸ vinculante, ya existen algunas disposiciones evidenciando el fuerte compromiso de la Constitución y del Estado con la justicia social. Tal compromiso acaba siendo reforzado en el Título I de la CRFB, que concentra la mayoría de los principios fundamentales, donde, en el artículo 1, inciso III, consta que la dignidad de la persona humana constituye el propio fundamento del Estado Democrático de Derecho. De acuerdo con el artículo 3, «Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: I. Construir una sociedad libre, justa y solidaria; II. Garantizar el desarrollo nacional; III. Erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; IV. Promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación». En el artículo 170 de la Constitución consta, a su vez, que «el orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene como fin asegurar a todos una existencia digna, conforme a los dictámenes de la justicia social», todo para demostrar que el texto constitucional presenta como uno de sus hilos conductores un compromiso con la realización de los derechos sociales.

El reconocimiento y la garantía de un conjunto de derechos fundamentales sociales básicos se encuentra en el artículo 6 CRFB, donde se dispone que «son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación (Enmienda

328. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal tradicionalmente acentúa la ausencia de fuerza normativa del Preámbulo de la Constitución. En la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 2076/AC (Relator Min. Carlos Velloso, votación unánime, decisión publicada en DJ 8 de agosto de 2003, p. 218), p. ej., se consideró que la invocación de la protección de Dios, contenida en el Preámbulo de CRFB, exactamente porque el Preámbulo no está dotado de fuerza normativa, no sería norma de observancia obligatoria por parte de las Constituciones provinciales *–in casu–*, la Constitución del Estado de Acre, motivo por el cual fue juzgada improcedente la acción. La misma orientación fue seguida por el Min. Celso de Mello, Relator de la Medida Cautelar en el Mandamiento de Seguridad (MSMC) n° 24.645/DF (decisión publicada en DJ 15 de septiembre de 2003, p. 65), que rechazó la petición que pretendía la declaración incidental de inconstitucionalidad de la Propuesta de Enmienda Constitucional (PEC) n° 43/2001, entre otros, por transgresión de las «directrices interpretativas del Preámbulo de la Constitución».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Constitucional n° 64, de 4 de febrero de 2010), el trabajo, la casa, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución». Hay que hacer notar, en cuanto a este primer elenco de derechos sociales, que el derecho a la vivienda fue incorporado al texto del artículo 6 posteriormente, por medio de la Enmienda Constitucional n° 26, de 14 de diciembre de 2000. Buena parte de esos derechos (especialmente los derechos a la educación, salud, vivienda, tiempo de ocio, la seguridad, previsión social, protección a la maternidad y la infancia y asistencia a los desamparados) acabaron siendo objeto de alguna regulación y de una serie de disposiciones conexas a lo largo del texto constitucional, especialmente en los títulos del orden económico (aspectos ligados a la función social de la propiedad urbana y rural) y del orden social (en ésta se encuentran disposiciones sobre el sistema de Seguridad Social, bienes culturales, familia, vejez, medio ambiente y educación, entre otras), de tal suerte que los derechos sociales solamente pueden ser comprendidos a partir de un análisis conjunto y sistemático de todas las normas constitucionales directa e indirectamente vinculadas a los diversos derechos sociales, así como en el marco de la legislación infraconstitucional y de la jurisprudencia que concreta la CRFB. En los artículos 7 y 11 fueron expresamente enunciados diversos derechos de los trabajadores, que constituyen un conjunto de derechos y garantías que concretan el derecho general al trabajo (especialmente en sentido de una promoción y protección de trabajo y de los trabajadores) previsto en el artículo 6.

Pese a la cantidad y diversidad de los derechos sociales, hay autores en Brasil que niegan a los derechos sociales (en todo o en parte) su condición de auténticos derechos fundamentales. Estas opiniones se realizan al margen del Derecho constitucional positivo brasileño, estando básicamente fundadas en criterios materiales, unidos a concepciones filosóficas, políticas y teóricas de justicia de cuño liberal y que no guardan sintonía con el sistema constitucional, que, como ya se ha visto, está comprometido con los derechos sociales³²⁹. En síntesis, importa destacar que prevalece la comprensión de que, en virtud sobre todo de la expresa previsión del Poder Constituyente, todos los derechos del Título II de la CRFB (denominado «De los Derechos y Garantías Fundamentales»), que incluye los derechos sociales del artículo 6 y los derechos de los trabajadores de los artículos 7 y siguientes, son derechos

329. Cuestionando la condición de derechos fundamentales de los derechos sociales, *vid.*, p. ej., LOBO TORRES (2003, pp. 1-46): reconoce la existencia de una garantía de un mínimo existencial, de tal suerte que las prestaciones materiales estatales que son imprescindibles para la satisfacción de ese mínimo y que aseguran las condiciones fácticas para la libertad, constituyen derechos subjetivos del ciudadano, pero los derechos sociales en general no son fundamentales.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

fundamentales, y que la negación de esta fundamentalidad por los órganos estatales implicaría una violación directa del texto de la CRFB, reduciendo (lo que es más grave) el número de derechos reconocidos por el propio Poder Constituyente.

En este contexto, todavía, es preciso mencionar que los derechos fundamentales (lo que también se aplica a los derechos sociales) no se reducen a los que fueran insertados expresa y directamente en el Título II de la CRFB, pues una de las peculiaridades del sistema brasileño es su apertura material, que implica la existencia de derechos y garantías implícitos o expresamente positivizados en los tratados internacionales de derechos humanos. De acuerdo con el artículo 5, LXXVIII, 2 CRFB, «los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución no excluyen a otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los Tratados internacionales en que la República Federal de Brasil sea parte». En cuanto a los Tratados de Derechos Humanos, éstos, más allá de ser muy poco considerados por los operadores jurídicos en general, acabarán soportando, además, una desvalorización de su jerarquía normativa por parte del Supremo Tribunal Federal, que, a pesar de lo dispuesto en el artículo precitado de la CRFB, se posicionó durante mucho tiempo a favor de la jerarquía meramente legal, o sea, favorable a un régimen de equiparación entre tratados (igual en materia de derechos humanos) y ley ordinaria federal. En materia de derechos sociales, tal comprensión acabó, por ejemplo, vaciando significativamente la aplicación de los tratados en el ámbito del Derecho interno, todavía más en la esfera laboral, donde incluso una de las Convenciones de la OIT (la n° 158) fue denunciada por el Presidente de la República, a pesar de la CRFB dispone, en el capítulo de los derechos fundamentales sociales, que el trabajador será protegido contra el despido arbitrario e imponiendo, por tanto, un expreso deber de protección al Estado³³⁰. Actualmente, todavía la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal altera sustancialmente su comprensión, pasando a consagrar la jerarquía supralegal (el tratado prevalece sobre cualquier otro acto normativo infraconstitucional interno), pero infraconstitucional de los tratados en materia de derechos humanos³³¹. En cuanto a los derechos implícitos en el

330. La discusión sobre la posibilidad de denuncia, por el Presidente de la República, de un tratado internacional, ante la ausencia de previa autorización del Congreso Nacional está siendo discutida por el Supremo Tribunal Federal en la Acción Directa de Inconstitucionalidad (ADI) n° 1.625/DF, relator Min. Maurício Corrêa (actualmente sustituido por el Min. Eros Grau), que cuestiona la constitucionalidad de la denuncia unilateral de la referida Convención n° 158 de la OIT, estando pendiente de definición.

331. La consagración de la tesis de la jerarquía supralegal, más aún infraconstitucional, de los tratados de los Derechos Humanos fue recientemente debatida por el Supremo Tribunal Federal, al apreciar el Recurso Extraordinario (RE) n° 446.343/SP, en que suscitada la inconstitucionalidad de la prisión del depositario infiel, prevista

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

texto constitucional, hay diversos ejemplos reconocidos por el Poder Judicial, como es el caso del derecho (implícito) a un mínimo existencial, del derecho a la vivienda (que fue insertado por enmienda constitucional), así como de disposiciones sobre el derecho a la Seguridad Social situados en el título del orden social, del derecho a un medio ambiente equilibrado, de la tutela del patrimonio histórico, artístico y cultural o de la protección del anciano y de la familia, entre otros.

6.2. BREVE PANORAMA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPECIE EN LA CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA, EN BASE A ALGUNOS EJEMPLOS

6.2.1. Los derechos a la salud y Seguridad Social

Aunque en el artículo 6 CRFB, donde están previstos los principales derechos sociales, no se menciona directamente el derecho a la Seguridad Social, la interpretación conjunta de los derechos a la salud, a la previsión social y a la asistencia social justifica el reconocimiento, de forma genérica, de un derecho a la seguridad, con apoyo tanto en el artículo 5 CRFB (en el contexto de los denominados derechos y deberes individuales y colectivos) como en el propio artículo 6. Además de eso, el Título VII de la CRFB (que trata del orden social), de acuerdo con el artículo 194 CRFB, «comprende un conjunto integrado de acciones de iniciativa de los poderes públicos y de la sociedad, destinadas a asegurar los derechos relativos a la salud, la previsión y la asistencia social». Tales derechos constituyen, por tanto, los tres grandes pilares del sistema de Seguridad Social brasileño. Tratándose, por un lado, de prestaciones sociales directamente vinculadas a la garantía de una vida saludable, resulta evidente también el vínculo del derecho a la Seguridad Social con la llamada garantía del mínimo existencial, que, a su vez, ha sido ampliamente aceptada en la doctrina y la jurisprudencia brasileñas. Dada la imposibilidad de un análisis detallado, incluso el derecho a la salud, dejaremos aquí de desarrollar los derechos a la previsión social y a la asistencia social, por relevantes que sean en el contexto de la Seguridad Social.

Respecto al derecho a la salud³³², fue genéricamente previsto en el artículo 6 CRFB y es objeto de mayor reglamentación en los artículos 196 a

por el Decreto-ley 911/69, pero prohibida, en cuanto prisión civil por deuda, por el Pacto de San José de Costa Rica (art. 7.7).

332. Sobre el derecho a la salud en Brasil, *vid.* especialmente, de nuestra autoría, 2002 y 2009, pp. 329 y ss. Más recientemente, SCHWARTZ, 2001 y 2003; WEICHERT, 2004, y FIGUEIREDO, 2007. Tratando de algunos aspectos específicos de la efectividad del derecho a la salud, *vid.* GOUVÊA, 2004, pp. 255-284; o MOLINARO y MILHORANZA, 2007.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

200 del texto constitucional, además de en todo un conjunto de leyes, actos administrativos y políticas públicas que lo concretan en el plano infraconstitucional³³³. En cuanto a sus aspectos más relevantes en el plano del Derecho constitucional positivo, el artículo 196 CRFB dispone que «la salud es un derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que pretenden la reducción del riesgo de enfermedad y de otros problemas y al acceso universal igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación». Además, en el artículo 198, se establece un Sistema Único de Salud (SUS), cuyas atribuciones son en parte definidas en el artículo 200 CRFB. Este sistema debe tener como directrices la descentralización, la atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, así como la participación comunitaria. En el ámbito de la legislación infraconstitucional y del poder normativo de la Administración Pública, el SUS se está organizando y regulando por medio de una serie de leyes y actos normativos, esto sin hablar de los programas nacionales, provinciales y locales, sea en términos legislativos, sea en términos de acciones de diversos entes gubernamentales, a nivel de políticas públicas de salud. En cuanto a los ya citados principios constitucionales (precaución y prevención, universalidad, igualdad, integralidad, descentralización y participación) que rigen el sistema de salud en Brasil, a los que se suma el principio de dignidad de la persona humana y de garantía del mínimo existencial, así como los principios de solidaridad, subsidiariedad y proporcionalidad, sólo por mencionar a los más comunes y relevantes, el papel de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido fundamental para su interpretación y concreción. De otra parte, la

333. En el plano infraconstitucional, destaca la Ley 8.080, de 19 de septiembre de 1990, sobre la regulación y disciplina del Sistema Único de Salud (SUS), y la Ley 8.142, de 28 de diciembre de 1990, que establece las formas de participación de la comunidad en la gestión de SUS, así como las normas acerca de las transferencias intergubernamentales de recursos financieros en el área de la salud. Aunque afecta al plano administrativo, merece referencia la denominada Norma Operacional Básica (NOB) n° 01/96, de 5 de noviembre de 1996, sobre la operativización y ejecución de las políticas de salud dentro de SUS, cuyo contenido fue definido de modo conjunto por el Ministerio de Salud y por los miembros del Consejo Nacional de los Secretarios de Salud (CONASS) y del Consejo Nacional de los Secretarios Municipales de Salud (CONSEMS), órganos administrativos vinculados a las esferas estatal y municipal de administración y gobierno, respectivamente; de modo semejante, la Norma Operacional de Asistencia y Salud (NOAS) 2002. De modo más específico, interesa citar la Ley 9.313, de 13 de noviembre de 1996, que prevé las competencias para la prestación de medicamentos en el tratamiento de SIDA/AIDS; y la Ley 10.742/2003, que crea la Cámara de Regulación del Mercado de Medicamentos (CMED), estableciendo la observancia de un techo para el reajuste de los precios de los medicamentos (Para mayor profundización, consultar la «Biblioteca Virtual en Salud», del Ministerio de Salud Brasileño: <http://bvsms.saude.gov.br/html/pt/legislacao/leis/html>).

propia CRFB asegura la participación de la iniciativa privada (arts. 197 y 199) y permite los llamados planes de salud privados, regulados por legislación específica y sometidos a un control riguroso por parte de los órganos de protección del consumidor, de la Agencia Nacional de Salud Suplementar (ANS), del Ministerio Público y del Poder Judicial. La expansión de estos planes ha sido inmensa, alcanzando incluso poblaciones con bajos niveles de renta, lo que en buena parte se explica por las deficiencias del SUS³³⁴.

De entre los aspectos más polémicos y actuales, destaca la discusión en torno a las posibilidades y los límites de la intervención judicial en el control de las políticas públicas y, de modo especial, de derechos subjetivos a prestaciones en materia de salud contra el Estado, así como los problemas de control de cumplimiento de las decisiones para asegurar su efectividad. Es precisamente en el campo del derecho a la salud que esta polémica alcanzó su punto culminante, y es en esta área donde pueden ser identificados los mayores problemas, sea en términos cuantitativos, sea en términos cualitativos. En términos generales y aunque existan divergencias importantes en cuanto a aspectos aislados, la tendencia dominante en el ámbito de la jurisprudencia, incluso del Supremo Tribunal Federal, es la de reconocer que, especialmente cuando estén en juego la vida y la dignidad de la persona humana (en este contexto la expresión mínimo existencial ha sido muy utilizada), existe un derecho subjetivo originario a prestaciones, que puede ser demandado vía intervención judicial, aunque la mayor parte de los casos tengan que ver con la aplicación de la ley por el poder público. Los casos llevados ante los tribunales son bastante diversos y abarcan desde el abastecimiento de medicamentos, la disponibilidad de camas en hospitales, la realización de cirugías y exámenes (incluso en el exterior) y el pago de gastos de viaje para el acompañante. En términos de efectividad, los casos más relevantes versan sobre las decisiones que determinan el bloqueo de subvenciones públicas, la readecua-

334. En lo que atañe a los planos de salud, cabe referencia a algunos actos normativos, como la Ley 9.656, de 3 de junio de 1998 (con las modificaciones introducidas por la medida provisional n° 2.177-44, de 24 de agosto de 2001), sobre la disciplina de los planes y seguros privados de asistencia y salud; o la Ley 9.961, de 28 de enero de 2000, que creó la Agencia Nacional de Salud, como «órgano de regulación, control y fiscalización de las actividades que garantizan la asistencia complementaria a la salud» (art. 1). La Ley 8.078, de 11 de septiembre de 1990, de Código de defensa del consumidor, es reiteradamente aplicada por la jurisprudencia, especialmente para restringir abusos por parte de las aseguradoras de planes de salud en detrimento del consumidor. Ejemplo interesante de la jurisprudencia sobre el asunto está en lo acordado por el Superior Tribunal de Justicia, en el Recurso Especial (RESP) n° 668.216/SP, en que se consideró abusiva la cláusula de plan de salud que restringía la cobertura a sólo algunos tipos de tratamiento, lo que en la práctica equivalía a la propia ausencia de cobertura.

ción del ordenamiento público y otras sanciones, incluso en términos de responsabilidad personal del administrador. Es importante, en este contexto, destacar que la tendencia más reciente de la jurisprudencia (lo que no significa que no haya divergencias) es ir más allá del criterio de necesidad económica del autor de la acción (por lo menos a los fines de intervención judicial). Por encima de todo, lo que también ha sido enfatizado es que se debe tratar como prestación indispensable del derecho a la vida de modo general encuadrado en la tutela del mínimo existencial, aunque en este particular la jurisprudencia sea en general bastante generosa y otorgue al derecho a la salud un contenido y ámbito de protección bastante abierto y alineado con el concepto amplio de salud de la Organización Mundial de la Salud. Igualmente importante es la previsión de algunas leyes especiales (como es el caso de abastecimiento de medicamentos) de la necesidad de comprobar la falta de condiciones para costear la compra de los medicamentos con recursos propios, lo que, sumado a una serie de decisiones judiciales que exigen la prueba de la carencia, ha revalorizado de forma creciente los principios de solidaridad y subsidiariedad en el sistema brasileño.

6.2.2. El derecho a la educación

También el derecho fundamental social a la educación obtiene reconocimiento expreso en el artículo 6 CRFB. Ya en los artículos 205 a 214 se encuentran delineados los contornos esenciales de este derecho fundamental. Basta lanzar una mirada breve sobre estas disposiciones para percibir las contundentes distinciones en lo que concierne a su técnica de positivización, a su función como derechos fundamentales, bien como (por vía de consecuencia) en cuanto a su eficacia. El artículo 205, al disponer que «la educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad», está revelando una forma especialmente programática e impositiva (lo que no significa que no esté dotado de eficacia vinculante), puesto que establece fines genéricos a alcanzar y directrices a respetar por el Estado y por la Comunidad en la realización del derecho a la educación, tales como «el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo». En contrapartida, se vislumbra que el artículo 207 se caracteriza como típica garantía institucional fundamental, asegurando la autonomía universitaria, lo que ya fue objeto de reconocimiento incluso por el Supremo Tribunal Federal, aunque esta autonomía no asegurase a las Universidades una absoluta independencia de cara al Estado.

En el artículo 206, que contiene normas sobre los principios que se disponen sobre la educación en general, se encuentran diversos dispositivos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que inequívocamente son directamente aplicables y dotados de plena eficacia. Es el caso, por ejemplo, de la garantía de la igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela (inc. I), que constituye la concreción del principio de la igualdad y que ha sido, a pesar de una gran controversia, objeto de creciente implantación en Brasil, especialmente en cuanto al acceso a la enseñanza superior, asegurado por medio de la garantía de un sistema de cuotas para pobres (ingresos en el sistema público de enseñanza), negros y determinadas minorías. En el mismo contexto puede ser citado el inciso II, que consagra la libertad de aprendizaje, de enseñanza, de investigación y de divulgación de pensamiento, del arte y del saber. También la norma contenida en el inciso IV, que prevé la gratuidad de la enseñanza pública en los establecimientos oficiales, no reclama cualquier acto de mediación legislativa, generando un derecho subjetivo a la gratuidad (no cobro) de la enseñanza pública. Se percibe, por tanto, que en el ámbito de un derecho general a la educación existen diversas posiciones fundamentales de naturaleza jurídico-subjetiva.

El artículo 208 CRFB asegura la enseñanza fundamental obligatoria y gratuita, incluso para los que no tuvieron acceso en su momento (edad apropiada, inc. I). Más allá de eso, en su apartado 1 prescribe que «el acceso a la enseñanza obligatoria y gratuita es un derecho público subjetivo». Además, en el apartado 2 está prevista la posibilidad de responsabilizar a la autoridad competente por la falta de prestación de una oferta regular de enseñanza obligatoria gratuita, responsabilidad ésta que también puede ser atribuida a los padres y responsables (art. 227 CRFB), estableciéndose una serie de acciones estatales y sociales en este sentido, así como un número significativo de decisiones judiciales. Es justamente con apoyo en esta constelación normativa que importantes sectores de la doctrina se posicionan favorablemente al reconocimiento de un derecho subjetivo individual a una plaza en un establecimiento oficial en el ámbito de la enseñanza obligatoria y gratuita, lo que el Supremo Tribunal Federal también reconoce recientemente con respecto al derecho de los niños de cero a seis años de edad de acceso a una guardería dispuesta por el poder público, con base en lo dispuesto en el artículo 208.IV CRFB (Diário de Justiça, de 3 de septiembre de 2009).

6.2.3. El derecho a la vivienda

Aunque ya hubo referencias anteriores en la Constitución sobre la vivienda, su inclusión como derecho fundamental propiamente dicho sucedió sólo por medio de la enmienda constitucional en el año 2000, retraso que en parte se atribuye a las resistencias de Brasil en relación a los diversos aspectos regulados en los instrumentos internacionales sobre la materia. Ac-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tualmente, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, prevalece la comprensión de que se trata de un derecho fundamental, de fuerte contenido existencial y que ha sido incluso comprendido como un derecho de personalidad, por lo menos en aquello en que es vinculado a la propia dignidad de la persona humana y a las condiciones para el pleno desarrollo de su personalidad. En lo concerniente a su contenido, existe consenso sustancial en que el derecho a la vivienda no se confunde con el derecho de propiedad, registrándose, de otra parte, el esfuerzo legislativo y jurisprudencial en el sentido de recibir y, en algunos casos, adecuar al contexto interno, los criterios materiales desarrollados en el ámbito del sistema internacional.

En su condición como derecho de defensa (negativo) la vivienda se encuentra protegida contra la violación por parte del Estado y de los particulares, en el sentido de prohibirse que una persona sea privada arbitrariamente y sin alternativas de una vivienda digna. En este contexto, destaca la legislación que prohíbe el embargo del llamado bien de familia, considerándose como tal el inmueble que sirve de vivienda al deudor y a su familia (Ley 8009/1990, art. 3). Tanto los Tribunales ordinarios provinciales y federales como el Superior Tribunal de Justicia (que no se confunde con el Supremo Tribunal Federal, pues opera como instancia definitiva en la interpretación del derecho infraconstitucional) han dictado un número significativo de decisiones, de las cuales buena parte son favorables a la protección de la vivienda. Un caso bastante polémico y que atañe a la constitucionalidad de las excepciones legales es la regla general de la inembargabilidad del único inmueble residencial. Aunque hasta hace poco tiempo un gran número de decisiones, especialmente de Tribunales ordinarios, consideró inconstitucional la previsión legal que permite el embargo del inmueble del fiador en contratos de arrendamiento, el Supremo Tribunal Federal, en una decisión relativamente reciente (febrero de 2006), ha reconocido la compatibilidad del embargo con el derecho a la vivienda, afirmando que es necesario asegurar el acceso a la vivienda por medio de oferta de inmuebles para ser alquilados, más aún cuando el bien haya sido libremente dado en garantía. Es preciso recordar que la propia CRFB, en su artículo 5.XXVI, asegura la inembargabilidad de la pequeña propiedad rural trabajada por la familia, además de imponer al Poder Legislativo la creación de medios de financiación de la propiedad rural productiva.

En el ámbito de lo que se podría denominar dimensión prestacional del derecho a la vivienda y de su concreción por el Poder Legislativo y por la Administración Pública, uno de los instrumentos más importantes, que apenas ahora está siendo objeto de regulación e implementación gradual, es la Ley 10.257, de 10 de junio de 2001, denominada «Estatuto de la Ciudad»,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que tiene como principal meta dar efectividad a las directrices constitucionales en materia de política urbana y que ha contribuido a difundir la idea de un verdadero derecho a la ciudad. Dentro de los instrumentos previstos en el Estatuto, se destacan los siguientes: a) las operaciones urbanas consorciadas, en que el poder público y los particulares actúan de forma conjunta, «con el objetivo de alcanzar en un área transformaciones urbanísticas estructurales, mejorías sociales y valorización ambiental»; b) el estudio de impacto de vecindad (EIV), cuyo contenido mínimo está previsto por el artículo 37 de la Ley y que tiene por meta verificar los aspectos positivos y negativos de la actividad que se pretenda desarrollar sobre la calidad de vida de la población residente en el área y en las proximidades, quedando a disposición para la consulta de cualquier interesado, junto al órgano municipal competente; c) la usucapión colectiva de las áreas urbanas ocupadas por la población de baja renta y en las cuales no sea posible la individualización de los terrenos, siendo declarada judicialmente y constituyendo, a partir de entonces, condominio indivisible, con el establecimiento de la propiedad de una fracción para cada individuo (art. 10).

6.3. GARANTÍAS

Los derechos fundamentales sociales de la CRFB se encuentran asegurados por un conjunto de garantías constitucionales expresas e implícitas, que han sido objeto de amplia discusión doctrinal y jurisprudencial. De entre tales garantías destacan, en primera línea, la afirmación de la aplicabilidad inmediata (directa) de las normas de derechos fundamentales y la inclusión de los derechos sociales en el elenco de los límites materiales en la reforma constitucional.

En lo que señala como primera garantía, que caracteriza al régimen jurídico de los derechos fundamentales, la doctrina mayoritaria (y, de modo general, también jurisprudencia expresa) reconoce que también los derechos sociales están sujetos al régimen establecido por el artículo 5 CRFB, que estipula que las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son directamente aplicables, en otras palabras, que no dependen para el reconocimiento de sus efectos jurídicos y para su aplicación de una intermedación (reglamentación) por los órganos legislativos. En términos generales, tal comprensión ha servido como fundamento para un creciente número de acciones judiciales, resultando incluso en innumerables casos, el reconocimiento por el Poder Judicial y mediante petición de particulares, organizaciones sociales, Ministerio Público y Defensorías Públicas, de derechos subjetivos negativos y positivos (también llamados de derechos de defensa y derechos a prestaciones, de acuerdo con la tradición alemana) en materia de derechos

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sociales, como bien demuestran los diversos ejemplos ya citados en el campo de los derechos a la salud, educación y vivienda, pero que también abarcan cuestiones respecto a la tutela ambiental, asistencia y previsión social, protección a la infancia y juventud y legitimación de acciones afirmativas, entre otros. De otra parte, la efectividad del artículo 5 CRFB se encuentra vinculada con los instrumentos procesales, las estructuras organizacionales y el sistema de control de constitucionalidad, que integran el conjunto de las garantías y sobre los cuales nos manifestaremos más adelante.

Otra importante garantía reside en el entendimiento mayoritario de que los derechos sociales son protegidos contra una supresión y erosión (en el sentido de una tutela del núcleo esencial de los principios y derechos fundamentales) por el poder de reforma constitucional a fuerza de una interpretación necesariamente extensiva del artículo 60 CRFB, donde están establecidos los límites materiales a la reforma constitucional.

A partir de la influencia de la doctrina constitucional extranjera, sobre todo portuguesa y española, la doctrina brasileña, y paulatinamente también la jurisprudencia, viene reconociendo la vigencia, en cuanto garantía constitucional implícita, del principio de prohibición de retroceso social, para impedir que el legislador ordinario, por la derogación o alteración de la legislación infraconstitucional, desconsidere o afecte gravemente el grado de concreción ya atribuido a un determinado derecho fundamental, traducéndose, con ello, en una violación a la propia CRFB. No se está hablando aquí de una alteración del texto constitucional (objeto de protección específica mediante los límites formales y materiales al poder de reforma constitucional), se trata de la protección contra actos que, bajo una aparente legalidad, chocan con el ámbito de garantía ya hecho efectivo de los derechos fundamentales, y de los derechos sociales en especial, hipótesis que, por eso, podrá ser siempre impugnada judicialmente, a fin que sea declarada inconstitucional. La prohibición de retroceso social se vincula también al principio de seguridad (consagrado, entre otros, por la capa de protección prevista en los arts. 5 y 6 CRFB, además del propio Preámbulo), que asegura la protección de la confianza del individuo y de la sociedad en el orden jurídico, y de modo especial en el orden constitucional, en el sentido de resguardo de cierta estabilidad y continuidad del y en el Derecho, especialmente en la preservación de un núcleo esencial de los derechos sociales. El principio de la prohibición de retroceso también ha sido vinculado a la obligación de implementación progresiva de los derechos sociales, tal y como prevé el Derecho internacional. De cualquier modo, la necesidad de adaptación de los sistemas de prestaciones sociales a las constantes transformaciones de la realidad no pueden justificar el desacuerdo entre los niveles de protección ya

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

alcanzados con determinado derecho fundamental social y la legislación reguladora que los defiende, siendo reconocido como inconstitucional.

Más allá de esos instrumentos, la protección otorgada por la CRFB a los derechos fundamentales también se da por medio de un complejo sistema de control de constitucionalidad, además de una serie de acciones constitucionales y de la previsión de instituciones específicas para la defensa de la sociedad (Ministerio Público), de las personas necesitadas (Defensoría Pública) y del propio Estado (Abogacía Pública).

El sistema de control de constitucionalidad brasileño es mixto, o sea, se admite el control difuso y el control concentrado de la constitucionalidad. A partir de la influencia norteamericana, se instituyó en el ámbito de la primera Constitución de la República (1891) el control difuso de la constitucionalidad, que puede ser ejercido por cualquier juez y en todos los grados de jurisdicción, asegurándose así la discusión amplia de la materia constitucional. La decisión final sobre el alegato de inconstitucionalidad, con todo, permanece a cargo del Supremo Tribunal Federal, que, por la vía del llamado recurso extraordinario (art. 102.III CRFB) decide la cuestión en los límites del proceso, esto es, de modo concreto y con efectos sólo *inter partes*. La atribución de efectos *erga omnes* a ese tipo de decisiones depende de un acto del Senado Federal que, por medio de resolución, suspende la eficacia de la ley. De acuerdo con la evolución más reciente, la propia jurisprudencia atribuye efectos *erga omnes* y eficacia vinculante a las decisiones proferidas en el ámbito del control difuso e incidental (concreto) de constitucionalidad, especialmente cuando han sido dictadas por la mayoría absoluta de los jueces integrantes del Tribunal. Al lado del sistema difuso, se encuentra vigente también el control concentrado de la constitucionalidad, en que la decisión del Supremo Tribunal Federal se da en abstracto y con efectos *erga omnes*, en los procesos llamados «objetivos», exactamente porque no discuten el proceso individual y concreto, pero (sí) la contraposición entre el acto cuestionado y la CRFB. Más allá de la acción directa de inconstitucionalidad del tratado o ley federal y la acción de inconstitucionalidad por omisión (muy poco utilizada), el sistema de control concentrado fue desarrollado desde 1988 y hoy cuenta también con la acción directa de constitucionalidad y el examen de incumplimiento del precepto constitucional. La Enmienda Constitucional n° 45/2004 acrecentó las decisiones definitivas en las acciones declaratorias de constitucionalidad y de inconstitucionalidad (el denominado efecto vinculante), volviéndose así de obligatoria observancia para todos los demás órganos del poder judicial, así como para la Administración Pública, en todas las esferas de la federación (art. 102.2 CRFB).

Además, la CRFB prevé procedimientos específicos para la salvaguarda

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de la esfera de protección individual y colectiva, que han sido utilizados en la defensa de derechos fundamentales sociales. En términos de acciones individuales relevantes en materia de derechos sociales, se destacan las garantías previstas en el artículo 5: a) el mandato de seguridad, para la tutela de lesión o amenaza de lesión al derecho incontestable, esto es, aquel que goza de prueba pre-constituida (inc. LXIX); b) el mandato de cumplimiento, dirigido a la tutela judicial supletoria, que posibilita el ejercicio de los derechos fundamentales cuando no existe desarrollo legal de la Constitución o en los casos de omisión de providencias normativas por parte de la Administración Pública (inc. LXXI); y c) la acción popular, por medio de la cual cualquier ciudadano puede requerir la anulación del acto lesivo al patrimonio público, la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural (inc. LXXIV). En términos de acciones colectivas, la CRFB también extendió el rol de las garantías constitucionales, previendo la posibilidad de que partidos políticos, organizaciones sindicales, entidades de clase o asociaciones realizaran mandatos de seguridad colectiva (inc. LXX), más allá de fijar, como atribución institucional del Ministerio Público (lo que no excluye la legitimidad activa de otras entidades, art. 129.I), el enjuiciamiento de acción civil pública, «para la protección del patrimonio público y social, de medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos» (art. 129.III).

Cabe señalar, a título de conclusión de ese brevísimo resumen, el relevante papel atribuido por la CRFB a las llamadas «Funciones esenciales a la Justicia», tales como el Ministerio Público (arts. 127 a 130-A), la Abogacía Pública (arts. 131 y 132) y la Defensoría Pública (arts. 133 a 134), todas ellas actuando preventivamente y represivamente por el Poder Judicial. Al Ministerio Público le fueron atribuidas las funciones de representación de la sociedad, la promoción privativa de la acción penal pública y un importantísimo papel en la tutela de los derechos e intereses difusos y colectivos, incluyendo los derechos e intereses de las poblaciones indígenas, incluso delante de los poderes públicos (art. 129.I, II, III y V). A la Abogacía Pública le fue otorgada la función de representación judicial y extrajudicial del Estado, lo que incluye un relevante papel preventivo de consultoría jurídica y control interno, sobre todo en cuanto a la viabilidad de políticas públicas y la implementación de derechos fundamentales. La Defensoría Pública, finalmente ha asumido la función de orientar jurídicamente la defensa de los necesitados, concretando, ya en el texto constitucional, la garantía de asistencia jurídica integral y gratuita otorgada por el artículo 5. LXXIV CRFB, destacándose su actuación en materia de derechos sociales, especialmente en el ámbito de los derechos a la salud y a la vivienda. La legislación infraconstitucional, recientemente aseguró a la Defensoría Pública la legitimación activa para

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

iniciar la acción civil pública y actuar más directamente en la tutela de los intereses colectivos y difusos, aunque existe una acción presentada por la Confederación Nacional del Ministerio Público cuestionando la constitucionalidad de la legitimidad de la Defensoría Pública en estos casos, materia aún pendiente de sentencia por el Supremo Tribunal Federal.

7. COLOMBIA*

7.1. CONSTITUCIÓN

7.1.1. Antecedentes constitucionales

La Constitución de 1886, que rigió más de cien años en Colombia, no consagraba derechos sociales, sólo libertades civiles. La reforma constitucional de 1936 introdujo la enseñanza gratuita y obligatoria en las escuelas del Estado hasta el grado que determinara la ley (art. 14). Además estableció la asistencia pública como función del Estado y ordenó prestarla a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estuvieren físicamente incapacitados para trabajar (art. 16). Dicha reforma erigió el trabajo como obligación social, le otorgó especial protección del Estado (art. 17) y garantizó el derecho de huelga (art. 20). El plebiscito de 1957 ordenó al Gobierno Nacional invertir no menos del diez por ciento (10 %) de su presupuesto general de gastos, en la educación pública. Colombia no consagraba antes de la expedición de la Constitución de 1991 derechos sociales diferentes a los mencionados.

7.1.2. El texto constitucional de 1991

La gran deuda social con la población fue reconocida por el Constituyente de 1991, quien en la consagración de una amplia carta de derechos incluyó derechos sociales, económicos y culturales en el Título I Capítulo 2 de la Carta Política. Es así como los derechos sociales se encuentran regulados en la actual Constitución en sus artículos 46, 47 y 48 (Seguridad Social), 49 (salud), 51 (vivienda), 53 a 55, 57 (trabajo)³³⁵ y 67 a 69 (educación)³³⁶.

* Por Rodolfo ARANGO.

335. El derecho de huelga, si bien es un derecho que hace parte de los derechos laborales, no es un derecho social sino como derecho de libertad. Para la distinción entre derechos sociales como derechos de prestación y derechos de libertad, ver ARANGO, 2005, pp. 37-58.

336. El Constituyente colombiano no diferencia entre los derechos sociales y los económicos o los culturales. Comparte así la confusión conceptual presente en la doctrina internacional y nacional sobre el tema. Derechos como el acceso al deporte, a la recreación (art. 52) y a la cultura (art. 70) son derechos culturales, los que no deberían ser agrupados con los derechos sociales. Lo mismo vale para los derechos

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Adicionalmente, el derecho innominado al mínimo vital [*infra*, 7.1.2.] ha sido derivado de los principios de Estado social de derecho, dignidad humana y solidaridad social (art. 1), en concordancia con los derechos a la vida (art. 11), a la salud (art. 49) y al trabajo (53)³³⁷.

Los derechos sociales no están incluidos en el Título I, capítulo 1 «De los derechos fundamentales». Esto lleva a algunos a pensar que tales derechos no son derechos fundamentales³³⁸. No obstante, el constituyente colombiano de 1991 no acogió un criterio formal para la identificación de los derechos constitucionales fundamentales. La Corte Constitucional lo precisó al adoptar desde muy temprano³³⁹ un criterio material para determinar cuándo un derecho constitucional es fundamental³⁴⁰. Ello ha permitido que se reconozca carácter fundamental a los derechos sociales, sea directamente o por conexidad con otros derechos fundamentales³⁴¹.

Los derechos sociales incluidos en el texto constitucional tienen diversos alcances y características que se enuncian a continuación. Para conocer el desarrollo pormenorizado de cada uno de estos derechos, es indispensable el estudio de la jurisprudencia constitucional.

A. La Seguridad Social

Los artículos 46, 47 y 48 de la Constitución consagran el derecho a la

económicos a la propiedad privada (art. 58) y a las donaciones (art. 62). La dogmática constitucional y de derecho de los derechos humanos está en mora de una construcción analítica y diferenciada de las diferentes categorías de derechos con miras a asegurar su plena realización. Sólo se justifica hablar de derechos sociales, económicos y culturales (presuntamente sólo prestaciones) bien sea para contrastarlos injustificadamente con los civiles y políticos (presuntamente sólo de abstención). En contra de tal distinción ver ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 19-36.

337. Para un estudio sobre el desarrollo jurisprudencial del derecho al mínimo vital, ver ARANGO y LEMAITRE, 2002, en especial pp. 11-22.

338. Sobre el rechazo de los derechos sociales como derechos fundamentales, ver CHINCHILLA HERRERA, 1992, pp. 89-94.

339. Sentencia T-002 de 1992. Dijo la Corte en esta su segunda Sentencia: «El hecho de limitar los derechos fundamentales a aquellos que se encuentran en la Constitución Política bajo el título de los derechos fundamentales y excluir cualquier otro que ocupe un lugar distinto, no debe ser considerado como criterio determinante sino auxiliar, pues él desvirtúa el sentido garantizador que a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos otorgó el constituyente de 1991».

340. La relevancia práctica de la distinción radica en que los derechos fundamentales gozan de protección constitucional por vía de la acción de tutela (art. 86), mientras que los derechos no fundamentales carecen de tal garantía.

341. La tesis de la conexidad, simplícidamente, sostiene que un derecho constitucional no fundamental puede adquirir el carácter de fundamental cuando su no reconocimiento judicial inmediato lleva necesariamente a la vulneración de un derecho fundamental *per se*, como cuando si no se protege la salud en circunstancias específicas (p. ej. de alto riesgo) se vulneraría el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Seguridad Social. El primero se refiere a la Seguridad Social integral y al auxilio alimentario que deben prestarse por el Estado a las personas de la tercera edad en situación de indigencia. El segundo atañe exclusivamente a la obligación del Estado de adelantar una «política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos», a quienes se debe prestar la atención especializada que requieran. Finalmente, el tercer artículo citado reconoce el derecho a la Seguridad Social en general y precisa sus elementos constitutivos. El derecho social a la Seguridad Social presenta así las siguientes características: a) es un servicio público obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción «a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley»; b) es un derecho irrenunciable cuya titularidad la tienen todos los habitantes del país. La regulación constitucional de la Seguridad Social incluye además la obligación de ampliar progresivamente la cobertura de la Seguridad Social y permitir la participación de los particulares en ello; la posibilidad de una prestación por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; y la prohibición de que los recursos para las instituciones de la Seguridad Social sean desviados hacia otros fines diferentes a ella.

Por su parte, el Acto Legislativo 1 de 2005 reformó la Constitución y, en particular, el derecho a la Seguridad Social en materia pensional. La reforma garantiza que: a) las pensiones mantengan su poder adquisitivo; b) sean oportunamente pagadas; c) se respeten los derechos adquiridos en caso de reforma; d) su monto no sea inferior al salario mínimo legal mensual vigente; e) el sistema pensional sea sostenible financieramente. Además se prohíbe que: a) existan regímenes pensionales especiales, salvo contadas excepciones para miembros de la fuerza pública y el Presidente de la República; b) se perciban más de trece mesadas pensionales al año; c) a partir del 31 de julio de 2010 se causen pensiones superiores a veinticinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública; d) se pacten condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno. La reforma constitucional a la Seguridad Social en 2005 incluye disposiciones transitorias tendientes a unificar el régimen pensional a partir del año 2010.

B. La salud

El artículo 49 constituye el fundamento constitucional del derecho a la salud. En él se erige el derecho a la salud en un servicio público a cargo del Estado. Se garantiza igualmente el acceso universal a los servicios de salud a

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

todas las personas. El servicio de salud puede ser prestado por particulares, pero su organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado «conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad». La organización de los servicios de salud debe ser, por mandato constitucional, descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley establece los eventos en los cuales la atención básica es universal con el carácter de gratuita y obligatoria. La citada disposición coloca, además, en cabeza de toda persona «el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad». Un caso especial del derecho a la salud se encuentra regulado en el artículo 50 de la Carta Política que reconoce a todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de Seguridad Social, un derecho subjetivo a «la atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado».

C. La vivienda

De conformidad con el artículo 51 de la Constitución, «todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna». No obstante el reconocimiento a nivel constitucional del derecho a la vivienda, el constituyente deja en manos del legislador la fijación de «las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho», debiendo promover «planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda».

D. El trabajo

Si bien el artículo 53 de la Constitución ordena la expedición de un estatuto del trabajo, tres lustros después de adoptada la reforma política el Congreso de la República no ha expedido tal estatuto. En dicho estatuto, de todas formas, deben respetarse los siguientes principios mínimos fundamentales, de rango constitucional: la igualdad de oportunidades para los trabajadores; la remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la estabilidad en el empleo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; las facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; la garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; la protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Adicionalmente, la disposición constitucional comentada incorpora los

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados a la legislación interna, y advierte que «la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores». El Estado tiene, por otra parte, la obligación constitucional de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran; propiciar la creación de fuentes de trabajo a los desempleados en edad de trabajar; y de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud (art. 54). Por último, los artículos 55 y 56 de la Carta Política garantizan el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga (salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador), respectivamente.

E. La educación

El derecho a la educación es reconocido en la Constitución como un derecho de toda persona y un servicio público con función social. Los artículos 67 a 69 regulan lo concerniente a su finalidad; grado de gratuidad y obligatoriedad (entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica); posibilidad del cobro de derechos académicos incluso en las instituciones del Estado a quienes puedan sufragarlos; a la inspección y vigilancia de la educación; y prestación descentralizada de conformidad con lo establecido en la ley (art. 67). Se reconoce también a los particulares el derecho a fundar establecimientos educativos, siendo obligatoria la participación de la comunidad educativa en su dirección, y a los padres de familia el derecho a escoger el tipo de educación para sus hijos menores. Se prohíbe, por lo demás, que en los establecimientos del Estado la educación religiosa sea obligatoria, y se garantiza a los integrantes de los grupos étnicos el derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural. El Estado tiene, en materia educativa, las obligaciones adicionales de erradicar el analfabetismo y garantizar educación especial a personas con limitaciones o capacidades excepcionales (art. 68). La autonomía universitaria es garantizada en el texto constitucional, a nivel público como particular, debiendo el Estado fortalecer la investigación científica y facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior (art. 69).

F. El mínimo vital

El derecho fundamental innominado al mínimo vital fue reconocido por la Corte Constitucional mediante una interpretación lógico-sistemática y finalista del texto constitucional en la sentencia T-426 de 1992³⁴². Sostuvo la

342. Se trataba de un caso de una persona de 69 años de edad, sin recursos económicos, que luego de haber solicitado la sustitución pensional, no había obtenido respuesta alguna de la entidad pública de Seguridad Social encargada del reconocimiento y

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Corte en esa ocasión: «Aunque la Constitución no consagra un derecho a la subsistencia éste puede deducirse de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo, y a la asistencia o a la Seguridad Social». Y, a continuación, precisó que «el Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la Seguridad Social y los escasos medios dineros para desenvolverse en sociedad». A partir de ese momento, ha tenido lugar una amplia y vasta jurisprudencia sobre el tema que abarca la exigibilidad, por vía de la justicia constitucional, del derecho al mínimo vital en las siguientes materias: pago de salarios, pensiones y prestaciones sociales; acceso a la salud; protección a personas en situación de indigencia, de desplazamiento o de privación de la libertad; protección especial a mujeres embarazadas o después del parto³⁴³.

7.2. DOCTRINA

La discusión en torno a los derechos sociales, desde la perspectiva constitucional y no meramente legal, ha abarcado cuatro temas: concepto, exigibilidad judicial, dimensión política y protección nacional e internacional. Desde un enfoque más amplio, la discusión sobre los derechos sociales es abordada en Colombia por economistas³⁴⁴, sociólogos³⁴⁵ y politólogos³⁴⁶. Diversos análisis puntuales sobre los distintos derechos sociales pueden consultarse para los derechos al trabajo³⁴⁷, a la salud³⁴⁸, a la Seguridad Social³⁴⁹, a la educación³⁵⁰ y al mínimo vital³⁵¹.

pago de la prestación social. El interesado elevó acción de tutela contra la entidad pública omisiva por violación de su «derecho a la subsistencia». La Corte Constitucional brindó protección constitucional al afectado por desconocimiento del derecho fundamental a un mínimo vital que «es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social, y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución».

343. Para una exposición detallada del desarrollo jurisprudencial sobre el tema, *Vid.* ARANGO y LEMAITRE, 2002.

344. Ver, entre otros, SOTELO, 2000; GARAY y RODRÍGUEZ, 2005; y PÉREZ, RODRÍGUEZ y UPRIMNY, 2007.

345. Ver, entre otros, SANTOS y GARCÍA-VILLEGAS, 2001; y GARCÍA-VILLEGAS, 2006, pp. 201-234.

346. Ver, entre otros, SAFFON, 2007; y RODRÍGUEZ, 2007.

347. Ver RODRÍGUEZ, 2001.

348. ARBELÁEZ, 2002; PARRA, 2003; y PAREDES, 2003.

349. CÁRDENAS, 2004.

350. GARAY y RODRÍGUEZ, 2005, pp. 47-96.

351. ARANGO y LEMAITRE, 2002.

7.2.1. Un concepto adecuado de los derechos sociales

El debate teórico jurídico en torno a la naturaleza de los derechos sociales se ha movido tradicionalmente entre dos extremos: el de aquellos que niegan su naturaleza de derechos subjetivos y aquellos que defienden su carácter de derechos subjetivos y fundamentales. En el primer grupo están aquellos que ven los derechos sociales como meras aspiraciones (*manifesto-rights*³⁵²) en contraste con los derechos subjetivos (*claim-rights*), así como quienes consideran que los derechos sociales son meras normas objetivas o mandatos dirigidos al legislador para que, en la medida de las posibilidades, sean reconocidos a nivel legal³⁵³. En el segundo grupo hay quienes defienden los derechos sociales a partir de la igual importancia de los derechos básicos a la seguridad y a la subsistencia³⁵⁴, quienes rechazan la distinción entre derechos civiles y sociales como asunto ideológico³⁵⁵ y quienes no ven problemas en su diversa estructura³⁵⁶ para efectos de ser reconocidos como verdaderos derechos fundamentales.

Definidos los derechos subjetivos como posiciones normativas basadas en razones válidas y suficientes cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a su titular³⁵⁷, los derechos sociales pueden perfectamente ser concebidos como derechos subjetivos de prestación³⁵⁸. La anterior concepción de los derechos sociales tiene una óptima aplicación mediante un ordenamiento jurídico que establece garantías constitucionales para tutelar derechos fundamentales cuando su no protección inmediata conlleva ocasionar un perjuicio irremediable a la persona³⁵⁹.

352. FEINBERG, 1973, pp. 64, 66-67.

353. BÖCKENFÖRDE, 1997, pp. 155-157.

354. MICHELMAN, 1979; SHUE, 1980; NINO, 1993; MELLO, 2004, pp. 134-143; y SARLET, 2007, pp. 317-385.

355. PECES-BARBA, 1998; CEPEDA, 2007, p. 138.

356. ALEXY, 1991; ARANGO, 1997.

357. ARANGO, 2005, p. 298.

358. ALEXY, 1991, pp. 482-501; ARANGO, 2005, pp. 329-337.

359. Reza el art. 86 de la Constitución colombiana: «Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. [...] Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión».

7.2.2. Exigibilidad judicial de los derechos sociales

La doctrina nacional e internacional de influencia liberal ha tendido a rechazar la posibilidad de hacer exigibles los derechos sociales por vía de los jueces constitucionales. Tres objeciones se elevan contra dicha posibilidad: una cognitiva, una metodológica y una funcional. La objeción cognitiva supone que los derechos liberales son de abstención y su violación puede ser verificada por el juez al identificar y evaluar la actuación lesiva de la esfera de libertad por la acción estatal. La violación de los derechos sociales no podría, según tal concepción, ser constatada racionalmente por provenir de una omisión. La objeción metodológica tiene estrecha relación con la anterior. El juez constitucional, en caso de violación de derechos liberales, hace un análisis de la afectación a los ámbitos de protección del derecho y concluye sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad. El juez no tendría, según este enfoque, mecanismo racional alguno para determinar el vínculo causal entre la omisión y el perjuicio o daño infligido en el caso de los derechos sociales. Finalmente, la objeción funcional atañe a lo presuntamente antidemocrático que resulta reconocer derechos sociales por parte de los jueces dada la indeterminación de prestaciones y obligados, indeterminación que sólo podría resolver el legislador. Además, el reconocimiento de derechos sociales fundamentales supondría altos costos cuyo cubrimiento requiere recursos materiales suficientes que sólo podrían ser decididos, en un régimen democrático, por el máximo órgano de representación popular, el Congreso de la República.

Todas las objeciones arriba mencionadas pueden ser desvirtuadas mediante una adecuada concepción de los derechos sociales como derechos subjetivos. No sólo actuaciones sino también omisiones pueden ser causa de violación a los derechos fundamentales. Los jueces constitucionales pueden reconocer de forma racional, objetiva y controlable la afectación injustificada e indebida de derechos sociales fundamentales. Por último, la reserva del déficit democrático, que teme vernos destinados a vivir bajo un Estado judicial y totalitario, se desmorona cuando se observa que los derechos sociales garantizan mínimos para la existencia digna³⁶⁰ que no están a disposición de las mayorías³⁶¹, no atentan contra el equilibrio económico ni las competencias de otras autoridades públicas, y los derechos de libertad también implican altos costos para su aseguramiento³⁶².

360. SARLET, 2007, p. 392.

361. ALEXY, 1991, pp. 494-496.

362. Para una exposición más extensa de la refutación de tales objeciones, ver ARANGO, 2003, pp. 141-154; ARANGO, 2004, pp. 113-141; y UPRIMNY, 2006.

7.2.3. Dimensión política de los derechos sociales

Para algunos, los derechos sociales son ejemplo de un uso meramente simbólico del derecho constitucional para apuntalar la legitimidad del régimen jurídico, más que para incluir efectivamente a los excluidos de los beneficios de la vida en comunidad³⁶³. Una posición menos escéptica frente a los derechos sociales fundamentales es aquella que los identifica con un discurso y una actuación judicial emancipatoria³⁶⁴, contra-hegemónica³⁶⁵ o de resistencia constitucional³⁶⁶, sin caer en el extremo de negar las limitaciones ante el fenómeno de la globalización económica. Un tercer grupo de teóricos resalta que el reconocimiento de derechos sociales por vía de la respuesta a demandas ciudadanas ahonda la democracia participativa y deliberativa³⁶⁷.

7.2.4. Protección nacional e internacional de los derechos sociales

El sistema jurídico colombiano otorga un lugar de privilegio al Derecho internacional de derechos humanos al incorporarlo, por mandato constitucional³⁶⁸ al orden jurídico interno. Tan favorable situación a nivel positivo ha permitido que la Corte Constitucional aplique el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o los Principios Rectores del Desplazamiento Interno Forzado, entre otras normas, en la resolución de asuntos de control constitucional abstracto y concreto que comprometen derechos sociales fundamentales. De igual manera, a nivel regional, en virtud del artículo 93 de la Constitución, protege los derechos sociales mediante la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos («Protocolo de San Salvador»).

7.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Una descripción pormenorizada del desarrollo legislativo de los distintos derechos sociales es imposible en este lugar por razones de espacio. Por ello

363. GARCÍA-VILLEGAS, 2006.

364. GARCÍA y UPRIMY, 2002.

365. SAFFON, 2007; y RODRÍGUEZ, 2007.

366. ARANGO, 2004, p. 71.

367. GARGARELLA, 2007, pp. 377 ss.; y ARANGO, 2003 y 2004, p. 78.

368. El art. 93 de la Constitución establece en sus incisos 1 y 2 lo siguiente: «Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

me limitaré a mencionar las leyes vigentes más relevantes para cada uno de los derechos sociales, así como algunos desarrollos jurisprudenciales. Las sentencias constitucionales sobre derechos sociales fundamentales son una muestra del compromiso de los jueces con el Estado social de derecho (art. 1) y la realización integral de los derechos humanos.

De tiempo atrás el Código Sustantivo del Trabajo (Ley 141 de 1961) regulaba lo concerniente a la Seguridad Social, puesto que ésta dependía íntegramente de la existencia de una relación laboral: Quien no tuviera un contrato laboral formal, no gozaba de Seguridad Social. En desarrollo de los mandatos constitucionales de 1991, el legislador expidió la Ley 100 de 1993 que consagra el Sistema Integral de Seguridad Social. Tal normatividad regula diversas prestaciones como la Seguridad Social en salud, riesgos profesionales, pensiones, invalidez, vejez y muerte. El servicio público esencial de Seguridad Social debe prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación (art. 2). Sucesivas leyes y decretos desarrollan el sistema.

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la normatividad infra constitucional desde la óptica de los principios y derechos fundamentales. La sentencia SU-1023 de 2001 que aplicó la doctrina de la unidad de empresa para efectos de garantizar el pago a pensionados de una empresa en liquidación. Es éste el primer precedente que vincula en forma clara la responsabilidad de la compañía matriz por las actuaciones u omisiones de su subordinada en materia del respaldo económico para cubrir el pago de mesadas pensionales. De esta forma se intenta evitar que las subordinadas acaben en insolvencia para eludir el pago de las prestaciones sociales de los trabajadores. En otra sentencia, la SU-120 de 2003, la Corte ordenó la indexación de la primera mesada pensional con miras a proteger el poder adquisitivo del salario diferido de los trabajadores. Esta decisión hizo justicia parcial a los pensionados obligados a recibir una pensión devaluada en su poder adquisitivo luego de varios años de litigio hasta obtener su reconocimiento, al ordenar que las mesadas adeudadas al pensionado sean reajustadas para asegurar su capacidad real de compra. Dicha doctrina fue ratificada posteriormente en sentencia de constitucionalidad C-862 de 2006. Por otra parte, sucesivas sentencias de tutela del derecho al mínimo vital han protegido la Seguridad Social a miles de personas al ordenar el pago de pensiones y prestaciones sociales cuando la existencia digna de la persona se ve amenazada por el incumplimiento de los deberes sociales por parte del Estado o de los particulares (ST-426 de 1992, SU-995 de 1999). El derecho al mínimo vital cumple la función de aseguramiento de los derechos sociales fundamentales por vía del reconocimiento judicial.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El régimen de la Seguridad Social en salud³⁶⁹ adoptado por la Constitución de 1991 se sitúa entre dos tendencias: la realización del Estado social de derecho fundado en los principios de la dignidad humana y la solidaridad social, y la liberalización y privatización de la prestación del servicio público de la salud³⁷⁰, lo que supone un nuevo acuerdo político y social de cooperación entre el sector público y el privado para alcanzar las metas fijadas por el propio constituyente. Éste garantizó la universalidad del derecho a la salud y ordenó que la ampliación progresiva de su prestación se hiciera con la participación de los particulares³⁷¹. La Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan el servicio público de Seguridad Social en salud.

Una investigación realizada por el autor sobre el derecho a la salud y la justicia constitucional refleja los retos que enfrentan la sociedad y las instituciones políticas colombianas para su realización efectiva. Tales retos tiene que ver con el respeto a la vida, la integridad y la dignidad humanas en sistemas de prestaciones donde prima el ánimo de lucro. La posibilidad de acudir a la acción de tutela para evitar la vulneración del derecho fundamental a la salud ha permitido brindar protección especial a grupos discriminados o marginados y a personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, entre ellos a menores de edad; personas con pronóstico no favorable de curación; mujeres embarazadas o luego del parto; las minorías étnicas; adultos mayores; personas con discapacidad; enfermos de SIDA; personas privadas de la libertad; personas víctimas de desplazamiento forzoso; o, personas en situación de indigencia. La jurisprudencia constitucional ha servido igualmente para fijar el alcance del derecho fundamental a la salud mediante la delimitación de las obligaciones correlativas y sus titulares. Las sentencias constitucionales subrayan la corresponsabilidad que existe entre el titular del derecho, su familia, las entidades prestadoras del servicio, el patrono en caso de asalariados y el Estado, para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud. Ello porque la indefinición o falta de certeza sobre el alcance de los derechos y obligaciones de los actores sociales favorece su desconocimiento, lesiona los principios de reciprocidad, solidaridad y dignidad humana, y fractura el orden social. La Corte Constitucional como instancia de reflexión jurídico política ha servido como árbitro en la distribución de los beneficios

369. En 2001, el cubrimiento de población asegurada en materia de Seguridad Social en salud era en Colombia entre el 53 % al 57 % de la población, siendo significativo el avance con respecto al cubrimiento de menos del 20 % de la población en 1994. Con una población cercana a los 44 millones de habitantes, en 2004 se estima que del 43 al 47 % de la población, o sea, entre 19 y 21 millones de colombianos, no tiene asegurado el acceso a la Seguridad Social en salud.

370. Constitución Política, arts. 48.4 y 49.2, segunda oración.

371. Constitución Política, art. 48.3.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

y cargas del sistema de salud en caso de conflicto. También se ha ocupado de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad del diseño y funcionamiento del sistema de salud para garantizar el acceso de todos al mismo y su calidad.

Mediante Decreto-ley 1229 de 1972, el Gobierno de entonces estableció en Colombia un sistema de financiamiento de vivienda a largo plazo llamado de Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC). A finales de 1980 se cambió la forma de cálculo de la UPAC: la corrección monetaria del crédito ya no se hizo por el Índice de Precios al Consumidor (IPC), sino por la tasa promedio de los Depósitos a Término Fijo (DTF), lo que a la postre llevó a la quiebra de miles de ahorradores. Las sentencias de inconstitucionalidad del sistema de financiación para compra de vivienda a largo plazo C-700 de 1999 y C-747 de 1999, permitieron frenar el proceso de encarecimiento del crédito de vivienda con efectos expropiatorios suscitado, entre otras, por las elevadas tasas de interés y el cobro de intereses sobre intereses. La intervención de la Corte Constitucional llevó a la expedición de la Ley 546 de 1999, normatividad que sujetó los créditos hipotecarios al IPC. No obstante, varios bancos se negaron a reliquidar los créditos de vivienda de conformidad a lo ordenado por la justicia constitucional. Tal situación llevó a que recientemente la Corte Constitucional ordenará a las entidades de crédito terminar los procesos ejecutivos en contra de deudores morosos y reliquidar los créditos de vivienda de deudores morosos siguiendo los lineamientos establecidos en sentencias anteriores.

La legislación laboral se encuentra contenida en la Ley 141 de 1961 y sus sucesivas reformas, entre ellas la Ley 50 de 1990. Esta última flexibilizó las condiciones laborales en perjuicio de los trabajadores. La Ley 789 de 2002, por su parte, eliminó el pago de domingos y festivos y prolongó la jornada diurna de trabajo para reducir el pago extra de horas de trabajo nocturno, todo ello para combatir el desempleo. Algunos fallos constitucionales significativos en la materia incluyen, por ejemplo, la sentencia C-1064 de 2001 que ordenó la indexación de los salarios oficiales menores a dos salarios mínimos, de forma que el salario, ante el fenómeno de la inflación, como mínimo no pierda su poder adquisitivo. De esta forma se evitó que incluso los servidores públicos de inferiores ingresos en la escala salarial tuvieran que financiar el déficit fiscal del Estado con el ahorro estatal proveniente de no reajustar los salarios. La sentencia C-201 de 2002 garantizó la posibilidad de «huelga por solidaridad»³⁷². En esta decisión la Corte deja en

372. Un artículo del Código Sustantivo del Trabajo prohibía a los sindicatos promover la huelga salvo *en los casos de ser declarada de conformidad con la ley y de ser imputable al empleador*, por incumplimiento de las obligaciones *salariales* con sus trabajadores. La Corte afirmó que el ejercicio del derecho de huelga está protegido constitucionalmente en sus distintas modalidades o manifestaciones, entre ellas la denominada

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

claro que una causa de legitimidad de la declaratoria de huelga por trabajadores puede ser la decisión de apoyar a la huelga declarada por otro sindicato, de forma que se fortalecen las actitudes solidarias entre trabajadores sindicalizados. Desde hace más de un lustro la jurisprudencia de la Corte Constitucional protege a los trabajadores de la discriminación laboral al prohibir que, por ejemplo, la asignación de horas extras a los trabajadores se haga a favor de los no sindicalizados y para perseguir a los sindicalizados (SU-342 de 1995). La sentencia T-321 de 1999 condenó la práctica de la política empresarial de brazos cruzados, utilizada para forzar la renuncia de trabajadores de empresas privatizadas, por vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores. La sentencia T-568 de 1999 aplicó el bloque de constitucionalidad y reconoció el valor normativo de las decisiones de órganos de la OIT instituidos para la protección de los derechos del trabajador.

La Ley 30 de 1992 organiza el servicio de educación superior. La Ley 60 de 1993 estableció la distribución de los recursos para la prestación de los servicios sociales básicos, entre ellos la educación, pero dicha normatividad fue luego sustituida por la Ley 715 de 2001 que racionalizó dichos recursos educativos y estableció un nuevo reparto de competencias entre el gobierno central y los departamentos y municipios, debiendo estos últimos asumir la prestación del servicio. La Ley 115 de 1994 o «Ley General de la Educación» desarrolla el derecho a la educación y regula la estructura del sistema educativo colombiano. Pese a que la Constitución establece la universalidad de la educación pública y su obligatoriedad y gratuidad para quienes no cuentan con los recursos necesarios para acceder al servicio público de conformidad a lo establecido en la ley, en la práctica la posibilidad legal de exigir el cobro de matrículas, pensiones y demás servicios docentes a los estudiantes incentiva la deserción estudiantil por razones económicas, sobre todo en zonas rurales³⁷³. Por su parte, la jurisdicción constitucional ha impedido, entre otras, la suspensión del servicio educativo (incluso de preescolar) como consecuencia de la demora de los acudientes en el pago de las mesadas a entidades de educación particulares (T-356 de 2001). Esta decisión se funda en el carácter de servicio público de la educación, pero también en razones de equidad³⁷⁴. En relación con la protección a víctimas del desplazamiento forzado, la Corte ha ordenado dar prioridad en la asignación de cupos educativos a familias víctimas de la violencia (Decreto 2231 de 1989), con exoneración

huelga por solidaridad. En un fallo condicionado declaró constitucional la norma siempre que se entienda que ella no prohíbe la huelga por solidaridad, y declaró inexecutable la palabra «salariales».

373. GARAY y RODRÍGUEZ, 2005, pp. 53-77.

374. ARANGO, 2004, p. 206

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

ción total del pago de matrícula y pensión para niños que ingresen a la educación pública preescolar, de primaria y de secundaria, hasta el grado 9 y los 15 años de edad.

El derecho fundamental al mínimo vital es un derecho innominado de creación jurisprudencial (T-426 de 1992) que ha tenido un importante desarrollo. Con anterioridad al cambio constitucional de 1991, el incumplimiento salarial o pensional se veían como un asunto de justicia laboral ordinaria, cuya resolución no correspondía a la jurisdicción constitucional sino a la ordinaria. Mediante la adopción de la doctrina del mínimo vital, la Corte Constitucional estimó razonable que los derechos fundamentales afectados sean protegidos por vía constitucional cuando se presenta el no pago del salario, de la mesada pensional o del subsidio familiar a la mujer embarazada y estas prestaciones constituyen la única fuente de ingreso de la persona (SU-995 de 1999). La Corte Constitucional ha llegado incluso en sentencia C-776 de 2003 a declarar inconstitucional una reforma tributaria que pretendía adoptar una única tarifa de impuesto al valor agregado a todos los productos con fundamento en que tal medida desconocía el derecho fundamental al mínimo vital de los sectores más pobres de la población. De esta forma la Corte impuso un límite material (el mínimo vital) al poder impositivo del Estado en materia tributaria para salvaguardar los derechos sociales básicos. La Corte avanza así la tesis de que los derechos fundamentales no sucumben ante el cálculo utilitario de las variables macroeconómicas, sino que deben ser tenidos en cuenta por el legislador en el diseño e implementación de las políticas públicas.

7.4. GARANTÍAS

El constitucionalismo colombiano combina diferentes garantías para proteger los derechos sociales fundamentales. Ellas se sitúan a nivel nacional e internacional. Las garantías nacionales presentan tres dimensiones: política, social y judicial. Las garantías internacionales involucran al sistema internacional de protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito universal, principalmente con el Consejo Económico y Social y el Comité de Derechos Económicos y Culturales de las Naciones Unidas, como en el ámbito regional, con la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. A continuación se relacionan algunas estrategias para asegurar la garantía de los derechos sociales de nivel nacional. Estas estrategias combinan las dimensiones política, social y judicial. Son ellas la resistencia constitucional, de la democratización de la sociedad mediante la participación y el control judicial de las políticas públicas a partir del baremo crítico del nivel de cumplimiento de los derechos sociales³⁷⁵.

375. ARANGO, 2004, pp. 66-80.

7.4.1. Resistencia constitucional

Los procesos de ajuste estructural, flexibilización de la legislación laboral y tercerización de las relaciones de trabajo, expresión del avance incontrastado del proceso de globalización económica, exigen de una contrapartida en defensa de los derechos sociales fundamentales. Se requiere de una activa «resistencia constitucional» desde las máximas instancias judiciales. En Colombia, la Corte Constitucional ha ejercido la resistencia constitucional en sus decisiones en los siguientes casos: a) al condicionar la constitucionalidad de la norma legal sobre Comisiones Nacionales de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios a que se hiciera efectiva la participación de los usuarios de servicios públicos en dichas comisiones (SC-150 de 2003); b) al ordenar al Ministerio de Protección Social que en un plazo no superior a seis meses, diseñara, adoptara y ejecutara un programa que garantizara efectivamente los derechos de los trabajadores temporales (ST-1101 de 2001); c) al declarar la inconstitucionalidad del sistema de financiación para adquisición de vivienda a largo plazo (ver *supra*, 7.3); o, d) al proteger los derechos de desempleados vendedores ambulantes frente a las medidas administrativas de recuperación del espacio público (ST-883 de 2002).

7.4.2. Democratización de la sociedad mediante la participación

La eficacia de la reforma constitucional de 1991 depende del combate al pensamiento totalitario y a una creciente democratización de la sociedad por vía de la ampliación y el mejoramiento de los servicios de salud y de educación; la participación pluralista e igualitaria en los medios masivos de comunicación; el acceso masivo a la propiedad agraria y al crédito y, por sobre todo, la modernización de los partidos y movimientos políticos. La garantía de los derechos sociales debe ir de la mano de la construcción de una ética civil basada en los valores constitucionales. La pretensión de universalidad de ciertos valores que les permite servir, digámoslo así, de «cemento de la sociedad», es un componente central para cualquier organización política estable. El constitucionalismo moderno ha sabido traducir esa realidad al acoger una amplia gama de derechos fundamentales. Pero la consagración de dichos derechos a nivel constitucional debe ser acompañada de la movilización social. Los derechos humanos (liberales y sociales) sólo pueden convertirse en una realidad tangible si la población está dispuesta a salir a la calle para hacerlos respetar. La activa participación pública de la comunidad, en particular de grupos organizados como los deudores de vivienda, las comunidades indígenas y los sindicatos, incentiva la democratización y emancipación social³⁷⁶. El activismo judicial de la Corte Constitucional (contra lo

376. GARCÍA y UPRIMNY, 2002, pp. 298 y ss.

esperado por parte de sectores críticos con y escépticos del derecho) ha contribuido a la movilización contra hegemónica³⁷⁷ en defensa de los derechos sociales, con el consiguiente fortalecimiento de las redes sociales y la coordinación de sus estrategias de acción.

7.4.3. Control judicial de políticas públicas sociales

Una tercera estrategia que combina la acción política, social y judicial es el control judicial de las políticas públicas sociales diseñadas y ejecutadas por el legislativo y el ejecutivo. Dado que la realización de los derechos sociales requiere la ejecución de medidas de largo plazo, los movimientos sociales deben asumir el control de las políticas públicas diseñadas y desarrolladas para tal fin. La responsabilidad política (*political accountability*) por el incumplimiento en la adopción, diseño y ejecución de medidas necesarias para satisfacer las obligaciones sociales del Estado y de los particulares, puede ser efectiva si se acompaña de la exigibilidad judicial de los derechos sociales ante el grave incumplimiento. La justicia constitucional cumple una importante función de control de la razonabilidad de diseños institucionales y la ejecución de políticas públicas en el campo social, de forma que no baste al Estado pretextar que la ley o la administración son los encargados de asegurar los derechos sociales, económicos y culturales³⁷⁸. Baste aquí mencionar como ejemplo la sentencia T-149 de 2002 de la Corte Constitucional, mediante la cual se protegió el derecho a acceder en igualdad de oportunidades a un subsidio para personas mayores en situación de indigencia en un caso donde la administración no había suministrado la información adecuada necesaria para hacerse acreedor al subsidio³⁷⁹.

Las tres estrategias anteriormente expuestas sirven como indicativo de las posibilidades reales de un constitucionalismo social precario que, si bien no saca a las personas de la pobreza, sí señala una dirección política a la actuación pública y privada. Tal labor didáctica, heurística y crítica ofrece las bases iniciales de una constitución social para países víctimas de la marginación, la exclusión y la pobreza. De hecho, tales estrategias hacen parte de la

377. SAFFON, 2007, pp. 533 y ss.

378. ARANGO, 2004, p. 80.

379. En esta oportunidad la Corte sentó el precedente según el cual «la administración pública debe asegurarse de que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales se respete el debido proceso administrativo (art. 29 CP), el cual incluye no sólo la prohibición de privar de la prestación al actual beneficiario, sin sujeción al proceso debido establecido en las normas legales vigentes, sino también la exigencia de suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que éste tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

conciencia política y los criterios de legitimidad del ejercicio del poder público. Ello, aunque poco, es importante en tiempos de totalitarismos, extremismos y espejismos hoy en día muy en boga en Colombia y en el mundo.

8. ARGENTINA*

8.1. CONSTITUCIÓN

8.1.1. Antecedentes

La etapa más importante en la protección de los derechos sociales en Argentina se nutre (al igual que en el resto de Latinoamérica) de las influencias del constitucionalismo social europeo. Sin embargo, es preciso anticipar que ya con la aprobación del primer texto de la Constitución Nacional, en el año 1853, se establecieron un conjunto de declaraciones, derechos y garantías, como el derecho a la educación y al trabajo³⁸⁰ que conformarían la base de la protección de la persona humana en forma indirecta y que brindarían elementos para la constitución del Estado de Derecho en Argentina³⁸¹.

En el siglo XX, la protección de los derechos sociales fue ganando terreno a nivel normativo. A partir de 1946, se fueron reconociendo distintos derechos a los trabajadores, como el aguinaldo y la posibilidad de celebrar convenios colectivos de trabajo³⁸². Estos elementos sirvieron de base para la inclusión expresa de derechos sociales en la reforma constitucional de 1949, durante la presidencia de Juan Domingo Perón. Dicho reconocimiento benefició a las clases más bajas y abarcó los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y de la cultura, «y en un sentido totalmente vinculado a ellos, referencias a la función social de la propiedad, la intervención del Estado en la economía, la propiedad estatal sobre las fuentes de energía y los servicios públicos»³⁸³.

Como ejemplo de lo expuesto podemos señalar el artículo 40 de la Cons-

* Por Gastón PIERRI GONSEBATT, excepto el apartado 8.3.2.

380. Estos valores, que aparecen declarados en esa pieza magistral que es el Preámbulo de la Constitución, son la unidad, la justicia, la paz, la defensa común, el bienestar general y la libertad.

381. BIDART CAMPOS, 1976.

382. Esto fue reconocido por primera vez mediante una Resolución Administrativa de la Secretaría de Trabajo y Previsión. En 1953 se sancionó una Ley especial sobre Negociaciones Colectivas, n° 14.250, la cual reglamentó la forma, los alcances y los efectos de este tipo de contratación.

383. MECLE ARMIÑADA, 2001.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

titución de 1949, que establecía una concepción de economía nacional desde la perspectiva de la justicia social, al afirmar que «La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo [...] el Estado, mediante una ley podrá intervenir la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguarda de los intereses generales y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución [...] toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios».

La Constitución de 1949 rigió hasta el año 1955, cuando el gobierno peronista fue derrocado por la denominada «revolución libertadora»³⁸⁴, esta revolución derogó en el año 1957 la Constitución peronista, restaurando la misma al texto previo a las reformas del año 1949, e incorporó un nuevo artículo, el 14 bis, que recogió paradójicamente gran parte de los avances en derechos sociales incluidos en la Constitución de 1949. Tal artículo ha sido considerado por la doctrina como una «expresión formal [...] en su esquema mínimo del constitucionalismo social de 1949»³⁸⁵. Dicho artículo representó uno de los reconocimientos más importantes de los derechos sociales en la Constitución Argentina y se mantiene intacto en el texto constitucional vigente³⁸⁶. En él se otorgan garantías básicas al trabajador, tales como la jornada laboral limitada; el descanso y las vacaciones pagadas; salario mí-

384. Es el nombre con el que se autodenominó la dictadura militar que gobernó luego del derrocamiento del gobierno de Perón del año 1955.

385. BIDART CAMPOS, 1976.

386. El texto del referido art. 14 bis señala: «El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nimo, vital y móvil; la protección contra el despido en forma arbitraria; la estabilidad en el caso del empleo público.

Asimismo, se ofrecen garantías para el derecho de organización de los trabajadores, incluyendo la organización sindical libre y democrática y el derecho a la huelga, así como las garantías necesarias para su ejercicio. Por último, el referido artículo establece también el seguro social obligatorio; las jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia y su compensación económica, el acceso a una vivienda digna, entre otros.

Desafortunadamente, estos importantes avances fueron abolidos por la última dictadura militar, que ocurrió entre los años 1976 y 1983 y que generó un desmantelamiento no sólo del marco protector de los derechos sociales sino del propio Estado benefactor, instaurándose en su lugar un Estado neoliberal, que eliminó todo tipo de políticas públicas y programas dirigidos a combatir las desigualdades sociales.

Con la llegada de la democracia, en el año 1983, el gobierno nacional derogó todas las medidas tomadas por la dictadura militar y el Presidente Raúl Alfonsín intentó promover un movimiento que exigía una nueva reforma constitucional que retomara y ampliara el marco protector de los derechos sociales en Argentina. Esta reforma no pudo ser llevada a cabo por la falta de representatividad política en el Congreso Nacional del partido del presidente Alfonsín, el Partido Radical³⁸⁷.

8.1.2. El texto constitucional de 1994

Una vez finalizado el mandato presidencial del líder radical, el presidente Carlos Menem (1989-1995 y 1995-1999), obtuvo, mediante el «Pacto de Olivos»³⁸⁸, el apoyo necesario del partido opositor para llevar a cabo la ineludible reforma constitucional, celebrada en el año 1994. Esta reforma³⁸⁹ ha sido una de las más importantes a nivel de protección de los Derechos Sociales. Por un lado, la misma mantuvo los avances efectuados por las consti-

387. Luego de las elecciones de 1987, el Partido Justicialista, opositor a Raúl Alfonsín, del Partido Radical, obtuvo el 41.5 % de los sufragios frente al 37,3 % de la UCR.

388. Este pacto tomó su nombre por la ciudad vecina a la Capital Federal donde tiene su sede la residencia presidencial, la cual fue el lugar los dos titulares de los partidos mayoritarios –el ex presidente Raúl Alfonsín, por parte del Partido Radical y el actual presidente, Carlos Menem, por el partido justicialista– se encontraron. El mismo tuvo como fin promover una reforma de fondo de la Constitución en la que, Carlos Menem accedía a la posibilidad de la reelección al tiempo que Alfonsín lograba limitar los poderes presidenciales.

389. Las importantes reformas constitucionales de 1994 alcanzaron a cuarenta y tres artículos, entre los modificados y los nuevos, a los que se agregan diecisiete cláusulas transitorias, algunas de las cuales serán aplicables hasta el siglo venidero.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tuciones previas (como el art. 14, que garantiza el derecho al trabajo y a la educación³⁹⁰, y el mencionado art. 14 bis, entre otros) y por otro, incorporó nuevos derechos sociales al marco constitucional argentino, tal como el derecho a un desarrollo humano, que resguarde las necesidades de las generaciones futuras (art. 41)³⁹¹.

Por otro lado, el artículo 75.19 adjudica al Congreso Nacional la competencia de garantizar un desarrollo económico que garantice la justicia y la cohesión social³⁹².

Un elemento trascendental para el disfrute de los derechos sociales fue la incorporación expresa en la Constitución de diez instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, mediante el artículo 75.22, según el cual «La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño».

390. El art. 14 reza: «Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender».

391. El art. 41 reza: «Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambiental. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos».

392. Dice el art. 75.79: «proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento». *Vid.* EKMEKDJIAN, 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Dicho artículo, además, estableció un mecanismo para admitir, sin necesidad de reforma constitucional, nuevos tratados internacionales que a futuro resguarden los derechos humanos³⁹³. Muchos de estos tratados le dan contenido y operatividad a los derechos sociales omitidos o tenuemente contemplados por nuestra Constitución. Podemos enunciar en este sentido el derecho a la atención médica, la alimentación, al disfrute pleno de la salud física y mental, entre otros.

Para finalizar, el artículo 75.23 obliga al Congreso Nacional a promover la «igualdad real de oportunidades, de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos» que los tratados de derechos humanos y la propia constitución reconocen a los niños, mujeres, ancianos y las personas con discapacidad, exigiendo la ejecución de políticas gubernamentales en materia de derechos sociales que garanticen su ejercicio, sin dejar de tomar en cuenta su carácter progresivo³⁹⁴.

La referida enmienda, además, amplió el elenco de derechos sociales que poseía en el texto aprobado en el año 1957, incluidos luego de la reforma en el artículo 14 bis y reconoció en forma directa nuevos derechos sociales de los pueblos indígenas, de los usuarios y de los consumidores de servicios y, de manera indirecta, los demás consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos.

Otro componente importante es la inclusión, en el texto constitucional de 1994, de la cláusula de igualdad sustantiva (art. 75.23) que consagró una acción positiva para proteger a grupos marginados, incidiendo en el modelo de protección social y la incorporación de nuevos instrumentos procesales que amplían el sistema de garantías del Estado y que imponen al poder judicial el deber de adoptar acciones positivas con el fin de proteger a los grupos sociales discriminados y mayormente afectados³⁹⁵.

Asimismo, esta modificación dotó a los reclamantes la posibilidad de adoptar acciones positivas de protección de grupos subordinados y permitió, también, mecanismos de acceso a la justicia de carácter colectivo, así como instituciones públicas capaces de representar esos intereses en la esfera judicial como la Defensoría del Pueblo.

Lo expuesto anteriormente evidencia que a partir de 1994 se ha conformado un marco constitucional que ha incorporado nuevos derechos sociales, parámetros de igualdad más inclusivos y mejores mecanismos de acción co-

393. A tal fin podemos mencionar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que fue agregada en el año 1997.

394. ROMERO, 2008.

395. ABRAMOVICH, 2009.

lectiva. Este patrón constitucional, característico de un Estado social de derecho, ha permitido impulsar procesos de mayor activismo y respuesta del poder judicial en la protección de los derechos sociales en Argentina.

8.2. DOCTRINA

En cuanto a la producción doctrinaria sobre la materia en Argentina, la misma ha logrado incorporar y extender la garantía de estos derechos en temas trascendentales, como en el caso del llamado reconocimiento horizontal de los derechos sociales que configura deberes de prestación a cargo de particulares de ciertos servicios sociales (como salud, educación o servicios públicos básicos), modificando los principios básicos de interpretación de los contratos y obligando a fijar un sistema de garantías que debe regir las relaciones entre esos prestadores privados y los usuarios o beneficiarios³⁹⁶.

Es importante destacar también el aporte de la doctrina en la institucionalidad de las políticas públicas. La misma establece que el deber de garantizar los derechos sociales no se limita a asegurar el acceso a éstos, sino a asegurar también que los procedimientos administrativos que organizan el acceso, la prestación y la evaluación de los programas y servicios cumplan con requisitos del debido proceso, como forma de garantizar dicho acceso³⁹⁷.

Este análisis ha contradicho los argumentos de ciertos expertos en políticas sociales, que consideraban que los derechos tienen poco que decir sobre las políticas públicas y que debido a la ambigüedad de sus normas es imposible considerarlos como guías orientadoras enfocadas a formular políticas públicas efectivas y eficientes.

Esto demuestra que no hay contradicción entre el reconocimiento de derechos y el ejercicio de la democracia representativa, sino que precisamente son esos derechos los que aseguran las posibilidades de la acción política y la deliberación democrática sobre un piso social igualitario³⁹⁸.

8.3. DESARROLLO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL

8.3.1. Desarrollo legislativo

A pesar de los avances constitucionales señalados en el acápite anterior,

396. ABRAMOVICH, 2010.

397. Esto incluye información adecuada, espacio de participación de los beneficiarios y usuarios, decisiones fundamentadas en los marcos legales, criterios objetivos y razonables de adjudicación, posibilidad de quejas o reclamos, notificación adecuada, trámites, etc.

398. ABRAMOVICH, 2006 y GARGARELLA, 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la legislación argentina de los derechos sociales ha sufrido desde los años noventa un proceso de privatización tanto en su legislación como en su reglamentación, que, acompañado por el proceso de retroceso de lo institucional, ha significado un duro golpe al marco legal de los derechos sociales.

Las reformas de flexibilización laboral y privatización del sistema jubilatorio argentino son sólo algunas de las acciones que dan como resultado el actual Estado social híbrido y debilitado. Las nuevas normas jurídicas que condicionaron la disponibilidad de recursos financieros condicionaron también las prestaciones sociales universales, en particular en el campo del empleo y la Seguridad Social.

Estas medidas se intensificaron en el período de crisis de los años 2001 y 2002, justificadas por un escenario de emergencia económica y social, siendo establecidas mediante reglas extraordinarias y temporales que restringieron derechos en función de las necesidades del Estado y el «bien común»³⁹⁹.

Con el correr del tiempo, estas normas comenzaron a posicionarse como las nuevas reglas jurídicas del sistema de protección social, lo que condujo a un cambio de paradigma en materia de regulación de estos derechos. Pasando esta nueva legislación a perder sus rasgos de identidad y cambiando su condición de normas de excepcionalidad a la legislación normal y habitual.

Ante la demanda de cambios y con la mejora de las condiciones económicas, el minimizado sistema de protección social basado en derechos subjetivos e individuales fue materialmente reemplazado por políticas sociales focalizadas dirigidas a la población indigente que quedaba fuera de la condición mínima de asalariado⁴⁰⁰.

La implementación de las políticas sociales de emergencia como el Programa de Jefes de Hogar (Decreto 565/2002⁴⁰¹) y el Programa Asignación Universal por Hijo para Protección Social (Decreto 1602/2009) significaron una pérdida irrecuperable en materia de derechos para la población, que pasó de tener derechos específicamente reconocidos a beneficios asistencia-

399. Este proceso de desmantelamiento de las prestaciones sociales universales y la degradación de los derechos laborales y de Seguridad Social por vías de reformas legislativas generaron un cuadro cuasi esquizofrénico que establecía dos procesos en direcciones diferentes, uno enfocado a ampliar la protección de los derechos sociales y otro opuesto, de degradación de los derechos sociales y de Seguridad Social por la vía de las llamadas «reformas modernizadoras» de los sistemas de protección social.

400. A modo de ejemplo puede mencionarse la implementación del Plan jefes y jefas y la asignación universal por hijo.

401. Prorrogada por Ley 26.563 hasta diciembre de 2011, con el objeto de dar una respuesta más eficaz a las diversas situaciones de empleabilidad y vulnerabilidad social de cada grupo familiar destinatario.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

les precarios establecidos en forma discrecional y arbitraria por la administración pública. Esta última, a su vez manipuló estas medidas en búsqueda de un rédito político injustificado y basado en un beneficio real inexistente para la población marginada⁴⁰².

A continuación se mencionarán en forma específica y sintética el tratamiento normativo de los derechos sociales mayormente resguardados por la legislación argentina, a fines de dotar de mayor claridad al trabajo y refrescar los puntos más importantes en materia normativa de cada uno de estos derechos. Éstos serán posteriormente tratados en el punto 8.3.2, demostrando la evolución jurisprudencial.

A. El derecho al trabajo

A comienzos de la década de los noventa, durante el gobierno del entonces presidente Menem, se inició una etapa de desregulación laboral que afectó en forma sensible el sistema protector del derecho del trabajo, entre las normas más destacadas se encuentran el Decreto 2184/90 (hoy derogado por la Ley 25.250), a través del cual el Poder Ejecutivo se arrogó el uso de facultades reglamentarias del derecho de huelga, la Ley 23.771 de Régimen Penal Tributario, con el fin de quitarle poder de control al Ministerio de Trabajo, delegando todo lo concerniente al control en la Dirección General Impositiva, del Ministerio de Economía.

Finalmente, la Ley 24.013 llamada de Empleo, fue la que concluyó el proceso de desregulación laboral, al establecer límites a la indemnización común por despido, la inclusión de «*contratos basura*» (a plazo determinado, sin indemnización) y se creó un organismo inoperante, denominado Consejo del Salario Mínimo, con el fin de establecer al Salario Mínimo Vital y Móvil, el cual no fue actualizado por casi nueve años.

Como veremos a continuación, la Corte Suprema de aquel entonces convalidó tanto las mencionadas leyes de flexibilización laboral, como las medidas de desplazamiento o limitación de la aplicación de convenios colectivos de trabajo ante la alegación de emergencia económica⁴⁰³, y normas de limitación de la indemnización del trabajador por accidentes y enfermedades laborales⁴⁰⁴, bajo la justificación de razonabilidad de las medidas adoptadas por el Congreso⁴⁰⁵.

402. Este planteo busca demostrar que el desmantelamiento de las instituciones sociales del Estado de bienestar no se efectuaron solamente por una limitación al alcance de los servicios sociales sino por la propia precarización del vínculo jurídico entre el Estado y los beneficiarios de esos servicios.

403. Corte Suprema, «Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos», 7 de agosto de 1990, «Cocchia, Jorge D. C. Estado nacional y otro», 12 de febrero de 1993.

404. Corte Suprema, «Gorosito c. Riva SA s/daños y perjuicios», 1 de febrero de 2001.

405. Para un comentario general, GIANIBELLI y ZAS, 1997, pp. 159-231.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Corte Suprema también adoptó una interpretación restrictiva en relación con la solidaridad de empresas vinculadas o subcontratadas en orden al cumplimiento de obligaciones laborales⁴⁰⁶. El sistema previo permitía al trabajador que fuera víctima de un accidente o enfermedad laboral optar entre un régimen de responsabilidad objetiva y tarifada, con una menor carga probatoria, y un régimen de indemnización plena, en el que el trabajador tenía que demostrar la negligencia o la falta de control de cosas peligrosas por parte del empleador.

En septiembre de 1995, el Congreso aprobó una ley para reemplazar el sistema de indemnización por accidentes y enfermedades de trabajo. El sistema de indemnización por vía del litigio judicial fue dejado de lado por un nuevo sistema de seguro obligatorio gestionado por empresas de aseguramiento privadas

B. El derecho a la Seguridad Social

La base del sistema de Seguridad Social también siguió los lineamientos de lo que algunos autores han llamado Estado social corporativo o conservador: además de depender en gran medida de los procesos de negociación política entre Estado, sindicatos y patronal, el sistema es fragmentario y mantiene una diferenciación importante de *status* de acuerdo al tipo de actividad desempeñada, y reproduce la tradicional división sexual del trabajo –el esquema supone en gran medida que los hombres son los que se incorporan al mercado formal de trabajo, mientras que las mujeres se dedican principalmente a las tareas reproductivas–⁴⁰⁷.

Aunque los primeros esquemas de seguro social se originaron a principios del siglo XX, la existencia de un diseño institucional que pueda ser llamado propiamente sistema de Seguridad Social data de la última mitad de los años 40. Los esquemas previos eran fragmentarios, auto-gestionados y cubrían un porcentaje muy pequeño de la población.

En 1952 se producen las primeras medidas hacia la unificación y centralización del sistema: se estableció una administración nacional de la Seguridad Social, y se impuso un sistema de reparto, que reemplazó a los sistemas de capitalización prevalecientes en el período previo. El sistema se financió con aportes de los trabajadores y de los empleadores.

406. Corte Suprema, «Rodríguez, Juan R. c. Compañía Embotelladora Argentina SA y otro», 15 de abril de 1993, «Luna, Antonio R. c. Agencia Marítima Rigel SA y otros», 2 de julio de 1993, «Escudero, Segundo R. y otros c. Nueve A SA y otro», 14 de septiembre de 2000.

407. *Vid.* Lo VUOLO y BARBEITO, 1998, pp. 24-47.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Los cambios demográficos y económicos (la formación de una fuerza de trabajo industrial, la migración desde el campo a la ciudad, y la llegada de migrantes de Europa y de los países vecinos) permitieron la consolidación del nuevo modelo. La cobertura creció de manera notoria, de 420.000 personas en 1944 a la impactante cifra de 2.300.000 personas en 1949.

En 1957 se otorgó jerarquía constitucional al derecho previsional: el artículo 14 bis incorporó el siguiente párrafo: «El Estado otorgará los beneficios de la Seguridad Social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna».

Décadas más tarde, en el año 1991 comenzaron los cambios administrativos al sistema: se creó el ANSES (Administración Nacional de la Seguridad Social), que vino a reemplazar a las cajas e institutos previamente existentes. La jerga administrativa literalmente mutó en los manuales de aplicación del sistema: el jubilado pasó a ser «cliente» y el beneficio jubilatorio un «producto». Todo ello a partir de la neta orientación economicista de la orientación prevaleciente por entonces.

En 1993, un importante cambio legislativo introdujo un sistema previsional paralelo: los trabajadores tenían la opción de mantenerse en el sistema estatal de reparto, o pasar a un sistema de capitalización individual, gestionado por empresas privadas ligadas principalmente al sector bancario y financiero⁴⁰⁸. A partir de esa reforma, el Estado modificó los requisitos y condiciones del sistema de reparto, con el propósito de incentivar el paso de los trabajadores al sistema privado de capitalización individual: entre ellos, la desconexión del monto de las jubilaciones y pensiones del nivel de remuneraciones previo.

El Congreso sancionó leyes (como la infaustamente denominada «Ley de Solidaridad Previsional», de 1995) para crear obstáculos, diferir o impedir los juicios contra el Estado en la materia: por ejemplo, un recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema contra decisiones de segunda instancia, que permitió al Estado llevar miles previamente perdidos al conocimiento del máximo tribunal, y la «excepción de falta de recursos» para bloquear el pago de los montos a los que fuera condenado.

408. Vid. ALONSO, 2000; COURTIS, 2004, pp. 175-205.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Estos cambios procesales tenían el propósito de desafiar o demorar los pagos ordenados judicialmente. Todo ello, pese a la aprobación de la reforma constitucional de 1994, que otorgó jerarquía constitucional a instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, y reforzó así la raigambre constitucional de los derechos previsionales.

C. El derecho a la salud

Si en materia de derecho laboral y provisional ya existía una tradición importante de litigio, la justiciabilidad del derecho a la salud se extendió de manera notable a partir de la década de 1990. La crisis social y económica de finales de los años ochenta y noventa llevó a un mayor uso de los tribunales de justicia como medio de asegurar la inclusión o el mantenimiento de la cobertura de obras sociales y planes privados de salud, y el acceso a tratamiento y medicación.

El sistema de salud argentino está compuesto por tres sub-sectores: un sector privado, que opera principalmente a través de planes de seguros de salud, el denominado «sector social», que provee cobertura médica a los trabajadores permanentes del sector formal, y que es administrado por las obras sociales, entidades controladas por los sindicatos de la rama, y un sector público, destinado a satisfacer las necesidades médicas de las personas que no tienen otra cobertura.

Las regulaciones legales han impuesto gradualmente una cobertura mínima a todos los componentes del sistema de salud. A medida que el litigio judicial comenzó a perfilarse como un medio exitoso para asegurar el derecho a la salud, el volumen y la variedad de casos se amplió notablemente.

La reforma constitucional de 1957, que incorporó derechos laborales y previsionales a la Constitución, no se refiere directamente al derecho a la salud. La reforma constitucional de 1994 incluyó una breve mención a la protección de la salud de los consumidores. El pleno reconocimiento de la raigambre constitucional del derecho a la salud provino de la concesión de jerarquía constitucional al PIDESC, y a la Convención sobre los Derechos del Niño (como veremos, muchos casos judiciales se refieren al derecho de los niños de acceder a tratamiento sanitario), entre otros instrumentos internacionales relevantes.

D. El derecho a la vivienda

Aunque la mención original a la vivienda en la reforma constitucional de 1957 es bastante débil («la ley establecerá... el acceso a una vivienda digna», art. 14 bis), la concesión de jerarquía constitucional a instrumentos

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

internacionales de derechos humanos ha venido ampliando las posibilidades de ejercer acciones judiciales en el área de los derechos habitacionales.

E. El derecho a la educación

El derecho a la educación no estaba incluido explícitamente en la Constitución de 1853/1860. Las referencias a la educación se limitaban al mandato dirigido a las provincias de «asegurar la educación primaria» (art. 5), y al reconocimiento de la libertad de «enseñar y aprender» (art. 14).

La reforma constitucional de 1994 agregó aspectos sustantivos a la regulación constitucional de la educación. Primero, otorgó nuevos poderes al Congreso de la Nación en relación con la educación. El Congreso tiene ahora facultades para «sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales» (art. 75.19), y para garantizar el respeto a la identidad y el «derecho a una educación bilingüe e intercultural» de los pueblos indígenas (art. 75.17).

En segundo término, la concesión de jerarquía constitucional a una serie de declaraciones y tratados internacionales supuso el reconocimiento expreso del derecho a la educación en los términos de los artículos 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 13 PIDESC, 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 10 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y XII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

F. El derecho a la alimentación

El reclamo judicial del derecho a la alimentación era inédito en la Argentina hasta la crisis económica del 2001. No existe mención del derecho a la alimentación en el texto constitucional: su base reside exclusivamente en el artículo 11 PIDESC y en los artículos 24.2.c) y 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

G. El derecho al agua

Al no existir en este punto una legislación a nivel nacional específica que regule el derecho al agua, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

utilizado, dependiendo el caso, legislación correspondiente a temas de salud, medio ambiente y patrimoniales.

En cuanto a los casos de salud, se cita la Ley 26.529, de Salud Pública, relacionada con el derecho a la salud⁴⁰⁹. Los procesos relacionados con temas de agua y medio ambiente se enmarcan en la Ley 25.675, denominada ley general del ambiente, y sus derivadas que se suman a la protección constitucional del artículo 41, derecho al ambiente sano y el artículo 43, que dispone que la acción de amparo podrá ser interpuesta en lo relativo a la protección del ambiental.

Por último, los casos que poseen un carácter meramente patrimonial descansan en el artículo 41 de la constitución y la amplia gana de protección de derechos patrimoniales, que se encuentran regulados en el código civil o comercial dependiendo de la finalidad del hecho.

H. Los derechos de los pueblos indígenas

La Constitución de 1853/1860 no hacía mención a los derechos de los pueblos indígenas (la única referencia del texto era el anacrónico art. 67.15, que establecía la facultad del Congreso de «conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo», hoy derogado). La reforma de 1994 agregó una cláusula específica, otorgando poderes al Congreso para «reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos [...] Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones» (art. 75.17).

En julio del 2000, Argentina ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que aunque no tiene jerarquía constitucional, se ubica por encima de la ley federal y de las constituciones y leyes locales.

409. Hasta la reforma de 1994, no existía texto alguno de jerarquía constitucional que consagrara explícitamente el derecho a la salud. El nuevo art. 42 CN dispone la protección de la salud, aunque en el contexto de la «relación de consumo». Por otra parte el art. 75.22 de la CN establece la jerarquía constitucional del PIDESC, el cual estipula el derecho a la salud con un contenido y alcance más específico, refiriendo las obligaciones asumidas por el Estado.

8.3.2. Desarrollo jurisprudencial*

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema en Argentina luego de la reforma constitucional de 1994 tiene en sus inicios una interpretación desdeñosa de los principios y estándares de derechos sociales e igualdad, avalando en los primeros años la legislación social regresiva que como vimos anteriormente caracteriza a este período.

Luego de la crisis del año 2001 y con una nueva composición de la Corte, comienza a perfilarse un cambio de interpretación en la misma que implicó en algunos casos volver a una lectura constitucional más garantista de los derechos laborales y de Seguridad Social, retomando criterios surgidos en la década de los sesenta o setenta luego de la aprobación de la reforma de 1957, que incorporó el artículo 14 bis y los derechos sociales a la constitución.

En el marco de los nuevos criterios más «progresistas» por parte de la actual composición de la Corte Suprema, se encuentra una interpretación amplia a las facultades procesales de las personas y grupos afectados para acceder a la tutela judicial en casos individuales y colectivos, precisando el alcance de algunos derechos sociales y de sus garantías sustantivas y procedimentales en la Constitución y los Tratados de jerarquía constitucional.

Este nuevo criterio ha llevado a instalar en la Argentina estos últimos años, el concepto de judicialización de la política social que refiere «a la mayor participación del sistema de justicia en la resolución de casos sobre derechos económicos, sociales y culturales»⁴¹⁰. Se busca de este modo posicionar a la justicia en una instancia de control del aparato administrativo del Estado en temas sociales.

Esto se debe también a que el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos sociales ha superado los cuestionamientos teóricos que negaban la exigibilidad judicial en materia de los derechos sociales. Lamentablemente, este proceso no está claramente definido y no existe certeza de que esta dirección se mantenga en un futuro.

Es necesario aclarar que este desarrollo no se ha dado en todos los fueros del territorio argentino en forma homogénea. En algunos casos se ha intensificado, como en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde ha habido una gran receptividad de la demanda de los derechos sociales. Sin embargo en los fueros federales, por ejemplo, el actuar ha sido más restrictivo: tribunales como el de Seguridad Social han denegado el carácter colectivo de las demandas presentadas en forma individual.

* Por Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS.

410. ABRAMOVICH y PAUTASSI, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La propia Corte Suprema de Justicia ha tenido «una evolución por demás interesante en los últimos años» en particular en la definición y alcance del derecho a la Seguridad Social.

A continuación se recorrerán algunas de las tendencias registradas en la jurisprudencia generada por los tribunales argentinos en materia de derechos sociales⁴¹¹, para facilitar la identificación de las líneas de evolución. Siguiendo el orden establecido en el punto 8.3.1, referente a la evolución legislativa, se procede a desarrollar en la interpretación jurisprudencial de diferentes derechos sociales.

A. El derecho al trabajo

Desde la década de 1940, existe una larga tradición de justiciabilidad tanto de derechos individuales como de derechos colectivos relacionados con el trabajo. Las bases de la versión argentina del Estado social datan de mediados de 1940. La estructura del Estado social argentino residía en gran medida en un proceso de negociación política y económica entre el Estado, los sindicatos y la patronal⁴¹². También a mediados de los años cuarenta se estableció el fuero laboral, y el litigio judicial en este campo lleva alrededor de sesenta años.

Que los derechos laborales se consideren justiciables y que exista un fuero laboral no significa que no haya problemas de exigibilidad. El fuero laboral está sobrecargado de causas; el procedimiento laboral crea incentivos para que la parte perdedora apele las decisiones desfavorables y convierta el proceso en un trámite lento y dificultoso, forzando al trabajador a llegar a acuerdos extrajudiciales menos favorables, en lugar de esperar una compensación plena pero tardía. El alto índice de desempleo, de subempleo y de trabajo informal generan obstáculos para la efectividad de las decisiones judiciales.

Cabe señalar también las dificultades adicionales creadas por el establecimiento, durante la década de los años noventa, de instancias prejudiciales de conciliación obligatoria, que encarecen y alargan el trámite del reclamo judicial en materia laboral.

El litigio judicial en materia de derecho laboral se basa fundamentalmente sobre la aplicación de normas de rango legal: los derechos establecidos en la constitución han sido desarrollados por normas legislativas. Sin embargo, también existe cierto espacio para el litigio constitucional. El empleo de instrumen-

411. Para un trabajo de seguimiento de la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con particular referencia a los derechos sociales, ver ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, 2005, esp. pp. 335-373.

412. *Vid.*, en general, ISUANI, LO VUOLO y TENTI FANFANI, 1991; BERBEITO y LO VUOLO, 1998, pp. 24-47.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tos internacionales es menos frecuente en la materia. Ofrecer un panorama completo de la jurisprudencia laboral argentina requeriría mucho más espacio del que podemos dedicar aquí⁴¹³. Señalaremos, sin embargo, algunos aspectos que pueden resultar relevantes para caracterizar la evolución de la aplicación judicial del derecho laboral en los últimos quince años.

En relación con los derechos individuales del trabajo, algunas cuestiones han concentrado los debates jurisprudenciales. Los tribunales han dedicado algún esfuerzo a determinar el alcance del principio *pro operariis*. Algunos ejemplos incluyen la aceptabilidad de la renuncia de derechos del trabajador⁴¹⁴, el abuso del *jus variandi*⁴¹⁵, el alcance permisible de la protección contra el despido arbitrario (incluyendo la estabilidad en el empleo y la base para establecer el monto de las indemnizaciones laborales)⁴¹⁶, y el equilibrio entre la introducción de premios o incentivos salariales y el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el respeto de los derechos fundamentales no laborales en el ámbito de la empresa⁴¹⁷.

Respecto de los derechos colectivos del trabajo, los tribunales argentinos

413. *Vid.*, en general, ACKERMAN, 2004.

414. *Vid.*, p. ej., Corte Suprema «Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas SA», 12 de marzo de 1987; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, «Bariain, Narciso T. c. Mercedes Benz Argentina SA», 5/14/1985, «Reggiardo de Henri, Irma c. EFA», 14 de agosto de 1985; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, «Casteñán, Gustavo A. c. Raña Veloso, Raúl y otros», 30 de agosto de 1985.

415. *Vid.* Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III, «Prinetti, Jorge M. c. Bagley, SA», 27 de octubre de 1999.

416. *Vid.* Corte Suprema. «De Luca, José E. y otro c. Banco Francés del Río de la Plata», 25 de febrero de 1969, «Figuerola, Oscar F. y otro c. Loma Negra CIASA», 4 de septiembre de 1984, «Pelaia, Aurelio P. c. Sadaic», 30 de junio de 1992, «Vega, Humberto A. c. Consorcio de Propietarios del Edificio Loma Verde y otro s/accidente – ley 9688», 16 de diciembre de 1993, «Vega, Leonardo M. y otros c. D'Angiola Arcucci», 25 de junio de 1996, «Villarreal, Adolfo c. Roemmers», 10 de diciembre de 1997, «Mastroiani, Ricardo A. c. Establecimiento Modelo Terrabusi SA», 27 de mayo de 1999.

417. *Vid.*, p. ej., Corte Suprema, «Ratto, Sixto y otro c. Productos Stani SA», 8/26/1966, «Segundo, Daniel c. Siemens SA», 26 de junio de 1986, «Fernández, Estrella c. Sanatorio Güemes, SA», 23 de agosto de 1988, «Jáuregui, Manuela Yolanda c. Unión Obreros y Empleados del Plástico», 7 de agosto de 1984, «Martinelli, Oscar Héctor Cirilo y otros c. Coplinco Compañía Platense de la Industria y Comercio SA», 12 de diciembre de 1993; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, «Armella, Miguel A. c. Aerolíneas Argentinas SA», 26 de octubre de 2000, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, «Stafforini, Marcelo c. Ministerio de Trabajo s/ amparo», 29 de junio de 2001, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI, «Balaguer, Catalina c. Pepsico de Argentina», 10 de marzo de 2004, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, «Greppi, Laura Karina c. Telefónica de Argentina SA s/despido», 31 de mayo de 2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, «Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo», 15 de septiembre de 2000, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, «Arroyo, Gustavo Adolfo y otros c. Jovis SRL y otros s/daños y perjuicios», 12 de diciembre de 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

han decidido sobre el alcance de la prevalencia de convenios colectivos de trabajo que suponen una mejora con respecto a las cláusulas de la ley⁴¹⁸, la libertad de formar, afiliarse a sindicatos y negociar colectivamente⁴¹⁹, y el derecho de huelga⁴²⁰.

A comienzos de la década de 1990, durante el gobierno del entonces presidente Menem, el número de miembros de la Corte Suprema de Justicia se amplió de cinco a nueve, y se designó para cubrir esas vacantes a jueces de filiación partidaria o de escasos antecedentes.

Como vimos la Corte Suprema con su nueva composición convalidó mediante diversos fallos las leyes de flexibilización laboral, medidas de desplazamiento o limitación de la aplicación de convenios colectivos de trabajo y normas de limitación de la indemnización del trabajador por accidentes y enfermedades laborales, y adoptó una interpretación restrictiva en relación con la solidaridad de empresas vinculadas o subcontratadas en orden al cumplimiento de obligaciones laborales. Los criterios para estas sentencias se basaron principalmente en la famosa y ya mencionada alegación de emergencia económica⁴²¹.

Después de la crisis del 2001, la composición de la Corte Suprema varió, y nuevas decisiones modificaron los precedentes anteriores, adoptándose una línea favorable a la defensa de los derechos del trabajador⁴²². Hay indicios

-
418. Corte Suprema, «Romano, Adolfo R. y otros c. Usina Popular y Municipal de Tandil, S. E. M.», 31 de julio de 1979, «Nordensthol, Gustavo J. C. Subterráneos de Buenos Aires», 4 de febrero de 1985, «Soria, Silverio F. c. D.N.V.», 2 de abril de 1985, «Bismarck, Almirón y otro c. Cooperativa Eléctrica Ltda. de Pergamino», 12 de febrero de 1987; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, «Garay Benítez c. Agrest SA», 14 de junio de 2004.
419. Corte Suprema, «Outon, Carlos J. y otros», 29 de marzo de 1967, «Asociación de Trabajadores del Estado c. Provincia de Corrientes», 14 de julio de 1999; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala de FERIA, «Confederación General de Trabajo de la República Argentina c. Poder Ejecutivo Nacional», 24 de enero de 1997. Existen algunos precedentes recientes restrictivos de la libertad de formar sindicatos. Ver, p. ej., Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, «Asociación del Personal Superior del Congreso de la Nación c. Ministerio de Trabajo», 26 de abril de 2005.
420. Corte Suprema, «Beneduce, Carmen J. y otras c. Casa Augusto», 18 de diciembre de 1967, «Riobo, Alberto c. La Prensa, SA», 16 de febrero de 1993; Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, «Leiva, Horacio y otros c. Swift Armour SA», 6 de julio de 1984. Ver, en general, Jorge Eduardo RIZZONE, «Acerca del derecho de huelga en la doctrina de la Corte Suprema de la Nación Argentina», en *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral*, Año III – n° 9, marzo-abril de 2001, pp. 39-44.
421. Corte Suprema, «Soengas, Héctor R. y otros c. Ferrocarriles Argentinos», 7 de agosto de 1990, «Cocchia, Jorge D. C. Estado nacional y otro», 12 de febrero de 1993.
422. *Id.*, p. ej., Corte Suprema, «Castillo, Ángel Santos c. Cerámica Alberdi SA», 7 de septiembre de 2004 (inconstitucionalidad del establecimiento de la jurisdicción federal en materia de accidentes de trabajo) y casos citados en las notas a pie de página que siguen.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de una mayor consideración de los instrumentos internacionales de derechos humanos: el caso «Aquino», decidido en el 2004, es un buen ejemplo de esta tendencia⁴²³. «Aquino»⁴²⁴ involucraba la impugnación constitucional de un cambio legislativo referido a la indemnización por accidentes y enfermedades laborales.

En «Aquino», el actor cuestionó la constitucionalidad de la eliminación de la opción de indemnización integral a favor del trabajador. La nueva composición de la Corte Suprema, revocando una decisión previa, sostuvo que el Nuevo régimen era inconstitucional. La Corte no sólo fundó la sentencia sobre argumentos constitucionales (el derecho del trabajador a condiciones dignas y equitativas de trabajo, y el carácter integral de la Seguridad Social), sino que también acudió a estándares internacionales de derechos humanos, entre ellos, a cláusulas del PIDESC, de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las referencias al PIDESC subrayan la relación entre la indemnización integral por accidentes y enfermedades de trabajo, y el derecho a condiciones justas y equitativas de trabajo. La Corte menciona también Observaciones Generales y Recomendaciones Finales del Comité DESC. El tribunal sostiene, por ejemplo, que la ley impugnada viola la prohibición de regresividad, al adoptar una medida que restringe deliberadamente el derecho a una compensación plena. El voto concurrente de la jueza Highton de Nolasco subraya, además, que la cláusula legal impugnada es inconstitucional por cerce-

423. En el mismo sentido, Corte Suprema, «Vizzoti, Carlos Alberto c. Amsa SA s/despido», 14 de julio de 2004 (inconstitucionalidad de los topes para la indemnización por antigüedad: la Corte argumenta sobre cláusulas constitucionales, y sobre los artículos 23 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 6 y 7 PIDESC, 11 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial); «Milone, Juan Antonio c. Asociart SA Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/accidente – ley 9688», 26 de octubre de 2004 (inconstitucionalidad del pago en renta periódica de la indemnización por accidente de trabajo: la Corte cita cláusulas constitucionales y los artículos 5 del Convenio 17 de la OIT, 7 y 12 PIDESC, 6 y 7 del Protocolo de San Salvador – Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). La Corte Suprema pone énfasis en este caso en la obligación de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 2.1 PIDESC) en relación con la obligación de mejora continua de las condiciones de vida (art. 11.1 PIDESC).

424. Corte Suprema, «Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688», 21 de septiembre de 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nar el derecho del trabajador de acceder a la justicia en procura del amparo de sus derechos.

B. El derecho a la Seguridad Social

Tampoco existe mayor debate sobre la posibilidad de hacer justiciables los derechos de la Seguridad Social a través de los tribunales: hay una práctica establecida de más de cuarenta años en el litigio en materia de la Seguridad Social.

El litigio judicial en materia de Seguridad Social se generalizó en los años sesenta, con el crecimiento de reclamos relacionados con la movilidad y con la fijación del monto de las jubilaciones y pensiones. La mayoría de los reclamos se fundaban sobre bases legales (y, a la postre, en la interpretación del art. 14 bis CN), y gran parte de ellos se resolvieron en favor de los demandantes.

La Corte Suprema estableció como principios de interpretación constitucional en materia previsional: la consideración de los fines tuitivos de las normas previsionales, la movilidad, la proporcionalidad y el carácter sustitutivo de las prestaciones con respecto al salario, en razón de su carácter alimentario, el rechazo de interpretaciones restrictivas y, por lo contrario, la preeminencia de la interpretación amplia, a favor de aquellos a quienes las normas previsionales buscan proteger (denominada «principio de favorabilidad»), y el principio *in dubio pro justitia socialis*⁴²⁵.

425. *Vid.*, entre muchos otros Corte Suprema de la Nación, «Magliocca, José Benedicto», Fallos 234:717 (1956) (el límite a la reducción del monto de jubilaciones o pensiones es la confiscatoriedad); «Casanegra, Alejandro», Fallos 235:783 (1956) (el derecho jubilatorio se incorpora al patrimonio desde su otorgamiento, prohibición de confiscatoriedad); «Pérez de Da Gracca, Carmen (Viuda) c/frigorífico Anglo», 24 de marzo de 1958 (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); «García de Thorndike, María Helena», Fallos 248:115 (1960) (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger); «Ponzo, Alfredo Blas G.», Fallos 255:306 (1963) (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); «López Villanueva, Manuel», Fallos 256:235 (1963); «Orsi, Pacífico Héctor c/Nación», Fallos 258:14 (1964) (prohibición de confiscatoriedad de modificaciones previsionales posteriores al otorgamiento); «Sturiale, Nicolás s/sucesión», Fallos 261:47 (1965) (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación ésta queda amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional); «Di Fulvio, Antonio», 1 de diciembre de 1965 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); «Barreiro, Eduardo Casimiro», 31 de agosto de 1966; «Cadorini, Roberto Antonio s/jubilación», 7 de octubre de 1966 (interpretación favorable a quienes las leyes provisionales pretenden proteger); «Bonoldi de Viglione, Elvira María s/rec. de servicios», 25 de noviembre de 1966; «Florio, Lucio Juan s/jubilación», 21 de diciembre de 1966 (prohibición de confiscatoriedad); «Pobes, Juan s/jubilación», 26 de diciembre de 1966 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger); «Del Valle, Jorge Felipe», 29 de marzo de 1967 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); «Romagnoli, Marcelo s/pensión solicitada por Margarita Danesi», 21 de abril de 1967 (interpretación favora-

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Las demandas en materia de Seguridad Social se volvieron masivas en los años ochenta y noventa: una parte importante de los reclamos impugnaba la denegatoria del otorgamiento de jubilaciones y pensiones, o demandaba el reajuste de los montos de la jubilación o pensión de acuerdo a los criterios establecidos por la ley. También en este período, la gran mayoría de casos fueron favorables a los demandantes. Dado el volumen de casos, el Congreso creó en 1987 un fuero específico para tratar materias de Seguridad Social –los casos previsionales tramitaban anteriormente ante la justicia laboral–.

Posteriormente se generaron un gran número de leyes, como la Ley de Solidaridad Previsional, desarrolladas en el punto 8.3.1.2, que modificaron

ble a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); «Pinceroli, Leopoldo s/jubilación», 25 de abril de 1969; «Tavella, Esther Lucía Ballester Piterson de s/jubilación», 31 de mayo de 1971; «Lavenir, José Santiago s/jubilación», 11 de octubre de 1972 (después de dictado y firme el acto administrativo que otorga la jubilación esta queda amparada por la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional); «Telepak, Mateo s/jubilación», 7 de marzo de 1974 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); «Fernández Álvarez, Celestino s/jubilación», 27 de mayo de 1974 (carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); «Berçaitz, Miguel Ángel c/Instituto Municipal de Previsión Social s/jubilación» (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad, rango constitucional del principio *in dubio pro justitia socialis*, 13 de septiembre de 1974; «Murúa, Herminio s/jubilación por invalidez», 30 de abril de 1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); «López, María Consuelo s/jubilación», 6 de agosto de 1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter sustitutivo de los beneficios jubilatorios); «Amoros, Mario Argentino s/jubilación», 2 de septiembre de 1975 (proporcionalidad entre haberes de pasividad y actividad); «Mazza, Próspero s/jubilación», 2 de octubre de 1975; «Marsden, Oscar Raúl s/jubilación», 30 de octubre de 1975 (interpretación favorable a quien las leyes provisionales pretenden proteger, carácter alimentario de los beneficios jubilatorios); «Helguera de Rivarola, María Teresa s/pensión», 11 de diciembre de 1975 (la inmovilidad absoluta de haberes de jubilación y pensión es inconstitucional); «Riveros, Olga Yolanda» 24 de febrero de 1976; «Incarnato, Aristides Alejandro s/jubilación», 31 de agosto de 1976); «Verón, Antenor Benedicto», 15 de marzo de 1977 (el mecanismo de movilidad no puede traducirse en un desequilibrio de la razonable proporcionalidad que debe existir entre la situación del trabajador activo y el jubilado, en grado tal que pudiera calificarse de confiscatoria o de injusta desproporción con la consecuente afectación de la naturaleza sustitutiva de la prestación), «Macchiavelli, Carlos Jorge c/Nación Argentina», 13 de junio de 1978; «Zárate Jades y otros c/Provincia de la Pampa», 13 de agosto de 1981 (el Congreso es competente para decidir el mecanismo de movilidad de las pensiones, pero sujeto al control judicial de razonabilidad); «De Simone, Ricardo Luis», 23 de febrero de 1982; «Farina, Teresa Carmen», 10 de mayo de 1983; «Agüero, Medardo», 14 de junio de 1983; «Arin Boeri, Nydia Noemí», 26 de julio de 1983; «Lastra Edith Yolanda s/pensión», 20 de noviembre de 1984 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad); «Ibáñez, Ángel Bernabé s/jubilación», 10 de diciembre de 1985 (proporcionalidad entre haberes de actividad y pasividad, carácter sustitutivo de la jubilación); «Rolón Zappa, Víctor Francisco», 30 de septiembre de 1986 (reducción desproporcionada de haber jubilatorios es inconstitucional).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el criterio de determinación de los montos de las jubilaciones y pensiones, como los que establecieron obstáculos procedimentales para cobrarlas de acuerdo a lo fijado judicialmente, fueron impugnadas constitucionalmente. En algunos de esos casos, tribunales de segunda instancia declararon la inconstitucionalidad de las leyes cuestionadas⁴²⁶, aunque algunas de estas decisiones fueron, a su turno, revocadas por la Corte Suprema compuesta por los jueces designados por el entonces presidente Menem⁴²⁷, que abandonó así algunos de los principios de interpretación constitucional fijados anteriormente –en especial a partir del caso «Chocobar»–.

Como en el caso de los derechos laborales, la nueva composición de la Corte Suprema revocó algunas de las sentencias dictadas por la Corte anterior sobre la base de fundamentos constitucionales, y amplió la interpretación de los derechos previsionales a partir de estándares internacionales de derechos humanos. Dos ejemplos pueden ilustrar esta tendencia.

En el caso «Sánchez»⁴²⁸, la Corte Suprema revirtió el precedente «Chocobar», y sostuvo que la prohibición de actualizar precios de acuerdo con índices inflacionarios no era aplicable al sistema previsional, ordenando al Gobierno a reajustar jubilaciones desactualizadas de acuerdo a las variaciones del índice general de salarios. El voto de la mayoría vuelve a postular el carácter sustitutivo de las jubilaciones y pensiones y la preeminencia de la interpretación amplia a favor del reclamante en la materia, y subraya las vinculaciones entre la movilidad de las jubilaciones y los derechos a la alimen-

426. *Vid.* Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, «Ciampagna, Rodolfo N. c. ANSeS», 11 de abril de 1997 (inconstitucionalidad de la «excepción de falta de recursos»), «González, Herminia del Carmen c. ANSeS», 11/20/1998 (inconstitucionalidad del carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Suprema en materia de Seguridad Social para los tribunales inferiores).

427. *Vid.* Corte Suprema, «Chocobar, Sixto Celestino c. Caja de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos», 27 de diciembre de 1996 (convalida la aplicación de la ley que prohibía el empleo de índices automáticos de ajuste a las jubilaciones y pensiones –y cita, paradójicamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos–), «González, Herminia c. ANSeS», 21 de marzo de 2000 (convalida el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Suprema para tribunales inferiores en materia de Seguridad Social), «Aguiar López, Eduardo c. INPS – Caja Nacional de Previsión para Trabajadores Autónomos», 17 de marzo de 1998, «Heit Rupp, Clementina c. ANSeS» (el Congreso tiene libertad de configuración del sistema de movilidad de las pensiones), 16 de septiembre de 1999, «Adamini, Juan Carlos c. Poder Ejecutivo Nacional s/amparo», 14 de septiembre de 2000. Véase, sin embargo, «Barry, María Elena c. ANSeS s/reajustes por movilidad» y «Hussar, Otto c. ANSeS s/reajustes por movilidad», 10 de octubre de 1996 (las modificaciones procedimentales que obligaban a los reclamantes a reiniciar sus demandas violan el derecho al debido proceso).

428. Corte Suprema, «Sánchez, María del Carmen c. ANSeS s/reajustes varios», 17 de mayo de 2005, confirmado el 28 de julio de 2005.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

tación, a la vivienda, a la educación y a la salud, o bien el derecho a un nivel de vida adecuado, para los trabajadores jubilados.

El fallo abre una multiplicidad de cuestiones de implementación de las nuevas pautas de movilidad que obligarán a ulteriores precisiones, sea de la propia Corte, sea del fuero especializado en la materia.

La Corte Suprema basa su decisión sobre principios constitucionales –el derecho a la movilidad de las jubilaciones y pensiones (interpretada en el sentido de establecer una proporción justa y razonable entre el haber de pasividad y la situación de los activos) y el mandato al Congreso de adoptar medidas de acción positiva para hacer efectivos los derechos de las personas de edad– y también sobre instrumentos internacionales de derechos humanos: cita la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, subraya la obligación de desarrollo progresivo de los derechos humanos, y afirma que la disponibilidad de recursos no puede ser empleada como argumento para negar o restringir derechos reconocidos. Uno de los votos concurrentes alude además a la sentencia «Cinco pensionistas» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso «Cinco Pensionistas c. Perú», de 28 de febrero de 2003).

En «Itzcovich»⁴²⁹, la Corte Suprema declara inconstitucional una cláusula de la denominada «Ley de Solidaridad Previsional», que sujetaba a las decisiones de segunda instancia en material previsional a una apelación ordinaria ante la propia Corte⁴³⁰. La mayoría del tribunal afirmó que el Estado había empleado irrazonablemente este recurso judicial para demorar pagos de la Seguridad Social, y que los principios del debido proceso aplicados en materia de Seguridad Social, exigen celeridad, certeza y previsibilidad.

En consecuencia, la Corte juzgó que la cláusula impugnada afectaba el derecho al debido proceso, en conexión con el derecho a la Seguridad Social. La decisión se funda en principios constitucionales, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (derecho a la protección judicial), citando también un caso decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (el caso «Las Palmeras», de 12 de junio de 2001).

En «Badaro»⁴³¹, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de un sistema de ajuste de las jubilaciones por considerarlo contrario al derecho constitucional. En su decisión la Corte fijó un marco orientador para deter-

429. Corte Suprema, «Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios», 29 de abril de 2005.

430. Poco tiempo después de la sentencia, el Congreso derogó ese recurso ordinario que la Corte declaró inconstitucional (ley 26.025).

431. Corte Suprema de Justicia, «Badaro, Adolfo Valentín c. ANSES s/ reajustes varios», 8 de agosto de 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

minar qué tipo de sistema de movilidad podría ser considerado adecuado a la luz del precepto constitucional. Así, sostuvo que la movilidad no es un mero ajuste por inflación sino que debe guardar una proporción razonable con los ingresos de los trabajadores activos, por ser la jubilación una prestación sustitutiva de los salarios.

Sin embargo, el tribunal consideró que no le correspondía definir el sistema de ajuste determinado, ya que esta definición correspondía preferentemente al Congreso de la Nación. El argumento de la Corte no está vinculado sólo con la asignación de esa competencia al órgano legislativo, sino que valora también los múltiples intereses en juego que deben ser contemplados y ponderados en la definición de un mecanismo apropiado de ajuste, su complejidad técnica y su impacto presupuestario⁴³². La Corte decide entonces comunicar la decisión al Gobierno y al Congreso, a fin de que un plazo razonable, adopten las medidas correspondientes para ajustar el sistema de movilidad al mandato constitucional, conforme los estándares fijados en la decisión.

La Corte advierte que el reenvío a los órganos políticos del asunto, no le impedirá en el futuro examinar a su vez la adecuación constitucional del sistema que en definitiva se adopte.

En una decisión reciente, la Corte Suprema acotó el margen de discrecionalidad del Estado para establecer criterios para la asignación de pensiones no contributivas, tema de crucial importancia, dado la dificultad de acceso de los sectores más carenciados de la población a los regímenes contributivos de Seguridad Social, en virtud de los índices de desempleo, de informalidad y de precariedad laboral. En el caso «Reyes Aguilera»⁴³³ el tribunal, consideró por mayoría (aunque con fundamentos diversos) que algunas prestaciones sociales no contributivas también están regidas por las obligaciones constitucionales del Estado en materia de derechos sociales, en especial cuando esas prestaciones tienden a la protección del derecho a una vida digna.

Por eso resulta aplicable también en este campo el examen de la razonabilidad de las normas y las políticas que las implementan. En dicho caso, la

432. La Corte establece: «Que ello no implica que resulte apropiado que el tribunal fije sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa, pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer».

433. Corte Suprema, «Recurso de hecho deducido por Luisa Aguilera Mariaca y Antonio Reyes Barja en representación de Daniela Reyes Aguilera en la causa Reyes Aguilera, Daniela c/Estado Nacional», 4 de septiembre de 2007.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Corte consideró que resultaba inconstitucional, por discriminatorio, el requisito de veinte años de residencia en el país, para acceder a una pensión por invalidez absoluta.

C. *El derecho a la salud*

Los tribunales han tenido la oportunidad de expedirse en casos en los que se reclamaban tanto obligaciones positivas (p. ej., el acceso a medicación y tratamiento) como negativas (p. ej., la prohibición de rescisión arbitraria de un contrato de medicina prepaga). Los casos se dirigen tanto contra el Estado, como contra demandados privados –obras sociales, empresas de medicina prepaga–.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos han jugado un papel importante en la identificación de un derecho a la salud constitucionalmente protegido; sin embargo, la mayoría de las causas (con algunas excepciones importantes) han sido decididas sobre bases legales.

Para el año 2005, la Corte Suprema y los tribunales inferiores habían acumulado un número importante de casos en esta materia. Sintetizaremos aquí algunas de las tendencias más importantes de esta jurisprudencia, y posteriormente presentaremos brevemente algunos de los casos más importantes⁴³⁴.

La Corte Suprema y los tribunales inferiores han reconocido la jerarquía constitucional del derecho a la salud desde la concesión de jerarquía constitucional a un número importante de instrumentos internacionales de derechos humanos, en 1994. La Corte Suprema ha sostenido que el derecho a la salud impone obligaciones positivas (y no sólo obligaciones negativas) al Estado. El tribunal ha considerado que la legislación sancionada en la material por el Congreso Federal constituye una de las medidas adoptadas por el Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales relativas al derecho a la salud.

Por ende, el incumplimiento por parte de la Administración de obligaciones establecidas por la ley, en especial de aquellas que imponen el acceso a tratamiento o medicación, abren la posibilidad de reclamo individual y colectivo por parte de las víctimas, a efectos de exigir su cumplimiento. La Corte ha dicho que el Estado federal es el garante último del sistema de salud, independientemente de la existencia de obligaciones en cabeza de otros sujetos, como las provincias o las obras sociales.

Los tribunales también han sostenido que, en cumplimiento con las obli-

434. Para un recuento más detallado, *vid.* COURTIS, 2007, pp. 703-750.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

gaciones emanadas de instrumentos internacionales, el Estado está facultado a imponer obligaciones sobre sujetos privados (como las obras sociales y las empresas de medicina prepaga) en materia de salud.

En relación con los prestadores privados que forman parte del sistema de salud, los jueces han decidido que tienen obligaciones especiales de cuidado hacia sus clientes y usuarios, que exceden el carácter de mero trato comercial. La justificación de estas obligaciones especiales proviene del carácter fundamental del derecho a la salud, cuya garantía aquellos sujetos privados han tomado a su cargo.

Los tribunales han prestado especial atención a las obligaciones tanto de actores públicos como privados, en relación con la protección de la salud de los niños y de las personas con discapacidad.

Un número considerable de casos dirigidos contra la Administración se refieren al acceso a tratamiento médico y a medicación. Los tribunales han decidido tanto casos individuales como colectivos en esta materia.

Un precedente importante de la Corte Suprema versó sobre un reclamo de cobertura individual para un niño con discapacidad. En el caso «Campodónico de Beviacqua»⁴³⁵, la Corte confirmó una sentencia de segunda instancia y ordenó al Gobierno a mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad. El Gobierno había entregado previamente la medicación, pero decidió interrumpirla, y comunicó a su madre que la provisión previa se había debido únicamente a «razones humanitarias», y que la interrupción no constituía una violación de obligaciones legales. La Corte Suprema confirmó la decisión de Cámara, y estableció que «el derecho a la preservación de la salud –comprendido en el derecho a la vida– tiene rango constitucional, "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional"»⁴³⁶; «que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga»⁴³⁷; «que los pactos internacionales protegen específicamente la vida y la salud de los niños»⁴³⁸; «que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, así como el

435. Corte Suprema, «Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas», 24 de octubre de 2000.

436. Cfr. «Campodónico de Beviacqua», cit., consid. 16.

437. Cfr. «Campodónico de Beviacqua», cit., consid. 16.

438. Cfr. «Campodónico de Beviacqua», cit. consid. 17.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

deber de los estados parte de procurar su satisfacción. Entre las medidas que deben ser adoptadas a fin de garantizar ese derecho se halla la de desarrollar un plan de acción para reducir la mortalidad infantil, lograr el sano desarrollo de los niños y facilitarles ayuda y servicios médicos en caso de enfermedad»⁴³⁹; «que los estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado»⁴⁴⁰; «que, para los estados de estructura federal, del tratado se deriva que, sin perjuicio de las obligaciones establecidas para las entidades que formen la federación, "el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto"»⁴⁴¹; «que la Convención sobre los Derechos del Niño incluye, además, la obligación de los estados de alentar y garantizar a los menores con impedimentos físicos o mentales el acceso efectivo a los servicios sanitarios y de rehabilitación, de esforzarse para que no sean privados de esos servicios y de lograr cabal realización del derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, para lo cual se debe tener en cuenta la legislación nacional, los recursos y la situación de cada infante y de las personas responsables de su mantenimiento»⁴⁴².

La Corte sintetiza su doctrina del siguiente modo: «El Estado Nacional ha asumido, pues, compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud que requiera la minoridad y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema sanitario y lo que se halla en juego es el interés superior del niño, que debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales»⁴⁴³.

En casos similares, la Corte Suprema ha decidido a favor de la cobertura médica de un niño con discapacidad de escasos recursos⁴⁴⁴, de perso-

439. Cfr. «Campodonico de Beviacqua», cit. consid. 18, con referencia explícita al artículo 12 del PIDESC.

440. Cfr. «Campodonico de Beviacqua», cit., consid. 19, con referencia explícita al art. 2.1 del PIDESC.

441. Cfr. «Campodonico de Beviacqua», cit., consider. 19, con referencia explícita a la doctrina establecida por el Comité DESC en sus Observaciones finales al Informe estatal suizo de 20 y 23 de noviembre de 1998.

442. Cfr. «Campodonico de Beviacqua», cit., consid. 20, con referencia explícita a los arts. 23, 24 y 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

443. Cfr. «Campodonico de Beviacqua», cit., consid. 21, con referencia explícita al art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

444. Corte Suprema, «Monteserin, Marcelino c. Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social – Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad», 16 de octubre de 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nas con VIH-SIDA⁴⁴⁵, de reclamos de cobertura médica contra personas privadas (como empresas de medicina pre-paga, obras sociales sindicales y obras sociales estatales)⁴⁴⁶, y ha concedido medidas cautelares para asegurar el acceso a medicación y tratamiento⁴⁴⁷. En sentido similar, también los tribunales inferiores han decidido casos a favor de los reclamantes⁴⁴⁸.

445. Corte Suprema, «A., C. B. C. Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986», dictamen del Procurador General de la Nación del 19 de marzo de 1999; decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

446. Corte Suprema, «N., L. M. y otra c. Swiss Medical Group SA», dictamen del Procurador General de la Nación del 11 de junio de 2003, decisión de la Corte del 21 de agosto de 2003; «Martín, Sergio Gustavo y otros c. Fuerza Aérea Argentina – Dirección General Bienestar Pers. Fuerza Aérea s/amparo», dictamen del Procurador General de la Nación del 31 de octubre de 2002, decisión de la Corte del 8 de junio de 2004; «M., SA s/materia: previsional s/recurso de amparo», 23 de noviembre de 2004. En el mismo sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala II «R., R. S. c. Ministerio de Salud y Acción Social y otro s/amparo», 21 de octubre de 1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, «T., J. M. c. Nubial SA», 14 de octubre de 1997.

447. *Vid.*, p. ej., Corte Suprema «Alvarez, Óscar Juan c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo», 12 de julio de 2001; «Orlando, Susana Beatriz c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo», 4 de abril de 2002; «Díaz, Brígida c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación) s/amparo», 25 de marzo de 2003; «Benítez, Victoria Lidia y otro c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo», 24 de abril de 2003; «Mendoza, Aníbal c. Estado Nacional s/amparo», 8 de septiembre de 2003; «Rogers, Silvia Elena c. Buenos Aires, Provincia de y otros (Estado Nacional) s/acción de amparo», 8 de septiembre de 2003; «Sánchez, Enzo Gabriel c. Buenos Aires, Provincia de y otro (Estado Nacional) s/acción de amparo», 18 de diciembre de 2003; «Laudicina, Ángela Francisca c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo», 9 de marzo de 2004; «Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otros/acción de amparo», 11 de mayo de 2004. La Corte concedió medidas cautelares, aunque se declaró incompetente, en «Diéguez, Verónica Sandra y otro c. Buenos Aires, Provincia de s/acción de amparo», 27 de diciembre de 2002; «Kastrup Phillips, Marta Nélida c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/acción de amparo», 11 de noviembre de 2003; «Podestá, Leila Grisela c. Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción de amparo», 18 de diciembre de 2003.

448. Ver, entre muchos otros, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, «C. y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Provincia de Buenos Aires», 2 de septiembre de 1997 (impone tratamiento a un hospital público); Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala II, «González, Amanda Esther c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro s/amparo», 15 de julio de 2002 (impone tratamiento a una obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, «Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires c. GCBA s/otras causas», 7 de octubre de 2004; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Centro de Educ. Médica e Invest. Clínicas Norberto Quirno c. GCBA s/otras causas», 22 de junio de 2004 (convalida la imposición legal de obligaciones de cobertura sobre prestadores privados); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

La Corte Suprema también ha fallado en favor de un reclamo colectivo, que involucraba el incumplimiento estatal de una cláusula de la denominada «Ley de SIDA», que obliga al Estado a proveer la medicación necesaria para el tratamiento del VIH-SIDA. En el caso «Asociación Benghalensis»⁴⁴⁹, una coalición de ONGs demandaron al Estado, solicitando el cumplimiento pleno de una ley sancionada por el Congreso de la Nación, que garantiza la provisión de medicación para luchar contra el VIH-SIDA a los hospitales públicos. La Cámara de Apelaciones concedió el amparo, y el Estado impugnó esa decisión. La Corte confirmó la decisión de Cámara, en concordancia con el dictamen del Procurador general de la Nación. El dictamen del Procurador General, seguido por el voto de la mayoría de la Corte, señala que el derecho a la salud está reconocido por tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional [cita el art. 12.c) PIDESC, los arts. 4.1 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos]. En consecuencia, «(e)l Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones

ciudad de Buenos Aires, Sala II, «Trigo, Manuel Alberto c. GCBA y Otros s/Medida Cautelar», 12 de mayo de 2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Rodríguez Miguel Orlando c. GCBA s/otros procesos incidentales», 22 de diciembre de 2004; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I «Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (Denuncia incumplimiento respecto a la afiliada Brenda Nicole Deghi) c. GCBA s/Otros procesos incidentales», 10 de febrero de 2005 (confirma cautelar que impone tratamiento a obra social estatal); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I «Zárate, Raúl Eduardo c. GCBA s/Daños y Perjuicios», 21 de agosto de 2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, «Villalba de Gómez, Leticia Lilian c. GCBA (Hospital General de Agudos Franciso Santojani) y Otros s/Daños y Perjuicios», 8 de abril de 2003; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, «Echavarría, Adriana Graciela c. GCBA y Otros s/Daños y Perjuicios», 22 de abril de 2003; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «B. L. E. y Otros c. OSBA s/Daños y Perjuicios», 27 de agosto de 2004 (concede indemnización de daños y perjuicios producidos por denegación o inadecuación del tratamiento médico); Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I «Roccatagliata de Bangués, Mercedes Lucía c. OSBA s/Otros Procesos Incidentales», 10 de junio de 2002; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Urtasun, Teodoro Alberto c. Instituto Municipal de Obra Social s/Cobro de Pesos», 22 de abril de 2004 (impone tratamiento a obra social estatal).

449. Corte Suprema, «Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional s/amparo– ley 16.688», dictamen del Procurador General de la Nación del 22 de febrero de 1999, decisión de la Corte del 1 de junio de 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio»⁴⁵⁰. Sobre esta base, el Procurador afirma, para el caso concreto, que «[d]ichos principios llevan a concluir que el Estado tiene la obligación de suministrar los reactivos y medicamentos necesarios para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad»⁴⁵¹. La sentencia cuenta con dos votos concurrentes que agregan algún énfasis y mayor detalle al dictamen del Procurador.

Otra cuestión recurrente decidida por los tribunales consiste en el problema de la inclusión y exclusión de planes de salud, en especial por parte de sujetos privados (empresas de medicina pre-paga y obras sociales). Algunos de estos casos se refieren a cuestiones de discriminación; en otros casos, la cuestión discutida está relacionada con el efecto del desempleo, dado que la cobertura de las obras sociales está relacionada con la posición de trabajador formal, el desempleo rompe este vínculo legal y causa el cese de la cobertura médica por parte de la obra social.

En el caso «Etcheverry c. Omint»⁴⁵² la Corte Suprema decidió que la negativa de una empresa de medicina pre-paga a mantener la cobertura de salud, cuando al reclamante se le detectó VIH, constituye una violación a los derechos del consumidor y al derecho a la salud. El demandante era un cliente del plan de medicina pre-paga, a través de un acuerdo realizado a través de su empleador. Cuando quedó desempleado, solicitó el mantenimiento de la cobertura, a cambio del pago del servicio. Al detectársele HIV, la empresa de medicina pre-paga se negó a mantenerlo en el plan de salud. La Corte Suprema, en concordancia con el dictamen del Procurador General, estableció que las empresas de medicina pre-paga «adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas», dado que su actividad está encaminada «a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas». La Corte ordenó a la empresa de medicina prepaga a mantener la cobertura del plan de salud al actor. El tribunal⁴⁵³, y otros tribunales inferiores, han resuelto una serie de casos similares.

Otros casos se refieren a la validez constitucional de regulaciones en

450. «Asociación Benghalensis», cit., dictamen del Procurador, consid. X.

451. «Asociación Benghalensis», cit., dictamen del Procurador, consid. X.

452. Corte Suprema, «Etcheverry, Roberto E. c. Omint Sociedad Anónima y Servicios», dictamen del Procurador General de la Nación del 17 de diciembre de 1999, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

453. Corte Suprema, «V. W. J. c. Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles s/sumarísimo», 2 de diciembre de 2004.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

materia de salud emanadas de las autoridades públicas. La Corte Suprema decidió un caso interesante, en el que una asociación civil demandó la nulidad de una resolución del Ministerio de Salud que reducía la cobertura para la esclerosis múltiple. En el caso «Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta»⁴⁵⁴, el tribunal confirmó la sentencia de segunda instancia que anuló una resolución del Ministerio de Salud que excluía del Programa Médico Obligatorio (PMO) la cobertura de algunos tratamientos relacionados con aquella enfermedad de baja incidencia y alto costo.

La Corte concordó también aquí con el dictamen del Procurador General de la Nación, y decidió que la resolución impugnada carecía de razonabilidad, y que afectaba el derecho a la salud consagrado por los tratados internacionales de derechos humanos. Aunque el Procurador no se refiere expresamente a la prohibición de regresividad, su interpretación del principio de «razonabilidad» se acerca bastante a ella.

Es interesante destacar que en este caso, a pesar del tradicional efecto individual de las declaraciones de inconstitucionalidad en la tradición jurídica argentina, el hecho de que una ONG haya llevado el caso en representación de todos los miembros del grupo de personas con esclerosis múltiple en la provincia hizo que todo el colectivo resultara beneficiario de los resultados del caso.

En algunos casos, fueron los prestadores privados de servicios de salud quienes impugnaron la imposición de obligaciones legales en materia de salud –por ejemplo, la cobertura obligatoria del tratamiento de VIH-SIDA–. La base de la impugnación fue la violación del derecho de propiedad y de la libertad contractual, y el carácter irrazonable de la reglamentación.

En el caso «Hospital Británico»⁴⁵⁵, la Corte Suprema rechazó esos agravios, y estableció que la imposición de obligaciones sobre prestadores privados de servicios de salud constituía una manera válida de cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado relacionadas con el derecho a la salud.

En otro caso, «Policlínica Privada»⁴⁵⁶, la Corte decidió que un gobierno

454. Corte Suprema, «Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c. Ministerio de Salud –Estado Nacional s/acción de amparo-medida cautelar», dictamen del Procurador General de la Nación del 4 de agosto de 2003, decisión de la Corte del 18 de diciembre de 2003.

455. Corte Suprema, «Hospital Británico de Buenos Aires c. Estado Nacional-Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo», dictamen del Procurador General de la Nación del 29 de febrero de 2000, decisión de la Corte del 13 de marzo de 2001.

456. Corte Suprema, «Policlínica Privada de Medicina y Cirugía SA c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», 11 de junio de 1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

local no puede forzar a un hospital privado a mantener la internación de un paciente cuando el período de cobertura ha finalizado, y que el Estado tenía la obligación de recibir al paciente en un establecimiento público de salud.

Los tribunales inferiores también han decidido casos interesantes en materia de derecho a la salud. En el caso «Viceconte»⁴⁵⁷, la Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo Federal tuvo la oportunidad de considerar un amparo colectivo, en el que se planteaba que la virtual interrupción de la producción de una vacuna, dirigida a erradicar una enfermedad endémica, constituía una violación del derecho a la salud. La actora actuaba en representación de una población de alrededor de 3.500.000 personas, expuestas potencialmente al contagio de la fiebre hemorrágica argentina.

El Estado había destinado previamente financiamiento para desarrollar la investigación, validado la vacuna, ordenado la producción de una partida experimental a un laboratorio extranjero, e iniciado el proceso de vacunación de la población, que de hecho resultó altamente satisfactorio en términos de prevención de la enfermedad. Sin embargo, una serie de cambios políticos y administrativos llevó a la interrupción de las obras destinadas a la construcción del laboratorio en el que se produciría localmente la vacuna. Cuando las dosis ordenadas al laboratorio extranjero se acabaron, el acceso a la vacuna cesó.

La actora alegó que la interrupción de la producción de la vacuna violaba la obligación estatal de prevenir, tratar y controlar las enfermedades endémicas y epidémicas, consagrada por el artículo 12.2.c) PIDESC. La Cámara de Apelación dio la razón a la actora, y ordenó al Gobierno prever las partidas presupuestarias y adoptar las medidas para asegurar la producción de la vacuna.

Algunos otros casos de la Corte Suprema, aunque no se refieren directamente al derecho a la salud, han tratado cuestiones directamente relacionadas con temas de salud. Por ejemplo, en el caso «Benítez»⁴⁵⁸, la Corte se enfrentó a la cuestión de la realización secreta y compulsiva, sin requerimiento de consentimiento previo, de un examen de VIH-SIDA a un oficial de la Policía Federal.

Como el examen dio positivo, el oficial fue despedido de la fuerza. Aunque la Corte Suprema afirmó (con dos disidencias) que no era ilegal que la

457. Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala IV, «Viceconte, Mariela c. Estado nacional –Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo– ley 16.986», 2 de junio de 1998.

458. Corte Suprema, «Benítez, Ricardo Ernesto c. Policía Federal s/amparo», 17 de diciembre de 1996.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Policía Federal llevara a cabo exámenes de HIV-SIDA a sus miembros sin requerir su consentimiento informado, el tribunal decidió que el despido era injustificado, que constituía un caso de discriminación por razones de salud, y ordenó su reintegración al cargo. La Corte utilizó para ello los estándares antidiscriminatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, existen algunos casos-límite en los que la Corte Suprema ha mostrado cierta renuencia a considerar la existencia de violaciones al derecho a la salud. Probablemente, el caso más representativo al respecto sea «Ramos»⁴⁵⁹; en esa causa, una mujer indigente con ocho hijos alega que está desempleada, que sus hijos no pueden concurrir a la escuela por carencia de recursos, que una de sus hijas sufre una cardiopatía y que requiere una intervención médica, y que no tiene a nadie de quien reclamar alimentos. La actora afirma que su situación y la situación de sus hijos importa una violación a los derechos sociales consagrados por la Constitución argentina y los tratados de derechos humanos ratificados por el país, y reclama asistencia de las autoridades federales y provinciales para garantizar su derecho y el de sus hijos a la alimentación, salud, educación y vivienda: solicita, por ende, un subsidio mensual para cubrir sus necesidades básicas. Requiere también cobertura médica para la cardiopatía de su hija, la garantía del derecho de sus hijos a concurrir a clases, y la declaración de inconstitucionalidad y de invalidez de la conducta de las autoridades públicas.

La Corte rechazó el amparo. Sus argumentos principales fueron: a) que la actora no demostró la existencia de una conducta manifiestamente ilegal y arbitraria del Estado, ya que las autoridades públicas no negaron directamente el acceso a la educación o al tratamiento médico a sus hijos b) que los reclamos no deberían haber sido dirigidos a los tribunales, sino a la Administración. En consideraciones *obiter dicta*, la mayoría de la Corte afirmó que no tiene facultades para evaluar situaciones de carácter general que vayan más allá de su jurisdicción, ni para asignar discrecionalmente recursos presupuestarios.

Esta opinión de la Corte es en gran medida inconsistente con sus propias decisiones previas y posteriores: dos factores podrían explicar esta inconsistencia. Desde el punto de vista técnico, la demanda era excesivamente vaga: no había mención a ninguna cláusula legal concreta; la actora superpuso una serie de reclamos diversos en la misma acción, sin especificarlos adecuadamente; tampoco ofreció a la Corte criterios para detallar el contenido de los diferentes derechos invocados.

459. Corte Suprema, «Ramos, Marta Roxana y otros c. Buenos Aires, Provincia de y otros s/amparo», 12 de marzo de 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Desde el punto de vista político, la acción fue interpuesta poco tiempo después del estallido de la devastadora crisis social, política y económica de diciembre de 2001, la peor crisis ocurrida en la historia argentina (los índices de pobreza, que fluctuaban entre el 15 y el 17 %, ascendieron al 45-50 % de la población). La Corte probablemente tuvo en miras el potencial «efecto cascada» que una resolución favorable a la actora hubiera generado en un contexto económico y político tan delicado, tanto por su posible interferencia con los poderes políticos del gobierno, como por la posibilidad de atracción de una carga insoportable de casos.

D. El derecho a la vivienda

Los últimos siete años fueron testigos de un flujo de casos sin precedente relacionado con el derecho a la vivienda, en particular ante tribunales locales. Los jueces han tenido oportunidad de expedirse tanto en casos en los que se reclamaba el cumplimiento de obligaciones negativas como positivas, y gran parte de las decisiones fueron favorables a los litigantes⁴⁶⁰.

Algunos de los casos se refieren a la relación entre el debido proceso y los desalojos forzosos. En una serie de casos decididos por la justicia local de la ciudad de Buenos Aires, los jueces declararon que una regla del código contencioso-administrativo local que concedía a la Administración el poder de lanzamiento automático contra habitantes de inmuebles del dominio privado del Estado era inconstitucional, por violar el derecho al debido proceso y a la defensa en juicio⁴⁶¹. Los tribunales subrayaron el nexo entre el derecho al debido proceso, el derecho a cuestionar judicialmente órdenes de desalojo y el derecho a la vivienda: en el caso «Saavedra»⁴⁶² el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires citan las Observaciones Generales 4 y 7 del Comité DESC.

Los tribunales inferiores han seguido criterios similares. En el caso «Gianelli»⁴⁶³, un juzgado de primera instancia decidió que, cuando entre los inquilinos amenazados por un desalojo oficial hay niños, el Gobierno tiene la

460. *Vid.*, en general, TEDESCHI, 2007.

461. Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, «Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido», 7 de octubre de 2002, y «Comisión Municipal de la Vivienda c. Tambo Ricardo s/desalojo», 16 de octubre de 2002.

462. Superior Tribunal de Justicia de la ciudad de Buenos Aires, «Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido», 7 de octubre de 2002.

463. Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 3, «Comisión Municipal de la Vivienda c. Gianelli, Alberto Luis y otros s/Desalojo», 12 de septiembre de 2002.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

obligación de proveerle alojamiento alternativo. El juez se funda explícitamente en el derecho constitucional a la vivienda, y en el derecho de los niños a la protección social.

Los juzgados penales también han decidido declinar en la persecución penal de ocupantes irregulares de terrenos fiscales. En el caso «Bermejo»⁴⁶⁴, un juzgado penal decidió que no se podía perseguir penalmente por usurpación a sesenta familias indigentes que vivían en terrenos fiscales: la persecución penal hubiera significado la criminalización de la pobreza. El juzgado requirió a la Administración la adopción de medidas para solucionar el problema, invocando el derecho a la vivienda adecuada de acuerdo a lo establecido en tratados internacionales de derechos humanos, y a las constituciones nacional y local.

Algunos casos locales han tratado la cuestión del derecho a ser incluido en planes de vivienda. La Cámara Contencioso-Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires confirmó sentencias de primera instancia y medidas cautelares que ordenaban a la Administración a abstenerse de excluir a los actores de un plan de vivienda, y a garantizar el derecho a la vivienda adecuada⁴⁶⁵. Un tribunal de segunda instancia de Neuquén ordenó al go-

464. Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 11, «Bermejo», abril 2004.

465. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Benítez, María Romilda y Otros c. GCBA s/medida cautelar», 16 de noviembre de 2001, «Ortiz Celia y otros c. GCBA s/amparo», 28 de diciembre de 2001, «Tarantino, Héctor Osvaldo y otros c. GCBA s/Amparo (artículo 14 CCABA)», 28 de diciembre de 2001; Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, «Fernández, Silvia Graciela y otros c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA) Incidente de Apelación Medida Cautelar», 7 de septiembre de 2001 (medidas cautelares), «Fernández, Silvia Graciela y otros c. GCBA s/Amparo», 28 de diciembre de 2001 (sentencia), «Silva, Mora Griselda c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)», 28 de diciembre de 2001 (la Administración debe incluir a los actores en un plan de vivienda) y 24 de febrero de 2003 (para satisfacer el derecho de acceso a la vivienda digna, el Gobierno debe incluir a la actora y a su familia), «Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires», 12 de marzo de 2002 (la cancelación subrepticia de un plan de vivienda es irrazonable, y el Gobierno debe mantener el plan hasta poder probar que la emergencia habitacional que originó el plan ha cesado), «Jasmín José A y otros c. GCBA s/amparo», 29 de octubre de 2001 (medidas cautelares), «Ríos Alvarez, Gualberto Felipe c. G.C.B.A. s/Amparo (art. 14 CCABA)», 11 de marzo de 2002, «Arrúa, Juana y Otros c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)», 11 de marzo de 2002, «Morón Jorge Luis c. GCBA s/Amparo», 8 de octubre de 2003 (la mayor parte de estos casos cita las Observaciones Generales del Comité DESC en materia de vivienda, incluyendo la prohibición de regresividad); Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 9, «Paéz, Hugo y Otros c. GCBA s/Amparo», 17 de mayo de 2004; Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 5, «Rosito Alejandra c. GCBA s/Amparo», 3 de mayo de 2004; Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Adminis-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

bierno tomar medidas para proveer tratamiento de salud a una niña y de vivienda a su familia, dada su precaria condición de salud y las posibilidades de agravamiento debidas a la carencia de habitabilidad de su vivienda⁴⁶⁶.

Las decisiones de los tribunales han obligado también a la Administración a tomar medidas para enfrentar problemas colectivos de vivienda. En el caso «Agüero»⁴⁶⁷, se planteó un amparo colectivo que involucraba la situación de ochenta y seis familias que vivían en situación irregular en terrenos fiscales. El caso se solucionó a través de un acuerdo, en el que la Administración aceptó la realización de un plan de vivienda para las familias. El incumplimiento de la Administración llevó a una nueva acción de amparo: el juzgado interviniente dictó una medida cautelar que ordenó el congelamiento de fondos suficiente para llevar a cabo el plan prometido. A raíz de ello, se llegó a un nuevo y más detallado acuerdo: los estándares internacionales de derechos humanos jugaron un papel importante en la negociación. La Administración adoptó un plan de tres etapas para construir noventa y un viviendas, y otorgó prioridad en la licitación a las empresas que ofrecieran trabajo a los residentes. También se tuvo en consideración la cuestión de la asequibilidad financiera: la Administración se comprometió a ofrecer a los residentes un crédito especial, cuyos pagos no pueden exceder del 20 % del ingreso mensual de las familias.

Otros casos relacionados con derechos habitacionales abordaron la cuestión del control judicial de la implementación de planes habitacionales –incluyendo el problema de las condiciones de habitabilidad de los lugares destinados a ello–. En el caso «Pérez»⁴⁶⁸, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires estableció que un albergue público para personas sin hogar no reunía las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó al gobierno reubicar a sus residentes.

En el caso «Delfino»⁴⁶⁹, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-

trativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 6, «Romero Liliana c. GCBA s/ Amparo», 7 de mayo de 2005, entre otros.

466. Cámara Civil de Neuquén, «Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente c/ Provincia de Neuquén», 18 de octubre de 2002.

467. Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 5, «Agüero, Aurelio E. c. GCBA s/Amparo», acuerdo homologado por el juzgado, 23 de diciembre de 2003.

468. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Pérez, Víctor Gustavo y Otros c. GCBA s/Amparo», 26 de enero de 2001.

469. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Delfino, Jorge Alberto y Otros c. GCBA s/Amparo», 11 de junio de 2004.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictaminó que los hoteles privados subsidiados por el Estado, donde se alojaban beneficiarios de planes de vivienda, no reunían las condiciones de habitabilidad necesarias, y ordenó a la Administración la adopción de medidas para proveerles vivienda adecuada.

Los tribunales también han impuesto multas a los funcionarios públicos que no cumplieron con un acuerdo judicial, que involucraba el aseguramiento de condiciones de vivienda adecuadas a un número de familias incluidas en un plan de emergencia habitacional⁴⁷⁰.

Algunos casos en los que tribunales provinciales aplicaron cláusulas constitucionales y legales locales que establecen la inembargabilidad de la vivienda familiar fueron revocados por la Corte Suprema de Justicia. El Superior Tribunal de Justicia de Córdoba había decidido que una ley local que establecía la inembargabilidad de pleno derecho de la vivienda única familiar se adecuaba a la cláusula correspondiente de la Constitución cordobesa, pero la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que la Constitución local invadía facultades del Congreso Federal, al regular materias que corresponden al Código Civil⁴⁷¹.

E. El derecho a la educación

La Corte Suprema ha decidido algunos casos en los que se discutían reclamos de padres en relación con el derecho a la educación. En un caso reciente, la Corte tuvo la oportunidad de decidir una acción de amparo en la que un grupo de padres impugnaba la decisión de la provincia de Tucumán de no seguir las prescripciones de la Ley Federal de Educación⁴⁷². La Ley tiene el objetivo declarado de asegurar la calidad de la educación, y pretende establecer reglas y estándares mínimos comunes en educación en todo el país.

La provincia de Tucumán decidió no aplicar la ley a parte del ciclo educativo, y mantuvo el esquema previo. Varios padres presentaron una acción de amparo, alegando violaciones a la Constitución y a la ley. El principal agravio constitucional articulado era la violación de la igualdad de oportunidades educativas: la decisión de la provincia de mantener un esquema educa-

470. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala II, «Ramallo, Beatriz c. Ciudad de Buenos Aires», 30 de septiembre de 2004.

471. Corte Suprema, «Banco del Suquía SA c. Juan Carlos Tomassini s/Ejecutivo», 19 de marzo de 2002.

472. Corte Suprema, «Ferrer de Leonard, Josefina y otros c. Superior Gobierno de la Pcia. de Tucumán, s/amparo», 12 de agosto de 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tivo diferente traería aparejada la falta de validez de los títulos expedidos en el resto del país. La Corte decidió a favor de los actores, e invalidó la norma provincial que decidía apartarse del régimen de la Ley Federal. La Corte cita la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el PIDESC, y señala que mantener el esquema educativo previo afectaría el derecho de los niños a proseguir sus estudios en otras provincias, y los pondría en desventaja en la búsqueda de ciertos puestos de trabajo.

El caso «Lifschitz»⁴⁷³ involucra la demanda de una familia de escasos recursos con un niño con discapacidad. Su madre alegó que el Estado se rehusó a aceptarlo en una institución de educación especial, aparentemente por falta de vacantes. Señaló también que tampoco había transporte público accesible para trasladar al niño. En el amparo se reclama al Gobierno un subsidio que cubra la asistencia a una escuela especial privada y transporte para que el niño pueda ir a la escuela. El pedido se funda en normas de rango legal, y en cláusulas de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Corte Suprema decidió que tanto las cláusulas legales, como la consideración del interés superior del niño, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, daban la razón a la actora, y obligó al Gobierno a otorgar el subsidio solicitado.

También algunos tribunales locales han decidido casos relacionados con el derecho a la educación de niños pertenecientes a minorías. El caso «RCS»⁴⁷⁴ trató la situación de la inclusión de un niño con discapacidad en una escuela regular. Un tribunal de segunda instancia de Tucumán obligó al estado a poner a disposición del agraviado –un niño en edad escolar primaria con parálisis cerebral– una maestra para asegurar su integración plena en el aula. La decisión se fundó en argumentos constitucionales y legales de carácter local.

En el caso «Painefilu»⁴⁷⁵, un juzgado civil de primera instancia de Neuquén acogió una acción de amparo colectivo presentada por una comunidad mapuche, y obligó al Gobierno provincial a adoptar las medidas necesarias para asegurar a los niños de la comunidad educación bilingüe. La Administración había ignorado los reclamos previos. La jueza ordenó a la Administración a designar a un maestro bilingüe, con la garantía de la participación de la comunidad en la elección.

473. Corte Suprema, «Lifschitz, Graciela c. Estado Nacional s/sumarísimo», 15 de junio de 2004.

474. Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, «RCS y otro c. IPSST y otros/amparo», 25 de marzo de 2005.

475. Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial de Junín de los Andes, «Painefilu, Mariano y otros c. Consejo de Educación de Neuquén», 17 de agosto de 2000.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

En un caso notable decidido por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo de la ciudad de Buenos Aires, el tribunal condenó al gobierno a construir una escuela⁴⁷⁶. Una ley sancionada por la Legislatura local establecía la construcción de una escuela en un cierto período de tiempo, pero la Administración ni siquiera había comenzado las obras. El caso fue presentado por el Asesor Tutelar, en representación del grupo de niños de origen humilde que se hubiera beneficiado con la construcción del colegio. El tribunal menciona el PIDESC y la Convención sobre los Derechos del Niño para justificar su decisión.

En el caso «Santoro»⁴⁷⁷, un tribunal de segunda instancia local consideró que la negativa del Gobierno a aceptar la transferencia de un niño de una escuela a otra era arbitraria, y revocó la decisión. La sentencia cita la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el caso «Vanzini»⁴⁷⁸, un tribunal de segunda instancia hizo lugar a una acción de amparo presentada en beneficio de un alumno de escuela secundaria, que requería la anulación de un examen, y la fijación de una nueva fecha para realizarlo, dada su particular condición de salud.

Los tribunales también han condenado al Estado a pagar indemnizaciones por daños y perjuicios sufridos por alumnos en establecimientos escolares públicos⁴⁷⁹.

F. El derecho a la alimentación

Desde el estallido de la crisis del 2001 y el brutal aumento de las tasas de pobreza, algunos casos relacionados con el derecho a la alimentación llegaron a los tribunales.

La justicia de la ciudad de Buenos Aires ordenó medidas cautelares para que la Administración incluyera a la actora y a su familiar en un plan alimentario⁴⁸⁰, y para que incluyera en un plan alimentario y proveyera de una dieta

476. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Asesoría Tutelar Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A. c. GCBA s/Amparo», 1 de junio de 2001.

477. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Santoro, Francisco Roberto y Otro c. GCBA s/Amparo (art. 14 CCABA)», 14 de mayo de 2002.

478. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Vanzini Oscar Alberto c. Colegio Liceo n° 1 Figueroa Alcorta s/Amparo (art. 14 CCABA)», 12 de mayo de 2004.

479. *Vid.*, p. ej., Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, «Raimondo Inés Beatriz c/GCBA s/Daños y Perjuicios», 26 de marzo de 2004.

480. Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 3, «C., M. D. y otros c. GCBA s/amparo», 11 de marzo de 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

adecuada a un paciente bajo tratamiento oncológico⁴⁸¹. Casos similares se registraron en las provincias de Entre Ríos⁴⁸² y Tucumán⁴⁸³.

En el caso «Defensor del Pueblo»⁴⁸⁴, la Corte Suprema dispuso medidas cautelares ordenando al Estado nacional y a la Provincia del Chaco el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas Tobas que habitan dos departamentos de esta Provincia. La Corte dispuso la medida en el marco de una acción de conocimiento promovida contra ambos estados por el Defensor del Pueblo de la Nación, en representación de los derechos colectivos de las comunidades indígenas afectadas por una situación de extrema pobreza.

Como parte de la resolución que dispone la medida cautelar la Corte Suprema pidió información sobre los censos y registros de población para definir el colectivo afectado, así como sobre los programas de salud, alimentarios y de asistencia sanitaria, de provisión de agua potable, fumigación y desinfección y los servicios de educación y habitacionales. Citó a la parte demandante y a ambos gobiernos a una audiencia pública en la sede del tribunal.

Este precedente, si bien adoptado en el marco procesal acotado de una medida cautelar (en la cual la Corte no anticipa opinión sobre la posible vulneración de derechos sociales individuales y colectivos), evidencia un grado avanzado de activismo del tribunal a partir de su nueva composición. Incluso en el remedio escogido, que consiste en la comparecencia de los gobiernos federal y provincial a una audiencia oral y pública, con la obligación previa de responder a un pedido concreto de información indispensable para evaluar la pertinencia de las políticas implementadas. En la audiencia, los jueces del máximo tribunal efectúan preguntas sobre aspectos generales y específicos de la implementación de las políticas sociales destinadas a la población afectada y requieren en su caso acciones y planes específicos. Es indudable que la gravedad y urgencia de la situación y la precaria condición de las comunidades indígenas, resultaron decisivas para que la Corte avan-

481. *Vid.* Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires n° 4, «González Rayco, Artidoro c. GCBA s/amparo», 19 de mayo de 2005.

482. Juzgado de Menores y Familia n° 2 de Paraná, «Defensor del Superior Tribunal de Justicia c. Estado Provincial-Acción de amparo», 28 de junio de 2002.

483. Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán, Sala I, «Rodríguez, José Ángel y otra c. Sistema Provincial de Salud y otro s/amparo s/medida cautelar», 10 de diciembre de 2003.

484. Corte Suprema, «Defensor del Pueblo c/Estado Nacional y otra (Provincia del Chaco) s/proceso de conocimiento», 18 de septiembre de 2007.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

zara en el asunto, inclusive involucrando al Estado federal en materias que resultan, en principio, sujetas al ámbito de las políticas públicas provinciales.

La Corte pareció seguir el mismo modelo de remedio judicial en el caso ambiental Mendoza⁴⁸⁵ por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo. En este caso, la Corte estableció deberes de información a diversas empresas que operan en la costa del Río y a los gobiernos nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires, con competencia ambiental concurrente en el problema. También en este caso la Corte les impuso a los gobiernos el desarrollo de un «plan integrado basado en el principio de progresividad» a fin de cumplir con la obligación constitucional definida en la sentencia de proteger el ambiente. La Corte además fijó un procedimiento de audiencias públicas con participación de las organizaciones demandantes y otras organizaciones de la sociedad civil para provocar una discusión participativa de las propuestas gubernamentales, abriendo así un mecanismo de supervisión y seguimiento.

G. El derecho al agua

Los tribunales argentinos han tratado un creciente número de casos relacionados con el acceso y la salubridad del agua. Las estrategias legales empleadas han sido diversas: en algunos casos, la contaminación del agua ha sido presentada como una violación del derecho a la salud, de derechos ambientales, y aun de derechos patrimoniales⁴⁸⁶; en otros casos, el objeto del litigio ha sido el de exigir la provisión de un mínimo obligatorio de agua potable, independientemente de la capacidad de pago del o de los peticionantes⁴⁸⁷. En algunos casos, los tribunales se han referido a un

485. Corte Suprema de Justicia, «Mendoza, Beatriz y otros c/Estado Nacional y otros», 20 de junio de 2006.

486. *Id.*, p. ej., Cámara Primera en lo Civil y Comercial de San Isidro, «Fundación Pro Tigre y Cuenca del Plata c/Municipalidad de Tigre y otros s/amparo», 9 de junio de 1998 (la contaminación de aguas subterráneas es ilegal; el gobierno municipal debe proveer agua potable a los vecinos que sufren la contaminación); Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, «Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo», 19 de mayo de 1997 (la contaminación de las napas por una compañía petrolera es ilícita; el gobierno provincial debe proporcionar agua potable a la comunidad indígena afectada); Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, «Defensoría de Menores n° 3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo», 2 de marzo de 1999 (similar al anterior); Cámara Federal de La Plata, Sala II, «Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica "18 de octubre" c/ Aguas Argentinas SA y otros s/amparo», 8 de julio de 2003 (medida cautelar que ordena a la Provincia, a la Municipalidad y a la empresa prestadora del servicio público de agua cesar las acciones que afectan el equilibrio hídrico del municipio y adoptar las medidas para restablecerlo).

487. Ver Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, «Villavechia de Pérez Lasala, Teresa c/Obras Sanitarias de Mendoza S.E. s/acción de inconstitucionalidad», 5 de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

«derecho al agua», mencionando la Observación General n° 15 del Comité DESC⁴⁸⁸.

H. Los derechos de los pueblos indígenas

Un creciente número de decisiones judiciales se refiere a los derechos de los pueblos indígenas.

En el caso «Wichi Hoktek T'Oi»⁴⁸⁹, la Corte Suprema hizo lugar a una acción de amparo a favor de una comunidad indígena que perseguía la anulación de dos decretos provinciales que autorizaban la tala indiscriminada de maderas situadas en sus territorios ancestrales. La provincia de Salta no había llevado a cabo consulta alguna sobre el dictado de los decretos. La Corte de Justicia local había rechazado la acción, por considerar que el caso requería mayor debate y prueba.

La Corte Suprema de Justicia revocó la decisión y reenvió el caso a la Corte Provincial, que finalmente decidió –sobre la base de la cláusula constitucional y del Convenio 169 de la OIT– que los decretos eran violatorios del derecho de la comunidad indígena a la propiedad comunal de sus tierras ancestrales, y de su derecho a ser consultada ante la toma de decisiones que la afecte. El Fiscal de Estado provincial impugnó esa sentencia ante la Corte Suprema, que respaldó la decisión del tribunal provincial.

febrero de 1990 (la prestación de servicios de agua potable y cloacas es de primera y vital necesidad, de uso obligatorio para todo beneficiario posible); Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, «ACIDECON c/OSSE M.D.P. s/amparo», 27 de abril de 1998 (el corte inmediato de los servicios de agua por falta de pago es abusivo); Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, «Ambientalista del Sur c/Azurix SA», 3 de mayo de 2000 (medida cautelar que obliga a la compañía prestadora del servicio de agua a proporcionar agua potable envasada a los usuarios hasta tanto se supere el problema de contaminación del agua entubada); Juzgado de Primera Instancia de Paz de Moreno, Provincia de Buenos Aires, «Usuarios y consumidores en defensa de sus derechos c/Aguas del Gran Buenos Aires s/amparo», 21 de agosto de 2002 (declaración de inconstitucionalidad de la norma legal que permite el corte de agua por falta de pago del servicio domiciliario de agua; se ordena a la compañía acabar con los cortes y reconectar el servicio de quienes hubieran sufrido cortes); Juez Sustituto de Primera Instancia y 51 Nominación en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Córdoba, «Quevedo, Miguel Ángel, Márquez, Ramón Héctor, Boursiac, Ana María, Pedernera, Luis Óscar y otros c/Aguas Cordobesas SA s/amparo», 8 de abril de 2002 (aunque el corte por del servicio por falta de pago no es manifestamente ilegal, la compañía tiene la obligación de proveer una cantidad mínima de agua a los afectados).

488. *Vid.*, p. ej., Juzgado Civil y Comercial de 8 Nominación de Córdoba, «Marchisio, José Bautista y otros s/amparo», 16 de octubre de 2004 (ordena a la municipalidad adoptar medidas para minimizar la contaminación del río Suquía, y a la Provincia proporcionar una cantidad mínima de agua potable a los peticionantes).

489. Corte Suprema, «Comunidad Indígena Hoktek T'Oi Pueblo Wichi c. Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/amparo», 8 de septiembre de 2003.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

El caso «Lhaka Honhat»⁴⁹⁰ involucraba la demanda de una comunidad indígena contra un plan provincial destinado a subdividir y adjudicar a terceros lotes pertenecientes a su tierra ancestral, que se encontraban en proceso de reconocimiento. El caso generó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aunque el Estado nacional llegó a una solución amistosa con la comunidad, la provincia continuó adjudicando lotes a terceros. La comunidad presentó una acción de amparo ante la justicia local, que también fue rechazada por considerarse que era necesario mayor debate y prueba. El caso llegó finalmente a la Corte Suprema, que revocó la decisión de la justicia provincial y ordenó al Gobierno provincial detener la adjudicación de lotes a terceros y emitir el título correspondiente a la comunidad.

También han producido un apreciable número de sentencias sobre la materia los tribunales locales, entre los que se incluyen decisiones sobre conflictos relativos a las tierras históricas de comunidades⁴⁹¹, y sobre el reconocimiento de que las diferencias culturales y la existencia de conflictos sobre las tierras ancestrales son razones que justifican el rechazo de acciones penales en contra de miembros de pueblos indígenas⁴⁹².

8.4. GARANTÍAS

Del texto constitucional de 1994 surge un mandato claro para la formulación de políticas públicas en el área social. Este mandato constitucional prevé un mecanismo de seguimiento y responsabilidad que involucra en el sistema a políticos, sociales y económicos en el proceso de definición de políticas e incorpora el principio de igualdad y no discriminación.

Este sistema de garantías se ejecuta por el mayor activismo judicial que conlleva la obligación de todas las instancias del Estado de «diseñar e implementar políticas públicas que promuevan su respeto en condiciones de igual-

490. Corte Suprema, «Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta», 15 de junio de 2004.

491. *Id.*, p. ej., Juzgado de 1ª Instancia de lo Civil, Comercial y de Minería de Pico Truncado – Provincia de Santa Cruz, «Paisman, Rubén Alejandro c. Consejo Agrario Provincial S/Acción de Amparo», 24 de marzo de 2000; Cámara Civil y Comercial de Jujuy, Sala I, «Comunidad aborigen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochinita c. Provincia de Jujuy», 14 de septiembre de 2001; Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minería n° 5, IIIª Circunscripción Judicial de Río Negro, «Sede, Alfredo y otros c. Vila, Herminia y otros s/Desalojo», 12 de agosto de 2004; Tribunal Superior de Justicia de Río Negro, «CO. DE. C. I. de la Provincia de Río Negro s/ acción de amparo», 16 de agosto de 2005.

492. *Id.*, p. ej., Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, «Puel, Raúl s/daño», 12 de marzo de 1999; Juzgado de Instrucción n° 2 de San Carlos de Bariloche, «Fernández, Edgardo R. s/ usurpación, 21 de abril de 2004; Juzgado de Instrucción n° 2 de San Carlos de Bariloche, Guarda Fidel psa. Usurpación», 10 de noviembre de 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dad». Esto conlleva el deber de respetar ciertas reglas básicas de procedimiento que inciden por ejemplo en el deber de organizar un servicio y en la gestión administrativa de los programas.

En otro orden de ideas, la doctrina ha influido mediante la creación de principios jurídicos del derecho social que determinan una nueva relación de los ciudadanos con el Estado, buscando no sólo una función distributiva por parte de este último⁴⁹³ sino el reconocimiento de una igualdad de estatus entre los miembros de una determinada comunidad.

Como contrapartida, la doctrina brinda a los ciudadanos y ciudadanas la posibilidad de desplegar estrategias variadas para monitorear y exigir esta obligación, de establecer regulaciones que impidan el abuso de las partes más poderosas en las relaciones contractuales particulares. Esto quiere decir que el margen de discrecionalidad en lo referente a política social se acota a si la política se adecua o no a lo que establece el derecho social en cuestión.

Sin embargo, es necesario mencionar que esta postura no es absoluta y que existen ciertos doctrinarios que expresan que el poder judicial no posee competencia en contiendas donde se discuten políticas públicas o que incluso cuestionan el valor del litigio estratégico como herramienta de reclamo y actuación judicial.

8.5. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, podemos ver que el camino de la protección constitucional de los derechos sociales en Argentina ha sido largo y con un sinnúmero de avances y retrocesos, siendo las reformas de 1949 y 1994, las más importantes y progresistas en miras a la construcción del Estado Social argentino. En este sentido, se ha podido observar que si bien la evolución en materia de exigibilidad de derechos sociales en Argentina ha sido importante –especialmente en algunas instancias como la ciudad de Buenos Aires–, aún subsisten cuestionamientos teóricos y ciertos dilemas que limitan la finalidad de alcanzar una efectiva institucionalización de las políticas públicas con un enfoque de derechos sociales.

Paralelamente, el desmantelamiento del Estado de Bienestar iniciado con la última dictadura militar (1976-1983) y finalizado con el período menemista (1989-1999), privó durante un período significativo al aparato Estatal

493. Esto requiere de alguna manera la conformación de un modelo particular de Estado social y democrático que asuma un piso mínimo de igualdad y la garantías de ciertos mínimos sociales que posibilite una cohesión social y un desarrollo político necesario para la construcción de consensos políticos y legitimación por parte de la sociedad.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de estructuras y recursos suficientes para dar efectividad a estos derechos. De este modo, la situación de la crisis económica del 2001 y 2002, generó programas de auxilio para los estratos más bajos de la sociedad sin que se implementara políticas integrales de educación, salud y previsionales, auténticas e inclusivas, impidiendo así una efectiva garantía de dichos derechos sociales y una verdadera distribución equitativa de la riqueza.

En miras a una nuevo criterio adoptado por la Corte Suprema desde su última composición y gracias a la claridad de los aportes de la doctrina especializada en la materia, se han abierto nuevos canales de exigibilidad de estos derechos y se ha avanzado en la determinación de un rol más activo por parte del poder judicial en la regulación y control de las políticas públicas conforme a la búsqueda de garantías más igualitarias de estos derechos. Sin embargo, aún hay cuestiones cuya determinación permanece abierta. Entre ellas, el problema del contenido esencial del derecho a la salud de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos (es decir, el contenido obligatorio del derecho que no puede ser desconocido, postergado o alterado por el legislador ordinario). Resulta trascendente además seguir avanzando para mitigar las lamentables secuelas a nivel social que aún hoy a diez años de la última crisis económica nacional y a pesar de las mejoras macroeconómicas que han marcado a la economía argentina de los últimos años no logran traducirse en reales mejoría sociales orientadas a una mayor cohesión social.

Capítulo III

Presupuestos de teoría y dogmática constitucional

1. PRESUPUESTOS ESTRUCTURALES*

1.1. LOS TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES

El Derecho (también el Derecho constitucional) es, entre otras cosas y seguramente en primer lugar, lenguaje y ante todo, lenguaje deóntico. Las fórmulas lingüísticas que utiliza son variadas, de lo que deriva la existencia de tipos también variados de normas jurídicas. Esta consideración, diríamos analítica o estructural de las normas, y en especial de las normas constitucionales, nos parece el necesario punto de partida de cualquier dogmática seria¹, pues para ésta, evidentemente, no todas las normas constitucionales significan lo mismo².

En relación con la tipología de las normas constitucionales, se imponen algunas elementales consideraciones previas: 1) si el constituyente decidió utilizar una determinada fórmula lingüística y no otra, hay que atender primero a esa opción, partiendo de la literalidad de las palabras empleadas (p. ej., no es lo mismo «podrá» que «deberá»), a la vista de su contexto y del uso dominante de las categorías jurídicas (p. ej., el término «derecho» –subjetivo– tiene un significado bastante preciso en la dogmática y no cabe renunciar arbitrariamente a él); 2) si se argumenta adecuadamente, con carácter excepcional pueden admitirse cambios en dicha inicial configuración lingüís-

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

1. Así, VILLACORTA MANCEBO, 2000, p. 82, con referencia a BURCKHARDT.

2. Por todos, valga la referencia al pionero y muy citado trabajo de NIETO (1983, esp. pp. 407-409).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tica de las normas, pero siempre en sentido ampliatorio³, nunca reduccionista (p. ej., podría deducirse un derecho de una obligación, pero no negar la existencia de un derecho cuando el texto utiliza este término); 3) la dogmática ha de reducir la complejidad, es decir, no debe proponer más tipos normativos que los necesarios⁴.

Aunque parezca extraño, la doctrina española del Derecho constitucional, frente a lo acontecido en otras latitudes⁵, apenas se ha ocupado de la problemática de la tipología de las normas, aunque hay aportaciones interesantes de profesores de Derecho administrativo⁶ y de Filosofía del Derecho⁷. Siguiendo el aludido criterio de simplificación y teniendo a la vista las propuestas citadas, proponemos la siguiente tipología⁸:

a) Principios constitucionales. Los principios son las normas estructuradoras del sistema, las que le dotan de fundamento y sirven para comprender la mayor parte de las demás; es natural, por tanto, que encuentren concreción en otras normas. Como normas que son, los principios han de tener un significado jurídico independiente, esto es, su contenido va más allá de la suma de las normas que los concretan⁹. Los principios de la CE se encuentran en los artículos 1 (valores superiores¹⁰, forma de Estado), 2 y 137 (forma de Estado) y 10 (fundamento del orden constitucional e inserción en la co-

3. La Constitución se inserta en la Historia pero contiene un mandato implícito de progreso; p. ej., Preámbulo y art. 9.2.
4. Últimamente, por todos, LINDNER, 2005, pp. 44 y ss., 427 y ss. y 478 y ss.
5. La doctrina alemana dedica mucha atención a esta materia. En castellano, p. ej., STERN, 1987, pp. 265 y ss., incurriendo, a nuestro juicio, en el criticado exceso de categorías.
6. P. ej., SANTAMARÍA PASTOR, 1988, pp. 449-451 o MUÑOZ MACHADO, 2004, pp. 145 y ss.
7. P. ej., RUIZ MANERO, 2007, pp. 63 y ss.
8. En relación con los principios rectores, LÓPEZ PINA (1996, pp. 31 y ss.), influido por la doctrina alemana, denomina «tareas del Estado» a lo que nosotros llamamos mandatos a los poderes públicos (terminología que preferimos mantener, por considerar innecesariamente compleja la distinción alemana entre funciones, fines y objetivos del Estado) y añade las garantías institucionales, de las que sólo cita tres ejemplos (la familia, la Seguridad Social y las organizaciones profesionales). Pues bien, estas tres normas encuentran fácil encaje en otros de los tipos que proponemos, y asumimos la conocida tesis de BAÑO LEÓN (1988, pp. 177-179) sobre la inconveniencia de seguir manteniendo la categoría de la garantía institucional.
9. En contra parece DE OTTO (1988, pp. 129 y 141), en una postura excesivamente positivista, que no compartimos. Tiene razón PRIETO SANCHÍS (2007, p. 208) cuando señala que atribuir mayor importancia a los principios (p. ej., precisando su significado *también* fuera del texto de la CE) pone en cuestión la forma clásica de razonar del positivismo; en el mismo sentido, ZAGREBELSKY, 1995, pp. 111 y ss. De interés, asimismo, la postura ecléctica, que compartimos, de ARAGÓN REYES, 1989, pp. 67 y ss.
10. Aceptamos la tesis de la sustancial identidad entre valores jurídicos y principios jurídicos. En este sentido, p. ej., SANTAMARÍA IBEAS, 1997, pp. 147-148.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

munidad internacional). Cuando la CE utiliza en otros lugares el término principio lo hace sin rigor¹¹.

Los principios se caracterizan por su elevado grado de indeterminación, del que se deriva su difícil (pero no imposible, pues en ese caso no serían normas) exigibilidad, y más en concreto, justiciabilidad¹². Su función principal¹³ es suministrar elementos para la interpretación de las demás normas, y específicamente, de las normas de derechos fundamentales (*infra*, IV, 4.3.2). Como la cuestión es importante, dedicamos a ella el apartado 2 de este capítulo.

b) Mandatos a los poderes públicos. En esta categoría incluimos las normas que imponen actuaciones positivas, más o menos concretas, a uno o más de los poderes públicos. Se trata de la categoría seguramente más novedosa de las Constituciones actuales, por mucho que parte de la doctrina actual no quiera verlo (*supra*, I, 3). Normalmente pretenden determinados fines y sólo por eso son criticadas por algunos autores. Ahora bien, tales normas existen y por tanto su análisis es ineludible. Estos mandatos a los poderes públicos, que normalmente vienen a concretar el principio del Estado social, tienen una fuerza vinculante de la que carecen los objetivos políticos no constitucionalizados, pero no llegan al nivel de exigibilidad característico de las reglas. Por su estructura se asemejan más a los principios, en el sentido de ALEXY, pues pueden cumplirse «más o menos»¹⁴. Permiten un cierto margen de maniobra en cuanto a su forma de realización por parte de los poderes públicos obligados; algo natural, especialmente por lo que al Parlamento se refiere, pues una limitación excesiva de su discrecionalidad política pondría en entredicho el principio democrático.

c) Normas de organización y procedimiento. El grupo más numeroso de normas constitucionales es el conformado por las disposiciones reguladoras de órganos y procedimientos, dentro de los cuales podemos incluir las

-
11. Serían «principios de Derecho positivo», en expresión, poco afortunada, de BELADÍEZ ROJO, 1994, pp. 137-139.
 12. Coincidimos con BELADÍEZ ROJO en que de los principios no cabe derivar derechos subjetivos (1994, pp. 84 y ss.), más cuando la CE es generosa en el reconocimiento de derechos fundamentales; *vid.*, no obstante, para el Estado social, NICOLÁS MUÑIZ (1980, p. 178), si bien pensando más bien en el caso alemán. No estaríamos tan de acuerdo con BELADÍEZ en que de los principios sólo derivan obligaciones negativas: el principio del Estado social puede imponer, en casos extremos (seguramente de laboratorio, pues la CE también es generosa en la configuración de mandatos de actuación a los poderes públicos), obligaciones positivas.
 13. Para otras funciones, PRIETO SANCHÍS, 1992, pp. 151 y ss., o BELADÍEZ ROJO, 1994, pp. 99 y ss.
 14. ALEXY, 1993, p. 86. En que los derechos fundamentales sean principios no estaríamos ya tan de acuerdo: acertadamente, RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, 2000, esp. pp. 41-42.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

garantías, que son siempre orgánicas o procedimentales (*infra*, VI, 1). Normalmente tienen un grado de determinación muy elevado, por lo que su exigibilidad resulta sencilla.

d) Normas de reconocimiento de derechos. Todos los derechos reconocidos en la Constitución son derechos fundamentales y las divisiones tradicionalmente establecidas dentro de esta categoría resultan innecesarias¹⁵. De entrada, para poder afirmar la existencia de un derecho fundamental será preciso encontrar una norma material que, con expresiones del tipo «todos tienen derecho», «se garantiza», «se reconoce» o similares, permita entender que se quieren proteger intereses individuales. Para la exacta determinación de dicho catálogo, esto es, de qué figuras concretas pueden ser calificadas como pertenecientes a la categoría del derecho fundamental, no parece relevante acudir al simple criterio de la ubicación sistemática en una u otra parte del texto constitucional¹⁶: si un derecho cuenta con las dos garantías típicas de la Constitución normativa (vinculación del legislador y garantía judicial), es ya un derecho fundamental, con independencia del lugar de la Constitución donde se encuentre. La circunstancia de que un derecho, por ubicarse fuera de la llamada parte dogmática de la Constitución o de un apartado de la misma especialmente reforzado, cuente con un nivel menor de garantías (careciendo, por ejemplo, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, del que sólo se benefician, en nuestro sistema, un cierto número de derechos) no impide que sea considerado, en términos conceptuales, un derecho fundamental.

Los derechos fundamentales, además de encontrar reconocimiento en una norma constitucional, deben ser identificables con posiciones jurídicas individuales, esto es, con derechos subjetivos. Es decir, por definición, la existencia de un derecho fundamental exige la presencia, en la Constitución normativa, de una norma material de la que pueda deducirse el reconocimiento de una figura identificable con un derecho subjetivo: no hay derechos fundamentales que no sean, al menos, derechos subjetivos y un derecho fundamental no puede tener *sólo* carácter objetivo (*infra*, IV, 4.2.2).

La determinación del catálogo de los derechos fundamentales se traduce

-
15. Tampoco compartimos la tesis de BASTIDA (2007, pp. 120 y ss.), en cuya virtud puede haber unos derechos más fundamentales que otros. Por su parte, PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED (2003, esp. pp. 280 y ss.) viene a considerar a los derechos sociales del capítulo III como derechos constitucionales y no fundamentales, tesis que tampoco compartimos, si bien es cierto, como señala el autor (y en una dirección similar, TEROL BECERRA, en prensa), que el desarrollo legal de los derechos sociales ha acabado por diluir las diferencias y por tanto la virtualidad práctica del art. 53.3 CE.
 16. Éste es el punto de vista de un influyente trabajo de CRUZ VILLALÓN (1989, p. 39), que seguramente no ha resistido el paso del tiempo.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

en la fijación de un número más o menos amplio de figuras, dotadas cada una de ellas de un contenido relativamente concreto. Por ello, en principio, no suele admitirse la existencia de un derecho general de libertad (o al «libre desarrollo de la personalidad», como dice el art. 10.1 CE) ni un derecho a la dignidad de la persona con categoría de derechos fundamentales. Salvo que de la Constitución pueda deducirse con claridad lo contrario, lo normal será que el alcance de estas normas sea el propio de los principios, no el de los derechos estrictamente considerados. Éstos parecen exigir un contenido en cierta medida determinado y consolidado; algo impuesto, en cierto modo, por la naturaleza misma de los derechos subjetivos. En otras palabras, la ambigüedad de las categorías libertad o dignidad parece tan elevada que los preceptos que las incluyen suelen entenderse como normas de principio y no como normas materiales de reconocimiento de derechos.

Atendiendo a la naturaleza de las típicas normas de reconocimiento de derechos, resulta discutible, como ya hemos señalado, la muy difundida tesis de Robert ALEXY según la cual los derechos son principios o «mandatos de optimización», ya que, como sostiene este autor, las normas de derechos, a diferencia de las reglas, admiten ser realizadas más o menos, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. Ciertamente, algunas figuras de derechos (todos los DFSP) admiten un contenido adicional (*infra*, IV, 4.2.4), lo que puede dar lugar a diferentes grados de satisfacción de los intereses implicados, pero incluso en estos casos los derechos conservan un contenido mínimo, indisponible por el legislador. También es cierto que, en muchos casos, el contenido de los derechos se presenta en extremo abierto, lo que abre paso a diversas determinaciones de aquél. Sin embargo, la consolidación de los métodos de interpretación y, sobre todo, la existencia de reglas de atribución de competencias en la materia, reduce bastante la incertidumbre (*infra*, IV, 4). La categoría de los principios está muy consolidada en la dogmática constitucional y se define, ante todo, por un grado elevado de indeterminación que, a nuestro juicio, no se da en los derechos fundamentales. Téngase en cuenta que seguramente los derechos perderían fuerza si dejáramos en exceso abierta la determinación de su contenido. La concepción de ALEXY es útil, en todo caso, para explicar algunas peculiaridades de la interpretación de los derechos. Sin embargo, debe tomarse con cautela por cuanto puede implicar una reducción de la vinculación de los derechos fundamentales *como derechos*.

La CE utiliza una categoría extraña en el Derecho comparado y que no encaja con exactitud en ninguno de los cuatro tipos de normas mencionados hasta ahora: los «principios rectores de la política social y económica», que es el nombre del capítulo III del Título I. A nuestro juicio, la mención del

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

constituyente a estos principios no autoriza a modificar nuestra clasificación, pues dentro de ese capítulo III podemos encontrar sin demasiada dificultad ejemplos de aquellos tipos y no hay en tal capítulo ningún precepto que no pueda encajarse en los mismos: los «principios rectores» no son una innovación del constituyente a la tipología de las normas asumida por la dogmática¹⁷. En rigor, no hay en el aludido capítulo ningún principio propiamente dicho¹⁸ pero sí derechos, mandatos a los poderes públicos y normas de organización y procedimiento.

1.2. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES; APROXIMACIÓN PRELIMINAR AL PROBLEMA DE SU JUSTIFICABILIDAD

En principio, no hay prevalencia de unos tipos de normas sobre otros, pues todos tienen el mismo rango; si acaso, desde una concepción personalista de la Constitución, podríamos admitir una cierta primacía de las normas de reconocimiento de derechos sobre las demás. La cuestión material, seguramente irresoluble¹⁹, no debe preocuparnos en esta inicial aproximación estructural; sin embargo, a efectos sistematizadores y pragmáticos, debemos tomar en consideración primero uno de los tipos mencionados, a fin de articular mejor nuestro discurso, y para ello escogemos las normas de derechos fundamentales.

Interesa, de entrada, completar nuestras anteriores consideraciones sobre las normas de derechos fundamentales con nuevas precisiones sobre el concepto de derecho fundamental, que es a un tiempo material y formal, pero predominantemente formal. Los derechos fundamentales son aquellos

17. En contra, Cossío DÍAZ, 1989, pp. 279-285, con una argumentación poco convincente.
18. BELADÍEZ ROJO (1994, pp. 88-93) afirma (y la simplificación sorprende, dentro de un trabajo muy bien construido) que *todo* lo que hay en el capítulo III son principios, y «ello a pesar de lo que pudiera desprenderse [del] tenor literal» de las normas respectivas. La autora, con quien evidentemente no coincidimos en este punto, no argumenta sin embargo su tesis, cuya razón última puede encontrarse quizás en el argumento pragmático expuesto líneas atrás (p. 87): la dificultad de cumplir con el programa normativo característico de estas normas. También este argumento sorprende, y a combatirlo se dedica precisamente gran parte de esta obra: si la dogmática se esfuerza en concretar su contenido deóntico, la dificultad no es tal.
19. DE CABO (2001, esp. p. 130) viene a proponer una suerte de cambio de paradigma en la dogmática, a su juicio excesivamente escorada hacia las normas de derechos. Aunque las tesis de la primacía de los principios y del reequilibrio entre lo subjetivo y lo objetivo tienen su parte de razón (sobre ello, *infra*, IV, 4.2.2), no acabamos de comprender hacia donde quiere llevarnos exactamente el autor, que finalmente viene a reconocer que «los derechos fundamentales junto a su valor propio se han mostrado necesarios para abrir cauces jurídico-constitucionales a los derechos sociales» (p. 134).

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

derechos que el poder constituyente ha considerado los más importantes (la gran mayoría son también derechos humanos), los seleccionados para gozar del mayor nivel de garantía. Si bien el elenco de garantías de los derechos fundamentales varía ligeramente de unas figuras a otras, su mera incorporación al texto constitucional implica ya, por sí sola, un nivel de protección muy elevado, claramente superior al propio de los derechos subjetivos de rango legal.

Resulta correcta la afirmación de que no existen derechos fundamentales sin garantías constitucionales. Si además, como decíamos, los derechos fundamentales son, al menos, derechos subjetivos, tales garantías han de incluir la garantía judicial²⁰. En este punto hemos de compartir la tesis de FERRAJOLI, válida sobre todo para el Derecho constitucional²¹, con reminiscencias del viejo Kelsen, en cuya virtud validez y eficacia (entendida en términos sociológicos, como efectividad de las normas) se mueven en distintos planos: que una norma no se cumpla no quiere decir que no exista como norma. En España, la cuestión de la efectividad no resulta, frente a lo que a veces se afirma, especialmente problemática²². Mayor dificultad puede plantear la cuestión de la existencia de garantías en la misma Constitución, que es un problema de validez, y por tanto, interpretativo²³.

-
20. Huelga citar aquí las numerosísimas definiciones doctrinales de derecho subjetivo, incluso en el sentido jurídico (y no moral) del término. No todas ellas incluyen la garantía judicial (aunque sí la exigibilidad jurídica; p. ej., ARANGO, 2005, pp. 8 y ss.) pero este elemento es irrenunciable *en nuestro sistema*, a la vista del art. 24.1 CE; acertadamente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004, p. 34): «reconocimiento por el Derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición». Como recientemente nos ha recordado PEGORARO (2011, pp. 18 y ss.), hay muchos usos del término «derecho» y no es lo mismo definirlo desde la teoría general del Derecho que desde una teoría del Derecho adecuada a un determinado ordenamiento positivo, y ésta ha de ser nuestra perspectiva.
 21. No tanto para el Derecho internacional, como demostramos en ESCOBAR ROCA, 2000, pp. 521 y ss.
 22. GARCÍA MANRIQUE (2010, pp. 78-79) sostiene que uno de los elementos característicos de los derechos sociales (él llega prácticamente a considerarlo definitorio) es la mayor distancia que presentan entre la norma y la realidad. Esto es sin duda válido para la mayor parte de los países pobres, pero no para España. A nuestro juicio, no hay argumentos empíricos que avalen que, p. ej., la libertad de expresión o la tutela judicial son más efectivas en nuestro país que el derecho a la educación o a la salud.
 23. Como es sabido, la tesis central de FERRAJOLI es que los derechos preceden a las garantías, y que si un derecho carece de garantías, éstas deben extraerse mediante la interpretación. De acuerdo, pero hasta cierto punto, pues el Derecho es dúctil, pero no completamente dúctil y la interpretación tiene su límite en el texto: si el texto niega expresamente la garantía o esta no puede deducirse de aquél siguiendo los métodos propios de la interpretación jurídica, el argumento de FERRAJOLI no sirve.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En rigor, para que los derechos puedan ser calificados como fundamentales no basta con su inclusión en un texto denominado Constitución. Resulta necesario que esa Constitución (o, al menos, la parte de la Constitución que los reconoce²⁴) sea una auténtica Constitución, esto es, una norma jurídica (no un documento político ni una declaración moral) que ocupe el lugar más alto en la jerarquía normativa, y la CE sin duda cumple estos requisitos (*infra*, IV, 1.1). Aplicada a los derechos, la normatividad suprema de la Constitución tiene, de entrada, tres importantes y necesarias implicaciones:

a) Como norma *suprema* que es, la Constitución se impone al legislador (y, como es obvio, también al resto de los poderes públicos), de forma tal que los actos y omisiones del Parlamento contrarios a los derechos fundamentales son inconstitucionales y por tanto nulos. Debe existir, por tanto, un mecanismo de control jurídico del legislador, y precisamente para ello contamos con el sistema de control de constitucionalidad de las leyes, en nuestro caso concentrado en el Tribunal Constitucional. Sin necesidad de entrar ahora en el problema del control de constitucionalidad de las omisiones del legislador (difícil pero no imposible, *infra*, V, 3.7.3), resulta claro que todos los derechos fundamentales sociales son parámetro de control de constitucionalidad.

b) Como norma *jurídica*, la Constitución resulta aplicable por cualquier tribunal. En consecuencia, los derechos fundamentales pueden ser exigidos ante los jueces, en cualquier orden y en cualquier procedimiento.

c) De la conexión entre la superioridad de la Constitución sobre la ley y la plena normatividad jurídica de aquella se deduce que los derechos fundamentales cuentan con una genérica garantía judicial directa, que no requiere la intermediación del legislador. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos por su mera incorporación a la Constitución, esto es, son derechos «originarios»; de otra forma, no estaríamos propiamente ante *derechos* fundamentales. Por definición, no puede haber derechos fundamentales *de configuración legal*. Si se permite la utilización de esta categoría (utilizada, p. ej., por el Tribunal Constitucional para caracterizar el acceso a las funciones y cargos públicos y la tutela judicial) es sólo para llamar la atención, bien sobre la mayor necesidad que tienen algunos derechos de una determinación legal de su contenido, bien sobre la mayor libertad del legisla-

24. Correctamente, BASTIDA, 2007, pp. 115 y ss., aunque finalmente el autor concluye que los derechos sociales no son fundamentales, basándose en la interpretación tradicional del art. 53.3 CE, que enseguida combatiremos.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

dor para fijar dicho contenido²⁵. Está claro que también los llamados derechos de configuración legal son directamente exigibles ante los tribunales: de otra forma no serían derechos fundamentales.

Si un derecho fundamental es vulnerado por el legislador (por acción o por omisión), los particulares deben tener alguna posibilidad de exigir ante los tribunales la tutela de su derecho. Incluso en los sistemas de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, como el nuestro, cabe la posibilidad de solicitar al juez la suspensión del proceso hasta que el Tribunal Constitucional resuelva sobre la cuestión²⁶ o de forzar la llamada autocuestión de inconstitucionalidad en un recurso de amparo (*infra*, V, 3.7.4).

Debe insistirse en que la ausencia de regulación legal de un derecho no es óbice para su exigibilidad judicial. En estos casos, el juez debe proceder a determinar autónomamente su contenido, afirmación que vale también para los DFSP. En casos extremos, podría incluso llegarse a apreciar la responsabilidad del Estado legislador cuando, existiendo una clara obligación constitucional de legislar, no se dictó norma alguna.

Un amplio sector de nuestra doctrina sostiene, normalmente sin demasiada argumentación, casi como algo que «se da por sabido», que los derechos ubicados en el capítulo III del título I de la CE no son derechos fundamentales²⁷, no porque sean menos importantes que los demás (parece claro que son derechos humanos, *infra*, IV, 3.3) o porque tengan una estructura diferente (lo que resulta básicamente correcto, *infra*, IV, 4.1.2), sino porque no son justiciables de manera directa (sin desarrollo legislativo), esto es, porque no son originarios. Formalmente, el argumento es correcto: los derechos fundamentales exigen la garantía judicial directa, la CE impide esta garantía, luego los derechos del capítulo III no son «auténticos» derechos fundamentales y la misma expresión «derechos fundamentales sociales» encierra, para los del capítulo III, una contradicción lógica.

El argumento se apoya, ante todo, en el artículo 53.3 CE, según el cual «los principios reconocidos en el Capítulo III [...] sólo podrán ser alegados

-
25. Así, REQUEJO PAGÉS (2001, p. 135: «la abstención legislativa no se traduce en la imposibilidad de ejercicio del derecho») o Díez-PICAZO, 2008, pp. 126-128. Desde una perspectiva más general y aplicada a nuestro ámbito de estudio, p. ej., MONEREO ATIENZA, 2005, p. 284: «La exigencia de desarrollo legislativo no vacía de contenido constitucional a los derechos sociales y ni siquiera impide la vertiente subjetiva de los mismos».
 26. En relación con los DFSP esta mínima justiciabilidad es oportunamente destacada incluso por la lectura tradicional del art. 53.3 CE; p. ej., COBREROS MENDAZONA, 1987, p. 54; SERRANO, 1987, p. 118; o PORRAS RAMÍREZ, 2004, pp. 668-669.
 27. Raramente se niega *fundamentalidad* a la educación y al trabajo, que están en el capítulo II.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ahora bien, cabe una interpretación del precepto alternativa a la dominante²⁸ y por tanto la premisa menor («la CE impide la garantía judicial de los derechos del capítulo III») es falsa. Veamos los métodos de interpretación al uso y lo que (en nuestra opinión) nos aportan para aclarar el correcto significado del artículo 53.3²⁹:

- a) *Interpretación literal (1)*: los artículos 43.1, 44.1 y 47 CE hablan de «derecho» y en la dogmática jurídica no hay otros derechos que los subjetivos, los cuales, por definición (y si no, léase el art. 24.1 de la propia CE), son justiciables. Además, el artículo 53.3 reconduce la (pretendida) no justiciabilidad (directa) a los «principios» del capítulo III y en dicho capítulo hay principios (en realidad, mandatos a los poderes públicos) y derechos, además de otras cosas (normas de organización y procedimiento). Literalmente, el precepto se refiere a los primeros (mandatos) y no a los segundos (derechos).
- b) *Interpretación literal (2)*. «De acuerdo con» puede equivaler, literalmente, a «sin contradecir», no a «mediante previas». Compárese si no con la interpretación dominante de la misma expresión en otros lugares del texto constitucional, y especialmente (p. ej.) con la interpretación dominante del artículo 97: como afirma la doctrina mayoritaria (*infra*, IV, 4.4), que el Gobierno ejerza la potestad reglamentaria «de acuerdo con» las leyes no quiere decir que sea ilícito el reglamento independiente, pues este cabe en la Constitución, a menos que haya una reserva específica de ley en la misma Constitución.
- c) *Interpretación auténtica*. El Informe de la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso (1978) suprimió la primitiva redacción del anteproyecto, mucho más claramente restrictiva («Sin embargo, no podrán ser alegados, directamente, como derechos subjetivos, ante los tribunales»). En este Informe (donde encontramos una re-

28. Dominante, en el sentido de (todavía) mayoritaria. Las citas podrían multiplicarse pero remitimos, por todas, a CARMONA CUENCA, 2009, pp. 1115 y ss. También el Tribunal Constitucional mantiene desde siempre esta interpretación del art. 53.3; últimamente, p. ej., STC 247/2007, FJ 13.

29. Ya propusimos esta interpretación en ESCOBAR ROCA (1995, pp. 71 y ss.). Hasta donde sabemos, sólo ha sido aceptada plenamente por PISARELLO (2006, p. 312 y 2009, p. 48), a quien agradecemos que nos cite en este punto. También CASCAJO CASTRO (en prensa) cita nuestra propuesta interpretativa y parece valorarla de forma positiva pero no llega a aceptarla expresamente (en sentido contrario, al menos, se pronunció en 2008, p. 168). Otro autor que apunta hacia una nueva interpretación del art. 53.3 pero sin atreverse del todo a proponer una interpretación realmente alternativa a la tradicional es REVENGA SÁNCHEZ, 2009, pp. 101-104.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

dación del precepto muy similar a la hoy vigente) leemos que la modificación del anteproyecto se hace «sobre la base» de la enmienda de UCD, y «aceptando el espíritu» de las presentadas por los Grupos socialista y vasco. Ambos querían suprimir la frase, el segundo porque «*al tratarse de derechos subjetivos fundamentales pueden y deben ser objeto de alegación ante los tribunales*»³⁰.

- d) *Interpretación sistemática interna.* El sistema de la CE (el principio de unidad de la Constitución de HESSE) juega a favor de la configuración de (todos) los derechos sociales como derechos subjetivos, esto es, justiciables. A esta conclusión nos llevan los principios del Estado social (art. 1.1; *infra*, 2.4.2), el mandato de igualdad efectiva (art. 9.2) y el principio de dignidad de la persona (art. 10.1), este último en los términos que después veremos (no hay dignidad sin igual libertad real; *infra*, 2.1 y IV, 3.3); no deja de resultar significativo que la única otra referencia a la dignidad de la CE se halle precisamente en el artículo 47 (vivienda «digna»).
- e) *Interpretación sistemática externa.* Para nuestro tema, éste es seguramente el criterio decisivo³¹. De tan claro que es, puede ser expuesto con brevedad: el artículo 10.2 CE establece un mandato, no una habilitación, de interpretación conforme al Derecho internacional (*infra*, IV, 4.3.2) o, si se quiere, más limitadamente, a la DUDH y a los tratados internacionales ratificados por España, y de tales tratados (especialmente del PIDESC) o, mejor dicho, de su interpretación «autorizada» (la del Comité DESC), se deriva la exigencia de justicia-bilidad, al menos del contenido «mínimo o esencial» de los derechos del PIDESC³² (con carácter general, OG 9, ap. 10, y para los derechos sociales del capítulo III, OG 4, ap. 17, sobre vivienda; OG 14, ap. 59, sobre salud; y OG 21, ap. 72, sobre cultura).
- f) *Interpretación finalista.* Si la Constitución no quiere convertirse en un panfleto retórico, hay que dotar a todas sus normas de la máxima efectividad (el principio de fuerza normativa de la Constitución de HESSE), o al menos de alguna, y resulta claro que si configuramos los derechos (lamentamos la insistencia, pero ésta es la expresión que aparece en los artículos 43.1, 44.1 y 47) del capítulo III como justicia-

30. *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, vol. I, pp. 534 y 372.

31. Así también, PÉREZ LUÑO, 2006, p. 174.

32. El Comité no llega a sostener (y resulta coherente con el concepto de derecho subjetivo propio del Derecho internacional, *infra*, IV, 4.3.2) la justiciabilidad de *todo* el contenido de los derechos sociales; para más detalles, CARBONELL, 2009, pp. 80-82.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

bles, lograremos más efectividad de esas normas que si no los configuramos como tales (*infra*, V, 8).

Aun admitiendo la interpretación del artículo 53.3 CE que proponemos, podrían esgrimirse otros argumentos en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales y que resultarían aplicables a todos ellos, no sólo a los integrados en el capítulo III. Este tipo de argumentos son más importantes, pues superan la perspectiva del positivismo legalista (centrarse en la literalidad de un solo precepto³³, menospreciando el sistema y las tendencias exteriores al mismo) y resultarían válidos incluso si el artículo 53.3 algún día (no parece previsible, aunque sí deseable) se modificara. A nuestro juicio, tampoco estos argumentos permiten modificar la tesis que defendemos (los derechos sociales son derechos fundamentales), aunque en alguna ocasión pueden obligar a matizarla. Si bien volveremos sobre todo ello en los lugares oportunos, conviene desde ahora considerarlos conjuntamente y adelantar sobre ellos lo siguiente³⁴:

- a) Se dice: los derechos sociales son una cuestión política, no jurídica, y por tanto los jueces no deben inmiscuirse en ella³⁵; si lo hicieran, vulnerarían el principio (por cierto, no recogido expresamente en

33. Insistimos en que, además, sin demasiado esfuerzo argumentativo, sin intentarse tan siquiera acudir, uno por uno, a los criterios tradicionales de interpretación jurídica, que tampoco son tantos. Un ejemplo extremo es JIMÉNEZ CAMPO, 1996, p. 521: «Los "principios" no son "derechos", sencillamente, porque así lo dice, de manera inequívoca, el artículo 53.3» (cursivas nuestras, GE)... y eso que el autor, líneas atrás (p. 520), reconoció algo, a nuestro juicio también inequívoco, que la CE habla literalmente de derechos.
34. Para relaciones similares de argumentos, con sus réplicas respectivas, remitimos, para más detalles y bibliografía, a los trabajos de ALEXY (1993, pp. 490-494), GARGARELLA (1998, pp. 11 y ss.), SUNSTEIN (2004, pp. 193 y ss.), ABRAMOVICH y COURTIS (2004, pp. 19 y ss.), UPRIMNY (2006, pp. 157 y ss.) o SOUZA NETO (2008, pp. 519 y ss.). Resulta significativa la coincidencia al respecto de autores procedentes de países tan distintos, si bien las posiciones de ALEXY y SUNSTEIN resultan seguramente minoritarias, respectivamente, en Alemania y Estados Unidos. En la doctrina española, la relación de argumentos contrarios a los derechos sociales, también para desmontarlos, se encuentra sobre todo en los filósofos del Derecho; p. ej., AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, pp. 76 y ss.; PEÑA, 2006, pp. 338 y ss.; y sobre todo, HIERRO, 2007, pp. 171 y ss., trabajo éste especialmente recomendable entre los constitucionalistas, PISARELLO, 2007, *passim*, y, en similar dirección, NOGUERA FERNÁNDEZ, 2010, ambos muy influidos por la dogmática hecha en América Latina.
35. P. ej., RUBIO LLORENTE (1997, p. XVI): la proclamación constitucional de los derechos sociales «deja la creación real de tales derechos (no sólo su eventual configuración o limitación) en manos del legislador, cuya acción (u omisión) no puede ser controlada eficazmente por el juez porque depende de decisiones políticas (fundamentalmente la de cuál sea la suma de recursos que el Estado ha de detracer de la sociedad y cómo ha de distribuirse tal suma entre las distintas finalidades), que el juez ha de respetar».

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

la CE pero a nuestro juicio vigente) de la separación de poderes³⁶. Pues bien: los derechos sociales son Derecho, y además, Derecho constitucional, y por tanto (frente a BÖCKENFÖRDE o GUASTINI³⁷) pueden y deben ser objeto de interpretación jurídica (*infra*, IV, 4.3.1). Si el Derecho constitucional es vinculante (y nadie discute que lo es) y por definición limita a la política, entonces la crítica no se entiende. Además, tan políticos son los derechos sociales como los derechos liberales³⁸. Obviamente, el papel de los jueces termina cuando el análisis de los derechos sociales sale del Derecho y entra en la política³⁹, pero esto es igual en cualquier materia objeto de control judicial. No deja de resultar paradójico que se utilice la división de poderes (que hoy, como ayer, sirve sobre todo para proteger al ciudadano del abuso del poder) para impedir a los jueces (a quienes normalmente se reconoce un mayor protagonismo en el actual Estado constitucional⁴⁰) que cumplan la función que constitucionalmente tienen encomendada.

- b) Se dice: los jueces no están preparados para resolver los problemas asociados a los derechos sociales, que son excesivamente «técnicos»; además, como sus decisiones en la materia pueden implicar costes importantes a la Hacienda Pública, pueden caer en la irresponsabilidad o el populismo, con perjudiciales consecuencias para la Economía⁴¹. Pues bien: los jueces tratan habitualmente cuestiones mucho

36. P. ej., entre nosotros, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2010, p. 158. En esta dirección, GUASTINI (1999, p. 189) añade un argumento complementario: «en los sistemas jurídicos modernos, el legislador no puede ser obligado a legislar. Es verdad que, si la constitución es rígida (en sentido fuerte), el juez puede anular toda ley que viole un derecho social. Pero ningún juez puede anular la inexistencia de una ley (o bien una ley inexistente). La omisión de proveer, por parte del legislador, está privada de cualquier sanción». Como bien señala COURTIS (2009, pp. 42-43 y, en crítica a LAPORTA, p. 47), la premisa es falsa, y así lo comprobaremos para nuestro Derecho (*infra*, V, 3.7.3). Sirva asimismo el «argumento de oro» (palabras suyas) de ARANGO (2001): «la grave omisión legislativa o administrativa no puede tener más fuerza que el principio de inmunidad [efectividad, precisaríamos] de los derechos fundamentales». Para una síntesis reciente de los argumentos a favor (apoyándolos) y en contra (rechazándolos) de la figura de la inconstitucionalidad por omisión, TAJADURA TEJADA, 2009, pp. 86 y ss.

37. Ambos sostienen que los derechos sociales tienen un contenido tan impreciso que no puede ser justiciable.

38. Pocas cosas tan políticas, p. ej., como la decisión sobre la legalidad de un partido político, y nadie discute que ha de corresponder a los tribunales.

39. P. ej., PIETERSE, 2004, pp. 385 y ss.

40. A cuento precisamente de la división de poderes, p. ej., GARCÍA ROCA, 2000, p. 65.

41. Aunque a veces la razón económica se camufla de razón de Estado. P. ej., Díez-PICAZO (2007, p. 29): entender que los objetivos sociales tienen plena fuerza normativa, «conduce, antes o después, a un resultado inaceptable en términos de democracia y, aun

más complejas, que igualmente involucran problemas económicos (p. ej., una buena parte de los asuntos en materia mercantil) y concluyen en el desembolso de fondos públicos (véanse, p. ej., las decenas de sentencias que cada día obligan a la Administración a indemnizar a los ciudadanos, a veces con grandes cuantías, en concepto de responsabilidad patrimonial, *infra*, IV, 6.5) y nadie ha defendido que por ello los jueces deban inhibirse. La garantía de los derechos sociales es sobre todo un problema de justicia, y para resolverlo los jueces cuentan con mayor grado de preparación que cualquier otra institución⁴². En caso de que realmente involucren problemas complejos (la situación no será habitual), el juez cuenta con resortes importantes para asesorarse (otra cosa es que quiera utilizarlos: *infra*, V, 3.5). Sea como fuere, tras la crítica está latente una ideológica apelación a la tecnocracia (de los temas difíciles sólo pueden opinar los expertos), claramente (esta vez sí) antidemocrática. Los problemas sociales pueden ser explicados de una manera clara, y así debe hacerse en el ámbito judicial. En todo caso, no estaría de más que los poderes públicos contribuyeran a mejorar la preparación técnica de los tribunales⁴³, hasta ahora demasiado formalista: un juez debe ser conocedor de otras materias, no sólo de Derecho.

- c) Se dice: la intervención judicial es antidemocrática, pues la Constitución configura un marco abierto en materia social; el rumbo de la política social debe ser decidido por el Parlamento y por el Gobierno, que cuentan con la legitimidad democrática de la que carecen los tribunales⁴⁴. Pues bien: el argumento es igualmente válido para las demás normas constitucionales y si nos lo tomáramos en serio, daríamos al traste con la misma naturaleza de la Constitución como límite a los poderes del Estado. La Constitución implica por definición un límite a la mayoría; si se quiere un límite a la democracia⁴⁵: el Estado social ocupa, entre los principios estructuradores del Estado, la misma posición que la democracia (*infra*, 2.4). Sea como fuere, el argumento parte de una concepción minimalista de la de-

antes, de *buen funcionamiento del Estado*: la *imposibilidad* de establecer prioridades presupuestarias y de gestionar *razonablemente* las finanzas públicas» (cursivas nuestras, GE).

42. P. ej., DE SOUZA NETO, 2008, pp. 532-533.

43. P. ej., DE SOUZA NETO, 2008, p. 531.

44. El argumento, p. ej., en FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, 2003, esp. pp. 168 y ss., quien concluye tajantemente: «el Estado de bienestar es, sobre todo, un estado de legalidad y de administración en el marco de las posibilidades económicas y de la voluntad política». En dirección similar, LAPORTA, 2004, pp. 318 y ss.

45. Entre otros muchos, FERRAJOLI, 1999, pp. 50 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

mocracia, que la identifica exclusivamente con lo que hacen el Parlamento y el Gobierno. La democracia, para nosotros, es mucho más, y especialmente el debate público⁴⁶. Tratar los problemas sociales en los tribunales es una forma de darlos a conocer a la opinión pública⁴⁷, llevándolos más allá del cerrado círculo de los detentadores del poder político⁴⁸. Nuevamente, en todo caso, la crítica tiene su parte de razón y obliga a entender que, como magistralmente resume BARBER, no hay que confundir *lo que* la Constitución promete y *cómo* esas promesas se garantizan⁴⁹: los órganos democráticos tienen su papel y los tribunales el suyo⁵⁰ (*infra*, IV, 4.4).

- d) Se dice: la intervención judicial crearía inseguridad jurídica y pondría en peligro el desarrollo económico. Pues bien: igualmente sucede en cualquier otra materia y el ordenamiento cuenta con resortes para paliar estas consecuencias, sin duda exageradas (no se han demostrado en la práctica, al menos en España), como la unificación de doctrina por el Tribunal Supremo o el control final del Tribunal Constitucional. A la vista de lo que ha sucedido (según parece, los primeros responsables de la actual crisis económica fueron los gobiernos), no vendría mal un poco de control de la política económica por instancias que antepongan la razón jurídica a la razón eco-

46. En relación con nuestro tema, GARGARELLA (2006, p. 20), buen conocedor (y valedor) de la democracia deliberativa, concluye: «existen razones que permitirían que quienes defienden una concepción deliberativa de la democracia, favorecieran *cierta forma* de revisión judicial de las leyes, particularmente en lo que compete a la aplicación de los derechos sociales» (cursivas nuestras, GE; sobre la «cierta forma» volveremos *infra*, V, 3.7.4). Asimismo, para una concepción más amplia de la democracia, siempre en relación con los derechos sociales, *vid.* ANÓN ROIG, 2008, pp. 37 y ss., o COURTIS, 2009, pp. 45-49, en acertada crítica a LAPORTA. Hay otro argumento, algo más alambicado y por ello algo menos persuasivo, que afirma que para poder decidir (democráticamente) los ciudadanos han de tener cubiertas sus necesidades básicas; p. ej., SALAZAR UGARTE, 2006, p. 138.

47. Más adelante (*infra*, V, 3.6) alertaremos no obstante sobre el riesgo de los juicios paralelos. En Estados Unidos, recientemente se alza la autorizada voz de WALDRON (2005, pp. 345-348), quien, en polémica con DWORKIN, sostiene que en su país la judicialización de los grandes problemas de derechos fundamentales no ha servido en la práctica para agilizar el debate público. No sabemos si el aserto descriptivo es válido para Estados Unidos: sobre España sí podemos hablar, y consideramos que cuando un asunto llega a los tribunales (y particularmente al Tribunal Constitucional), los medios se hacen eco de él, y en los medios (pese a sus silencios y manipulaciones, pero sobre eso discutiremos en un próximo libro), incluido naturalmente Internet, se encuentra hoy el debate público.

48. P. ej., DE SOUZA NETO, 2008, pp. 523-524.

49. BARBER, 2003, p. 69, cursivas en el original.

50. Para una buena exposición del equilibrio que se pretende, y con carácter más general, últimamente, entre nosotros, FERRERES COMELLA, 2011, esp. pp. 139 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nómica. La crítica, no obstante, nos advierte sobre la necesidad de que los jueces atiendan a razones (también jurídicas) diferentes a los derechos sociales y que estén atentos a las consecuencias prácticas de sus decisiones⁵¹.

- e) Se dice: la intervención judicial desviaría hacia lo político un debate que debe ser jurídico y desmovilizaría a los ciudadanos, pues éstos se centrarían en el sistema judicial (que acabaría saturándose), dejando de lado la necesaria activación de las garantías más importantes de los derechos sociales, que son las sociales y políticas⁵². Ésta es la crítica de la izquierda (las anteriores vienen más bien de la derecha) y se formula desde una valoración positiva de los derechos sociales, por lo que debe ser tomada especialmente en consideración. Pues bien: no vemos incompatibilidad alguna en defender los derechos en los tribunales y defenderlos fuera de ellos. Las garantías de los mismos se complementan y refuerzan mutuamente⁵³ (*infra*, V, 8): así ha sido históricamente y así sucede en la actualidad.

Despejadas las principales objeciones en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, remitimos a los lugares sistemáticos oportunos el análisis del papel de los jueces en la materia, que se limita a dos tareas: de manera excepcional, la determinación del contenido de los DFSP (*infra*, IV, 4.4) y, de manera ordinaria y más natural, su garantía (*infra*, V, 3). Será entonces cuando más concretamente combatamos las tesis más importantes en contra de los DFSP, que acabamos de numerar como a) y c)⁵⁴, si bien ya podemos

51. P. ej., DE SOUZA NETO, 2008, p. 529.

52. El argumento tiene como trasfondo la vieja crítica de MARX a los derechos humanos, que pudo valer en 1848; por fortuna, las cosas han cambiado algo desde entonces. *Vid.* al respecto nuestra crítica (esp. *infra*, IV, 4.2.2) a autores como ATRIA, DE CABO o GARCÍA MANRIQUE, que desde la izquierda vienen a cuestionar (bien que matizada-mente los dos últimos) la configuración de los derechos sociales como derechos fundamentales, esto es, justiciables.

53. P. ej., DE SOUZA NETO, 2008, p. 525.

54. Resulta significativo que buena parte de los autores que en apariencia se muestran favorables a la configuración de los derechos sociales como derechos fundamentales (por cuanto niegan la mayor parte de las objeciones tradicionales: fundamento menos importante, distinta estructura o mayor coste, entre otras) mantengan reticencias (que son las que les impiden acoger la tesis) precisamente en cuanto al control judicial del legislador (que es, conviene adelantarlo, sólo una de las formas posibles—desde luego, la menos significativa estadísticamente—de control judicial de los obligados por los derechos sociales). Los casos más claros son RUIZ MIGUEL, 1994, esp. p. 672 y LAPORTA, 2004, pp. 315-318. Quizás no resulte casual que ambos sean discípulos del maestro Elías DÍAZ, calificado por otro de sus discípulos (ZAPATERO, 2007, pp. 185-186) como «demócrata radical», contrario por principio a «cotos vedados a la voluntad de las mayorías». Pues bien, nuestro antiguo Rector se atreve ahora a «corregir» a su maestro, y con él (con ZAPATERO, no con DÍAZ), coincidimos: «Tras casi treinta

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

adelantar (y aquí concedemos su parte de razón a estos argumentos), con ABRAMOVICH y COURTIS, que el papel de los jueces en materia de derechos sociales debe entenderse de una manera limitada⁵⁵, y que los autores contrarios a su justiciabilidad muchas veces caen en reducciones al absurdo que se han comprobado falsas, al menos en la experiencia judicial española.

Resulta ya claro, en todo caso, con las matizaciones anunciadas, que los derechos sociales son derechos fundamentales, lo cual implica una serie de consecuencias, que no por obvias deben dejar de recordarse. Recapitulando en parte lo anterior y a modo de pórtico a un tratamiento posterior de estas cuestiones, es conveniente dejar sentado ya que los DFSP, como derechos fundamentales que son:

- a) Vinculan al legislador, negativa y positivamente. Los meros derechos subjetivos no vinculan al legislador porque son una creación de éste; si existen, es porque la ley, libremente, así lo ha decidido. Interesa sobre todo destacar el rasgo de la vinculación positiva, por tratarse quizás algo dogmáticamente menos desarrollado: de la existencia misma de un derecho fundamental se deriva implícitamente⁵⁶ un deber general de los poderes públicos, y especialmente del legislador,

años de vida constitucional, conocemos ya suficientemente el funcionamiento de la democracia en vivo. Hemos podido conocer de cerca algunos de los problemas de aquella que afectan a la vida de los partidos, los problemas del parlamento, de la administración de justicia, el peso de los medios de comunicación, lo que suponen las campañas manipuladoras de la opinión pública... como para no percibir que tal vez convenga que ciertas esferas de la vida de las personas se dejen al margen del juego de mayorías y minorías. Hay ciertos bienes básicos y primarios [...] que no pueden estar a merced de las mayorías, cuyos titulares son todos los seres humanos y cuya determinación en caso de duda podemos alcanzar racionalmente» (p. 186). Desde luego, hay argumentos más fuertes para defender esta idea, y sobre ellos volveremos *infra*, IV, 4.3.3, entre otros lugares de esta obra.

55. ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 248-250. La referencia es importante, por cuanto estos autores son a nuestro juicio los mejores valedores de la tesis central que defendemos (los derechos sociales son derechos fundamentales). Concluyen así, y con ellos coincidimos: «por sus propias características institucionales, la judicatura no es el poder estatal llamado a desempeñar atribuciones centrales para adoptar decisiones complejas en materia de políticas sociales. [...] Sin embargo, estas circunstancias no eliminan las posibilidades de intervención judicial en el control de políticas sociales [...]. No obstante, la intervención judicial en estos campos debe estar firmemente asentada sobre un estándar jurídico. [...] Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia».
56. A veces también de forma explícita; p. ej., al utilizar la fórmula «se garantiza», y más claramente, en los arts. 16.3 (2ª frase), 20.3 ó 27.8, así como en todos los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo III del título I.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- de adoptar medidas positivas a su favor (*infra*, IV, 4.2.2). En casos extremos de inactividad legislativa cabría hablar de inconstitucionalidad por omisión (*infra*, V, 3.7.3).
- b) Sólo pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o por bienes de relevancia constitucional (*infra*, IV, 6.1 y 6.6). Sin embargo, los meros derechos subjetivos pueden ser limitados por cualquier interés de relevancia jurídica, tenga o no rango constitucional: si la ley los crea, la ley puede limitarlos.
 - c) Las intervenciones que afecten a su contenido deben respetar el principio de proporcionalidad (*infra*, IV, 6.1). Si bien el Derecho administrativo ha avanzado notablemente en la extensión del principio de proporcionalidad, aplicable ya a un amplio sector de la actividad administrativa limitativa de los derechos de los administrados, lo cierto es que el referido principio sólo se aplica con toda su contundencia cuando son derechos fundamentales los afectados. En materia de DFSP existen principios similares al de proporcionalidad que cumplen la misma finalidad (*infra*, IV, 6.2 y 6.3).
 - d) Son criterio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico (*infra*, IV, 4.2.2). De la fuerza normativa de la Constitución se deriva, entre otras cosas, un mandato de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, mandato que encuentra expresa confirmación en el artículo 5.1 LOPJ, según el cual «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales». Es decir, aunque no se aplique directamente la norma de reconocimiento de un derecho, ésta *debe* aplicarse indirectamente, para concretar el significado de otras normas. Desde luego, las normas de reconocimiento de meros derechos subjetivos pueden ser utilizadas para interpretar otras, pero como un criterio más de interpretación (la sistemática), no como una obligación de naturaleza constitucional.
 - e) Disponen de mayores garantías judiciales, especialmente para algunos bloques de derechos fundamentales: todos tienen acceso al Defensor del Pueblo (art. 54 CE e *infra*, V, 5), algunos cuentan con la posibilidad de ser garantizados mediante el procedimiento preferente y sumario al que se refiere el artículo 53.2 CE, otros con la posibilidad de llegar hasta el Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo y otros con la posibilidad de llegar hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

1.3. NORMAS «DE» DERECHOS SOCIALES Y NORMAS «SOBRE» DERECHOS SOCIALES

Las normas constitucionales más importantes, cuantitativa y cualitativamente, de derechos sociales, son normas de reconocimiento de derechos. Nuestra opción (científica, no necesariamente política ni moral) por un determinado objeto de estudio así lo impone⁵⁷. Desde esta posición metodológica, las demás normas constitucionales giran, en cierto modo, en torno a las normas *de* derechos⁵⁸. Limitándonos a las normas que de manera más directa (pues indirectamente, casi todas las normas constitucionales tienen algo que ver con los derechos sociales) atañen a nuestro campo de estudio, encontramos:

- a) Los principios constitucionales sirven sobre todo para explicar e interpretar los derechos sociales (*infra*, IV, 4.3.2). Los valores superiores (art. 1.1) y el principio de dignidad (art. 10.1) les otorgan fundamento y la importancia que moralmente merecen (*infra*, IV, 3.3). Los principios estructuradores del Estado imponen una determinada concepción de los mismos. En especial, el Estado social (art. 1.1) obliga a limitar una concepción reduccionista de la democracia, en los términos ya apuntados y que después precisaremos (*infra*, 2.4).

57. Insistimos que se trata de una opción metodológica, que no necesariamente acepta (como tampoco niega) la primacía material de un tipo de normas sobre otros. Cuando escribimos nuestra primera sentencia como magistrado suplente, uno de los mejores juristas del país, el entonces Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y hoy magistrado del Tribunal Supremo, Eduardo Calvo, nos convenció de cambiar un párrafo de la sentencia que decía algo así como: «el primer deber de la Administración es garantizar los derechos fundamentales»... o no, tan importante puede ser, nos argumentó el jurista citado, esa tarea como la de salvaguardar los intereses colectivos.

58. En rigor, los derechos sociales (en sentido estricto) sólo se encuentran en las normas de reconocimiento de derechos y por tanto resulta impropio (y suele llevar a confusiones) afirmar, como a veces se hace (p. ej., en CRUZ PARCERO, 2001, pp. 96-98 o en AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, pp. 69-71) que los derechos sociales pueden ser formulados como principios y como directrices (mandatos, en nuestra terminología). En realidad, tales normas son normas *sobre* derechos sociales, no normas *de* derechos sociales. Sin una norma de reconocimiento (expresa o extraída –como veremos, con condiciones– de la interpretación) el DFSP, sencillamente, no existe. En un trabajo posterior (2007, pp. 77 y ss.), CRUZ PARCERO matiza bien: aunque sigue insistiendo en un concepto amplio de derechos sociales, destaca las diferencias entre unas normas y otras, lo cual, como se verá, tiene trascendencia de cara a su justiciabilidad. En definitiva, no se puede «meter todo en el mismo saco» y la atención al tipo de norma sigue resultando clarificadora: los derechos subjetivos son exigibles ante los tribunales y las normas de mandato no, por mucho que, como también se verá (aunque más bien a nivel legal, no tanto constitucional), puedan darse supuestos de exigibilidad judicial de normas de mandato.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El principio autonómico, por su parte, entre otras cosas obliga a permitir su apertura hacia el contenido adicional (*infra*, 3).

- b) Los mandatos a los poderes públicos que no vienen acompañados de normas de derechos (p. ej., arts. 39, 42, 48, 49 ó 50) exigen configurar como obligaciones y no como derechos determinadas actuaciones estatales, sobre todo en el campo de la tutela antidiscriminatoria, a menos que puedan mostrarse argumentos sólidos para subjetivizar tales mandatos (*infra*, IV, 1.3 y 1.4). Cuando los mandatos acompañan a los derechos (p. ej., arts. 27.5 y 8, 43.2, 44.1, 46 ó 47) sirven para ampliar su contenido meramente subjetivo y para reforzar sus garantías⁵⁹.
- c) Las normas de organización y procedimiento sirven para establecer algunas estructuras públicas mínimas, que sirven como obligada garantía de determinadas figuras: por ejemplo, el artículo 27.5 parece exigir una red pública de centros educativos, el artículo 41 impone una organización determinada de la Seguridad Social o el artículo 50 un sistema público de servicios sociales.

2. LA CONSTITUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

2.1. DIGNIDAD*

2.1.1. Concepto de dignidad

*Si nemo a me quaerat, scio, si quaerenti explicari velim, necio*⁶⁰. Esta consideración, planteada por SAN AGUSTÍN sobre el concepto del tiempo, es aplicable directamente al concepto de la dignidad de la persona. Aun siendo la base fundamental de la concepción del ciudadano en el Derecho constitucional, la dignidad de la persona carece de una definición satisfactoria. Los intentos filosóficos, teológicos o jurídicos se limitan necesariamente a definir negativamente el fenómeno, creando grupos de ejemplos en los que ha sido obviamente violada la dignidad de la persona⁶¹.

La definición positiva más consentida ha sido probablemente la fórmula

59. Coincidimos así con LÓPEZ PINA (1996, p. 37) cuando afirma: «Las normas definidoras de tareas del Estado [lo que nosotros denominamos mandatos a los poderes públicos] sólo adquieren peso específico autónomo en la medida en que su contenido no se lleve a la práctica por [el] conducto [de los derechos fundamentales]».

* Por JOSÉ MARTÍNEZ SORIA.

60. SAN AGUSTÍN, *Confesiones*, XI, 14.

61. *Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, 1986; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

de objeto, desarrollada por DÜRIG⁶²: según ésta, la dignidad es un principio portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva. Esta definición se basa por tanto en reconocer que el hombre como sujeto individual tiene fines propios suyos de cumplir por sí mismo⁶³. Esta definición con una índole claramente kantiana, sin estar necesariamente ligada a la doctrina del filósofo, parte de la idea central de la igualdad esencial de todos los hombres. Estamos ante una idea universal, ya concebida en la antigua China y en Roma (EPÍMETO, SÉNECA, CICERÓN y MARCO AURELIO). Sobre todo la escuela estoica, basándose en el pensamiento aristotélico llegó a la conclusión de que todo hombre, por su naturaleza, es miembro de la comunidad universal del género humano, gobernado por la razón y, además miembro de una comunidad política que es donde nace. Esta dimensión social confirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres al mismo tiempo que subraya la autonomía del ser humano y su autoresponsabilidad⁶⁴.

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado la dignidad de la persona sobre todo en torno a la así denominada imagen de la persona de la Ley Fundamental; una imagen, en cambio, no específica del Derecho Constitucional alemán sino universal. Según la doctrina a la norma de la dignidad de la persona subyace «la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad». No se debe entender esta «libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo sino como la de un individuo referido a y vinculado con la comunidad»⁶⁵. El Tribunal Constitucional se ha orientado claramente en esta doctrina concibiendo la dignidad «como un sujeto de Derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos»⁶⁶.

La dignidad por tanto es intangible por tocar el núcleo del ser humano. Así, la dignidad queda vinculada directamente con los derechos fundamentales. No es en cambio ilimitada. El ser humano, portador de la dignidad es un individuo referido a y vinculado con la comunidad. Así la dignidad adquiere una perspectiva individual y social vinculada indisolublemente a las

62. DÜRIG, 1956, p. 117.

63. RECASENS SICHES, 2003, p. 103; DE KONINCK, 2006, p. 143.

64. HÄBERLE (2004, p. 317).

65. BVerfGE 45, 187 (227).

66. SSTC 11/1981, 101/1991, FJ 7; 236/2007, FJ 3.

libertades de la persona. Estas libertades como libertades reales concretizan por tanto la dignidad humana, sin confundirse con ésta. Se trata por tanto de un valor constitucional que necesariamente debe ser respetado por toda actividad estatal y social⁶⁷.

2.1.2. ¿Derecho subjetivo o norma objetiva?

Aun teniendo este sistema de valores humanistas su base filosófica y teleológica en la Antigüedad fueron el holocausto y los crímenes de la Segunda Guerra Mundial el que motivó a los sistemas constitucionales occidentales a centrar la relación jurídica Estado-ciudadano en el concepto de la dignidad humana convirtiéndolo en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y de la comunidad internacional⁶⁸. Inicialmente se criticó este planteamiento como el renacimiento del iusnaturalismo frente a una concepción positivista del hombre y del Estado de Derecho; esta crítica se vio en cambio relativizada por la concepción institucional que desarrolló la dignidad concretizándola como principio constitucional o hasta como Derecho fundamental⁶⁹. Gran importancia asume en relación con los derechos sociales el concepto de la indivisibilidad de los derechos humanos, que obliga a admitir todos los derechos declarados y que prohíbe establecer jerarquías entre ellos. Por lo que los derechos humanos forman un bloque compacto, quedando por tanto obligado el Estado a respetarlos todos en igual grado, sean libertades políticas o derechos sociales. A nivel internacional hay que destacar la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que consagró en su preámbulo la voluntad de las naciones de «reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana»⁷⁰.

En Europa el CEDH no incluye expresamente la dignidad de la persona en sus garantías. Sin embargo, no hay duda que se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad de la persona. Así hay que interpretar su referencia en el preámbulo a la Declaración Universal de Derechos Humanos; interpretación que queda reforzada por la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo. En el caso *Pretty contra Reino Unido* el Tribunal subrayó que «la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma de la Convención»⁷¹. De forma similar destacó en el caso *Gündüz contra Turquía* que «la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos

67. HÄBERLE, 1987, p. 822.

68. BENCHIKH, 1999, p. 37; LANDA, 2002, p. 113.

69. BLOCH, 1980, pp. 20 y ss.

70. ESTÉVEZ ARAUJO, 1998, p. 105.

71. STEDH *Pretty contra Reino Unido*, ap. 65; STEDH *Goodwin contra Reino Unido*, ap. 90.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

los seres humanos constituye el fundamento de una sociedad democrática y pluralista»⁷².

Los derechos humanos son por tanto expresión de la dignidad de la persona. Por ser así un valor inherente en los derechos humanos la dignidad de la persona participa en la dimensión subjetiva de estos derechos. Negar esta dimensión subjetiva de la dignidad significaría reducirla a un simple programa político sin relevancia práctica. En cambio tanto en el Derecho internacional como en el Derecho comparado encontramos diferentes concepciones de la dignidad como Derecho subjetivo propio o como mero valor constitucional. Así el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos considera la dignidad humana como valor fundamental subrayando que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». En cambio la Carta Europea de los Derechos fundamentales concibe la dignidad humana como Derecho fundamental con plena dimensión subjetiva, orientándose claramente en el modelo alemán: «La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida»⁷³. En sus Anotaciones sobre el Proyecto de Carta el Praesidium subraya que «la dignidad humana no sólo es en sí un derecho fundamental sino que constituye la base misma de los derechos fundamentales»⁷⁴. Como tal base la dignidad humana forma parte de la esencia de los derechos consignados en la Carta, por lo que toda interpretación de los derechos humanos debe respetar la dignidad humana. No podrá por tanto atentarse contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho. Hay que destacar que la Carta Europea define claramente la dignidad como derecho subjetivo del individuo, sancionando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo que al menos desde la Sentencia «Omega» había reconocido esta naturaleza dictando que «el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho»⁷⁵.

Esta diferente valoración de la dignidad de la persona tiene importantes repercusiones en el Derecho social, siendo su función primordial la protección de los más desfavorecidos, obligando al Estado a actuar para garantizarles vivir en condiciones dignas⁷⁶. Estas repercusiones quedan claramente pre-

72. STEDH *Gündüz contra Turquía*, párr. 40.

73. ESCOBAR ROCA, 2006; SERNA, 2004.

74. Notas del *Praesidium* de la Convención Europea, CHARTE 4473/00, CONVENT 49, 8; BO EU. 2004, C 310/426.

75. STJCE en el asunto n° C-36/02 del 14 de octubre de 2004, párr. 34.

76. LANDA, 2002, p. 122.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sentadas desde una perspectiva europea. Esta perspectiva europea es además imprescindible ya que la Unión Europea se ha transformado en una red interdependiente de sistemas constitucionales. El Tribunal Constitucional Alemán habla correctamente de una corporación de Constituciones (*Verfassungsverbund*). La interpretación nacional de la propia Constitución debe considerar en esta corporación las interdependencias existentes entre las Constituciones europeas.

En esta corporación podemos destacar tres modelos en torno a la relación de la dignidad humana hacia los derechos sociales. En un primer grupo Finlandia y Suiza⁷⁷ prevén expresamente una garantía constitucional de las prestaciones para cubrir las necesidades básicas en sus respectivas constituciones. Así el artículo 19 de la Ley Fundamental de Finlandia garantiza a toda persona que no disponga de los medios necesarios para una vida digna, un Derecho a las prestaciones sociales necesarias. Aun siendo un clásico Derecho prestacional que, sin embargo, requiere para su reivindicación individual un previo desarrollo legislativo, que formule en concreto el estándar de las prestaciones sociales estatales.

El segundo modelo es el de la Ley Fundamental alemana. La Ley fundamental alemana no contiene expresamente un Derecho prestacional; más aún, el catálogo de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental da a conocer una considerable reserva del constituyente frente al reconocimiento constitucional de estos derechos. La jurisprudencia y la doctrina, en cambio, han interpretado el artículo 1 de la Ley Fundamental, que garantiza como Derecho subjetivo la inviolabilidad de la dignidad de la persona como Derecho a prestación para garantizar un mínimo existencial, es decir, las necesidades básicas⁷⁸. Este derecho a prestación requiere sin embargo una concretización por parte del legislador, que dispone de un cierto ámbito de discrecionalidad. Esta discrecionalidad del legislador queda a su vez limitada por el principio del Estado social⁷⁹.

El tercer modelo, adoptado por la mayor parte de los sistemas constitucionales ni reconoce expresamente ni en la práctica un Derecho subjetivo que garantice un mínimo existencial⁸⁰. Pero mientras que el Derecho constitucional austriaco⁸¹ y sueco⁸² desconocen cualquier garantía de prestaciones

77. Artículo 115 Constitución Federal de Suiza del 18 de abril de 1999.

78. BADURA, 1975 p. 17.

79. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal en el asunto 1 BvL 1/09 del 9 de febrero de 2010, párr. 133; jurisprudencia confirmada en el asunto 1 BvR 1523/08 del 18 de febrero de 2010; y en el asunto 1 BvR 3163/09 del 11 de marzo de 2010.

80. MARTÍNEZ SORIA, 2005, p. 647.

81. HOFMANN, 1998, p. 229.

82. COMISIÓN EUROPEA, 2007, p. 25.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

sociales básicas, otras constituciones europeas contienen disposiciones marco sobre estas prestaciones mínimas sociales⁸³. Muy diversa es la naturaleza jurídica de estas disposiciones marco: valores, principios constitucionales, disposiciones programáticas o fines estatales. En Francia⁸⁴ el *Conseil Constitutionnel* ha deducido del Preámbulo de la Constitución de 1946 que la protección de la dignidad humana contra cualquier violación es un principio constitucional⁸⁵. La consecuencia es que el Estado queda obligado de forma positiva a conceder a cada ciudadano una vivienda adecuada⁸⁶. El ciudadano en cambio no dispone de un Derecho subjetivo para solicitar de la Administración que cumpla esta obligación positiva. Este Derecho a prestaciones sociales básicas (*Revenu Minimum d'Insertion*) requiere necesariamente disposiciones legales, es decir, una actividad previa del legislador que fije las prestaciones y el procedimiento de su solicitud. Por tanto, es solamente la ley francesa de prestaciones sociales que prevé que toda persona tiene el Derecho, en caso de emergencia a obtener una ayuda para garantizar y mantener el suministro de agua, de energía y telecomunicación, la base de la actividad prestacional de la Administración⁸⁷.

Basándose en una posición meramente formalista⁸⁸, el Tribunal Constitucional no ha reconocido la dignidad de la persona como Derecho subjetivo subrayando que no sirve la dignidad humana de «modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan»⁸⁹.

83. COMISIÓN EUROPEA, 2007, p. 10.

84. LAMBERT, 2000, p. 688.

85. Sentencia del CONSEIL CONSTITUTIONNEL en el asunto n° 94-359 del 19 de enero de 1995, JO del 21 de enero de 1995, p. 1166, párr. 6; HEYMANN-DOAT (1998, p. 165).

86. Sentencia del CONSEIL CONSTITUTIONNEL del 29 de julio de 1998, Dalloz de 13 de mayo de 1999, J., p. 271: «il ressort [...] du Préambule de la Constitution de 1946 que la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme de dégradation est un principe de valeur constitutionnelle (et) qu'il résulte de ce(s) principe(s) que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle».

87. Artículo 1 Ley n° 98/657 del 29 de julio de 1998 *d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, JO del 29 de julio de 1998, coificada en el artículo L115.1 *Code de l'action sociale et des familles*; ver artículo 1 Ley del 1 de diciembre de 1988, loi n° 88-1088 (JO del 3 de diciembre de 1988).

88. En el Anteproyecto de Constitución publicado en el Boletín Oficial de las Cortes del 5 de enero de 1978, esta norma se encontraba contemplada en el numeral 13, ubicado dentro del título II (De los derechos y deberes fundamentales), capítulo segundo (De las libertades públicas) y, como tal, susceptible de ser impugnado a través del juicio de amparo tutelado por el entonces artículo 45, siendo el caso que en sesión del 12 de abril de 1978, fuera reubicado sin mayor explicación que la siguiente: «Este artículo se sitúa ahora como introductorio del título I, correspondiéndole el n° 10». Así esta disposición pasó a ser la norma de apertura del capítulo primero de la ley fundamental cuyo rótulo es «Los derechos fundamentales», quedando por tanto al margen de las garantías jurisdiccionales del artículo 53.1 CE.

89. STC 120/1990; ALEGRE MARTÍNEZ, 1996, p. 17; GARCÍA GARCÍA, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Esta jurisprudencia ha sido sustentada en numerosas resoluciones posteriores, quedando por tanto sin contestar la cuestión de la naturaleza jurídica de la dignidad de la persona. Sin embargo no se debe deducir de esta interpretación formalista que la jurisprudencia constitucional no haya elaborado un ámbito de aplicación propio de la dignidad de la persona. El Tribunal Constitucional alemán considera la dignidad de la persona como valor constitucional inherente a todos los derechos fundamentales⁹⁰. Aunque en ocasiones ha llegado a clasificar la dignidad humana como «valor espiritual y moral inherente a la persona»⁹¹, hay que subrayar que reconoce su carácter específicamente jurídico⁹². El Tribunal Constitucional alemán ha destacado en su jurisprudencia los siguientes derechos: el Derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica⁹³, el Derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁴ y el Derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita⁹⁵, el Derecho a la libertad y a la seguridad⁹⁶, y el Derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁹⁷. Pero subraya también que no se trata de una lista cerrada y exhaustiva ya que «todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana»⁹⁸. Esta vinculación no debe ser interpretada en el sentido que todo el contenido de los derechos fundamentales concretiza la dignidad equiparando el ámbito de protección de la dignidad y de los derechos fundamentales. La dignidad sólo queda vinculada a un ámbito «imprescindible», es decir, a un núcleo de los derechos fundamentales. El legislador «no podrá modular o atemperar [este] contenido esencial»⁹⁹. Se trata pues de un «*minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar»¹⁰⁰. La dignidad es así un límite a la libertad del legislador a la hora de regular los derechos y libertades y por tanto Derecho objetivo vinculante¹⁰¹.

La doctrina difiere en torno a la clasificación considerando la dignidad humana en parte como valor constitucional¹⁰² o como valor absoluto¹⁰³ en

90. STC 91/2000, FJ 7.

91. STC 53/1985, FJ 8.

92. STC 236/2007 FJ 3.

93. SSTC 107/1984, FJ 3; 236/2007 FJ 3.

94. STC 99/1985, FJ 2.

95. STC 95/2003, FJ 4.

96. STC 144/1990, FJ 5.

97. STC 137/2000, FJ 1.

98. STC 236/2007, FJ 3.

99. STC 99/1985, FJ 2.

100. STC 120/1990, FJ 4; STC 57/1994, FJ 3 A.

101. STC 236/2007 FJ 3.

102. LUCAS VERDU, 1984, pp. 100-118.

103. HERNÁNDEZ GIL, 1982, p. 422.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

parte como una fuente de los derechos que le son inherentes o como punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona¹⁰⁴.

Resumiendo la doctrina diferencia entre diferentes funciones que –como toda disposición constitucional– desempeña la dignidad en el ordenamiento jurídico español. En términos generales, la doctrina coincide en una triple función: una función fundadora del orden político, una función hermenéutica y una función promocional¹⁰⁵.

La función fundadora del orden político es la que primeramente se advierte de la lectura del artículo 10.1 CE, que habla expresamente de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y social. Por tanto toda legitimidad del régimen político español se basa necesariamente en el respeto y la tutela de la dignidad de las personas humanas.

De la primacía de la dignidad como legitimadora del orden jurídico deriva su función hermenéutica. Como principio constitucional constituye la base sobre la cual ha de ser determinado el «contenido esencial» de los distintos derechos fundamentales proclamados en la norma fundamental y, por tanto, uno de los *valores* que ha de prestar un sentido propio al ordenamiento supremo, debiendo presidir toda su interpretación y aplicación. Esta obligación objetiva de la dignidad de la persona requiere del Estado no sólo que se abstenga absteniéndose de entorpecerla sino que contribuya activamente.

De aquí se deduce la función promocional de la dignidad. Estas tres funciones deben realizarse necesariamente ya que vinculan objetivamente toda actividad estatal. Sobre todo en el ámbito social se pueden deducir de estas funciones numerosas obligaciones del Legislador y de la Administración.

2.1.3. Garantía de existencia fisiológica

La CE concibe la dignidad de la persona como concepto abierto. Esto no significa en cambio que el concepto de dignidad de la persona no tenga un contenido absoluto. La concepción de la dignidad humana parte de una perspectiva individual. Cada persona es libre y por tanto responsable de vivir una vida digna¹⁰⁶. La función del Estado queda reducida en principio a una posición vigilante, determinada únicamente pero también suficientemente por el principio del Estado social.

104. PÉREZ LUÑO, 1991, p. 286.

105. BATISTA, 1992, pp. 52 y ss.

106. SSTC 11/1981, 101/1991, FJ 7; 236/2007, FJ 3.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El Estado no define, no desarrolla la dignidad humana. La actividad estatal se basa por tanto en corregir el déficit en las condiciones sociales del ser humano que le imposibilitan realizar una vida digna y que quedan al margen de su disponibilidad. Partiendo de la concepción del Tribunal Constitucional alemán de un núcleo vinculado a la dignidad¹⁰⁷, podemos fijar como premisa que la dignidad queda vinculada solamente al núcleo de los derechos sociales. Este núcleo se refiere a las condiciones sociales básicas o la existencia mínima, siendo por tanto ésta la clave para analizar la dimensión jurídica vinculante de la dignidad humana en el ámbito de los derechos sociales¹⁰⁸.

El Legislador así como la Administración están obligados a tutelar la dignidad humana. La dignidad humana garantiza a su vez un mínimo de existencia¹⁰⁹. El legislador debe por tanto definir este mínimo de existencia, teniendo en cuenta los límites que fija la dignidad humana. La Administración debe conceder incondicionalmente las prestaciones necesarias para posibilitar una vida digna del ciudadano. El Estado debe disponer necesariamente de los presupuestos para realizar este valor constitucional. La falta de presupuesto no exculpa la Administración.

La pregunta clave es por tanto, ¿qué derechos sociales definen este mínimo existencial que fija la dignidad humana? Ya que existe una conexión necesaria entre la dignidad humana y el mínimo existencial podemos establecer que el mínimo existencial no queda garantizado siempre que la persona quede obligada a vivir económicamente en condiciones que la degraden a un simple objeto¹¹⁰. Esto conlleva necesariamente que solamente queden garantizadas las necesidades básicas para la existencia humana¹¹¹. Lo que corresponde a esta existencia básica queda al margen de la discrecionalidad del legislador y de la Administración. Por tanto podemos fijar que el núcleo de esta garantía constitucional existencia mínima son las ayudas de emergencia. De esta forma, el Estado respetará y fomentará la dignidad sólo concediendo ayudas a toda aquella persona que no disponga de los medios suficientes para alimentarse, vestirse, para disponer de una vivienda y de servicios de sanidad necesarios para sobrevivir¹¹². El mínimo existencial son por tanto las condiciones fisiológicamente necesarias. Estas condiciones debe garanti-

107. STC 236/2007, FJ 3.

108. CASCAJO, 1988, p. 67.

109. ALONSO SECO y GONZALO GONZÁLEZ, 2000, p. 111.

110. *Vid.* PRIETO ÁLVAREZ, 2005, p. 124.

111. DOYAL y GOUGH, 1994, pp. 14 y ss.; *vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán BVerfGE 40, 121 (133); 82, 60 (80).

112. ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 10 y ss.

zar el Estado necesariamente y sin condiciones al ciudadano. Al derivar este Derecho a un mínimo existencial directamente de la dignidad humana y no de la ciudadanía queda claramente prohibido cualquier trato diferente entre ciudadanos y extranjeros¹¹³. Queda claro que este mínimo existencial es intangible por el Estado, que debe garantizarlo en cualquier momento, al margen de cualquier problema presupuestario o financiero. Tampoco es libre el legislador en definir este mínimo existencial ya que no es derecho disponible por el legislador.

2.1.4. Garantía de existencia sociocultural

Pero, identificar el mínimo de existencia con la mera existencia fisiológica no corresponde ni con las condiciones antropológicas ni con el consenso social existente en los estados miembros de la UE. Una vida digna es más que superar las necesidades básicas del ser humano. Como hemos destacado anteriormente la dignidad concibe el ser humano como ser social. Por tanto es necesario incluir los elementos socioculturales de la dignidad humana en la existencia mínima: educación, actividad política, social, cultura. Pero, en cambio, debemos reconocer que este ámbito sociocultural no puede disponer de las mismas garantías que el mínimo fisiológico¹¹⁴.

Es imprescindible diferenciar entre un núcleo central de la existencia mínima, la necesidad fisiológica y un ámbito marco. Este elemento núcleo queda completamente al margen de cualquier discrecionalidad estatal. Todas las necesidades socioculturales que van más allá no se pueden integrar en este núcleo, ya que no pueden ser definidas *a priori* de forma abstracta. Concretar este mínimo existencial sociocultural sólo puede ser el resultado de una valoración del legislador, que a su vez debe considerar el consenso social sobre el concepto de existencia mínima¹¹⁵. Este mínimo sociocultural es más difícil de definir que el mínimo sociocultural. Debe ser tan amplio que el individuo no quede marginado por la sociedad. El solicitante de la ayuda debe vivir en la sociedad de forma similar a todos aquellos que no reciben ayuda¹¹⁶. De esta forma la dignidad humana se acerca al principio material de igualdad¹¹⁷. El criterio no deben ser los ingresos medios de la sociedad, sino el estándar social de las personas con ingresos inferiores. El mínimo sociocultural es por tanto una cantidad relativa y dinámica, que depende de

113. SSTC 107/1984, FJ 3; 99/1985, FJ 2; y 130/1995, FJ 2.

114. *Vid.* STC 236/2007 FJ. 3.

115. ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 10 y ss.

116. ALONSO SECO y GONZALO GONZÁLEZ, 1997, p. 98.

117. NEUMANN, 1994, p. 429; *vid.* Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán *BVerfGE* 33, 303 (334 f.); 40, 121 (139).

las costumbres de consumo de la sociedad y que por tanto debe ser actualizada continuamente¹¹⁸. Si sube el bienestar social debe aumentar al mismo tiempo el mínimo sociocultural, si disminuye debe descender. No podemos deducir de la dignidad humana una prohibición de retroceso social¹¹⁹.

Debe quedar sin embargo claro, que corresponde en primer lugar al legislador no sólo concretar este mínimo sociocultural sino también los medios como realizar este mínimo. Queda en su discrecionalidad, si garantiza este mínimo por medio de bienes, dinero o servicios. El Estado puede conceder prestaciones en forma de créditos, siempre que de esta forma no se cree una dependencia permanente de los sistemas sociales. Aquí el Estado puede incluir consideraciones fiscales. No existe una obligación del Estado de garantizar el mínimo existencial por medio de prestaciones monetarias. Aunque podemos deducir de la dignidad humana que el ser humano no debe perder la autonomía individual. Pero esta autonomía individual no se realiza necesariamente garantizando al individuo la libertad de suministrarse libremente¹²⁰. La actividad social del Estado toca necesariamente la esfera privada del individuo¹²¹.

2.1.5. Dignidad y principios del Derecho social

Por tanto solo podemos deducir del valor constitucional de la dignidad humana dos principios que el legislador y la Administración deben considerar necesariamente al definir y conceder las prestaciones sociales: la complementariedad y la subsidiariedad¹²². De la dignidad humana se deduce primeramente el principio que las prestaciones cubran completamente la necesidad mínima. Las prestaciones deben ser por tanto eficaces y suficientes. La necesidad se debe definir además de forma individual y no debe por tanto depender de las contribuciones realizadas por el individuo (principio de equivalencia). Las prestaciones esquemáticas y globales, con topes fijos, no consideran las necesidades del individuo y por tanto no respetan suficientemente el valor constitucional.

118. Vid. Sentencias del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán (*Bundesverwaltungs-gericht*) *BVerwGE* 25, 307 (317); 35, 178 (180 y ss.); 36, 256 (259); 69, 146 (154); 92, 6 (7); 92, 112 (114); 97, 376 (378); 107, 234 (236).

119. Según GOMES CANOTILHO (1988, p. 629), el Tribunal Constitucional portugués aplicó en 1984 este principio de «prohibición del retroceso social» o de «prohibición de evolución reaccionaria» al considerar inconstitucional un decreto-ley del gobierno que subrepticamente aniquilaba el Servicio Nacional de Salud.

120. NEUMANN, 1994, p. 430.

121. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán *BVerwGE* 50, 63f.

122. Más allá, PISARELLO, 2007, pp. 80-87.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Pasemos al principio de subsidiariedad. La dignidad humana se basa en la autorresponsabilidad del ser humano por su vida. El Estado puede y debe apoyar al ciudadano a superar situaciones críticas. En cambio, no le puede quitar completamente la carga de superar estas dificultades. Si fuera así, reconoceríamos que la sociedad es capaz de definir la personalidad del ciudadano creando con estándares predeterminados por el Estado seres uniformes. Al mismo tiempo negaríamos que el individuo es capaz de resolver activamente estos problemas aun en graves situaciones económicas. El resultado sería convertir al individuo en un mero objeto del procedimiento estatal y por tanto una violación del valor de la dignidad humana¹²³. Las prestaciones sociales deben ser por tanto solamente prestaciones subsidiarias¹²⁴. El Estado debe actuar sólo con prestaciones sociales en el caso de que los otros sistemas sociales estatales como, por ejemplo, la Seguridad Social, y privados como por ejemplo la familia no sean capaces de ayudar¹²⁵. En cambio, como obligación estatal derivada del valor constitucional el Estado no puede privatizar esta función indicando al individuo que se dirija a las instituciones caritativas sociales.

El principio de subsidiariedad obliga además al individuo afectado a aceptar cualquier empleo digno para sostenerse¹²⁶. De esta forma, el Estado reconoce plenamente al ciudadano como ser humano digno y por tanto autorresponsable¹²⁷. No se puede en cambio confundir la falta de disponibilidad a ejercer un empleo con la cuestión de quién es culpable de la situación económica. Si reconocemos el Derecho del individuo de planificar su vida libremente es consecuencia necesaria que el Estado no cuestione, por qué la persona se encuentra en esta situación económica. Del principio de subsidiariedad podemos deducir finalmente que las prestaciones deben ser diseñadas de tal forma que quede una motivación a ejercer un empleo. No puede haber una igualdad de las prestaciones sociales y del salario mínimo.

2.2. LIBERTAD*

2.2.1. El argumento de la libertad contra los derechos sociales

Uno de los obstáculos con que se encuentran los derechos sociales a la

123. *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán *BVerwGE* 23, 153 (156); 25, 27 (30).

124. *Vid.* Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán *BVerwGE* 47, 103 (106f.).

125. *Vid.* Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán *BVerwGE* 23, 153 (156); 67, 163 (168).

126. *Vid.* Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán *BVerwGE* 67, 1 (5).

127. *Vid.* Tribunal Supremo Contencioso-Administrativo Alemán *BVerwGE* 23, 149 (153); 27, 58 (63); 67, 1 (5f.); 68, 91 (94); 98, 203 (204).

* Por Ricardo GARCÍA MANRIQUE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

hora de ser considerados como derechos fundamentales está constituido por el siguiente argumento: los derechos fundamentales son un instrumento jurídico al servicio de la libertad de las personas; pero los derechos sociales no sirven a la libertad sino, en todo caso, a otros valores; luego los derechos sociales no son derechos fundamentales. Este argumento, en una u otra forma, se encuentra con frecuencia cuando se trata de negar el carácter fundamental de los derechos sociales o de reducir su alcance o de ponderarlos con otros derechos. En general, si se acepta, el argumento reduce siempre en alguna medida considerable la fuerza de los derechos sociales en el marco de la teoría y la práctica de los derechos fundamentales y, por ende, en el marco de la teoría y la práctica del Derecho de los estados constitucionales¹²⁸.

La cuestión, claro está, es si nos hallamos ante un buen argumento o si, por el contrario, debemos rechazarlo. Si atendemos a la derivación de la conclusión a partir de las premisas, parece que no ofrece problemas. Pues si, en efecto, los derechos fundamentales sirven exclusivamente a la libertad y si los derechos sociales no sirven a la libertad, debe concluirse que los derechos sociales no son derechos fundamentales. Otra cosa es que ambas premisas sean verdaderas. Por eso, los partidarios de la inclusión de los derechos sociales en el seno de los derechos fundamentales han intentado hacer ver que alguna de las dos premisas es falsa. Ora han intentado mostrar que los derechos fundamentales sirven también a otros fines o valores distintos de la libertad, ora han argüido que los derechos sociales sí sirven a la libertad y no, o no sólo, a otros valores. Tanto en un caso como en el otro, al negarse la corrección de al menos una de las dos premisas, el argumento presentado en contra de los derechos sociales como fundamentales perdería su valor.

El análisis de este argumento es, a nuestro juicio, de sumo interés para todos los que se interesan por la fundamentación de los derechos sociales y por ende de los derechos fundamentales en general, no ya sólo por ser uno de los más utilizados sino también, y esto es lo principal, por ser quizá el más fuerte. Trataremos de mostrar que nos hallamos ante un argumento falaz porque al menos una de sus premisas es falsa, la que establece que los derechos sociales no sirven a la libertad. Dejaremos aquí de lado el análisis de la otra premisa, la que sostiene que los derechos fundamentales sirven exclusivamente a la libertad. Desde luego, hay una larga literatura al respecto, que trata de hacer ver que los derechos sociales pueden ser derechos fundamentales porque, primero, tales derechos sirven a valores como la igualdad, la dignidad, la seguridad o la solidaridad o a fines como la satisfacción de las

128. *Vid.*, p. ej., FORSTHOFF, 1975, pp. 249-268.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

necesidades básicas¹²⁹; y, segundo, y en esto consiste la negación de la otra premisa, los derechos fundamentales han de servir también a estos valores y no sólo al de la libertad. Algo se encontrará al respecto en este mismo libro, pero baste aquí al menos un recordatorio de nuestro derecho constitucional: si tenemos en cuenta que el artículo 1 CE establece como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y, si aceptamos que los derechos fundamentales consisten en la instrumentalización jurídica de dichos valores, parece claro que no haría falta vincular los derechos sociales con la libertad para considerarlos fundamentales; bastaría, por ejemplo, con vincularlos con la igualdad, si es que la igualdad a la que se refiere el artículo 1 permite una tal vinculación, cosa muy posible teniendo en cuenta el artículo 9.2¹³⁰.

Esta vía de fundamentación de los derechos sociales podrá bastar a muchos, o cuando menos resultar más interesante o más útil. Sin embargo, aquí exploraremos la otra, que parece más fértil porque nos permite no sólo esclarecer la relación entre libertad y derechos sociales sino también obtener o depurar un concepto más consistente y homogéneo de derechos fundamentales. Además, esta vía tiene la ventaja adicional, y obvia, de que no resultará por principio inaceptable para los que dan por buena la vinculación de los derechos fundamentales sólo con la libertad; esto es, de que no puede ser rechazable de antemano con el argumento de que los derechos fundamentales no han sido creados, o no son útiles, para la satisfacción de esos otros valores a los que hemos hecho referencia, por muy importantes que sean. Así que podemos aceptar, como punto de partida, una afirmación como la de Dieter GRIMM cuando escribe que «los derechos fundamentales significan una decisión del sistema en favor de la libertad, sin más»¹³¹.

Por la vía de su vinculación con la libertad, y mirando a nuestro texto constitucional, resultará que los derechos sociales pueden anclarse axiológicamente no sólo en los artículos 1 y 9.2 (un anclaje que sería asimismo posible por la vía de su vinculación con la igualdad, que también es mencionada por ambos preceptos), sino también en el artículo 10.1 y su cláusula del libre desarrollo de la personalidad. Se ha dicho que esta cláusula, a diferencia de su equivalente en el artículo 2.1 de la Constitución alemana, no atribuye derechos, y podemos darlo por bueno¹³²; también se ha dicho que la alusión

129. A título de muestra, *vid.* AÑÓN ROIG, 1994, cap. V; PECES-BARBA, 1995, caps. VIII-XI; PRIETO SANCHÍS, 1998, pp. 77-78; PISARELLO, 2007, cap. 3; o GARZÓN VALDÉS, 2007.

130. *Vid.* p. ej., PECES-BARBA (1984), p. 158-163.

131. GRIMM (2006), p. 79.

132. *Vid.* ALEXY (1993), pp. 331 ss., sobre el derecho general de libertad que el Tribunal Constitucional alemán ha extraído a partir de dicho artículo 2.1.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

al libre desarrollo de la personalidad no es más que la proclamación constitucional de que «cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses», y que de aquí lo que deriva es una «cláusula general de libertad» que informa todo el ordenamiento jurídico, significando que «todo lo que no está prohibido u ordenado está permitido»¹³³. Sin embargo, una reflexión metaconstitucional sobre el concepto de la libertad, de todo punto necesaria para dotar de sentido a la cláusula del artículo 10.1, podría llevar a atribuirle un sentido que fuese más allá de una interpretación como ésta y que vinculase el libre desarrollo de la personalidad no sólo con la no interferencia estatal sino también con la promoción activa de ese desarrollo, y, así, con los derechos sociales, favoreciendo además una hermenéutica de los derechos fundamentales en su conjunto más afín a su carácter indivisible o solidario, reiteradamente proclamado en el ámbito internacional.

2.2.2. La libertad o las libertades

La cuestión que nos ocupa es, pues, si en efecto los derechos sociales no sirven a la libertad, como sí lo hacen en cambio otros derechos típicamente fundamentales. De nuevo tenemos que distinguir ahora entre dos vías diferentes que nos pueden llevar al rechazo de esa creencia. La primera, y quizá más transitada, consiste en hacer ver que la libertad es un valor complejo, es decir, que o bien con esa palabra designamos varios valores diferentes o bien que el concepto que designa tiene varias vertientes, aspectos o dimensiones. El lector tendrá en mente algunas dicotomías clásicas de la filosofía política, como la que contrapone la libertad negativa con la positiva, la libertad formal con la libertad material o la libertad jurídica con la libertad efectiva. La cosa viene ya de lejos, por lo menos desde que Benjamin CONSTANT, en una famosa conferencia dictada en el Ateneo de París allá por 1819, distinguió entre la libertad de los antiguos y la de los modernos¹³⁴; alcanzó un momento álgido con el igualmente famoso ensayo de Isaiah BERLIN, también basado en el antagonismo entre dos formas de libertad, en este caso la positiva y la negativa¹³⁵; y ahora es habitual encontrar este tipo de distinciones en la dogmática más acreditada en materia de derechos fundamentales¹³⁶. De acuerdo con esta forma de argumentación, puede admitirse que todos los derechos fundamentales sirven a la libertad, pero ésta no es una razón contra la fundamentación de los derechos sociales porque alguna de las dimensiones de la libertad (p. ej., la que ALEXY llama libertad fáctica¹³⁷) requiere precisamente de

133. Díez-PICAZO (2005), pp. 69-70.

134. CONSTANT (1989).

135. BERLIN (1986).

136. Por todos, ALEXY (1993), pp. 213 ss.

137. ALEXY (1993), p. 486.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

la afirmación jurídica de este tipo de derechos; y lo que habría sucedido es que cierto pensamiento liberal reacio a considerar fundamentales a los derechos sociales habría olvidado esa dimensión de la libertad, esto es, habría asumido como punto de partida un concepto de libertad restringido en exceso, que habría resultado en una concepción deformada, por también demasiado restringida, de lo que son los derechos fundamentales.

Por otra parte, también es posible una segunda vía, que consiste en mostrar que los derechos sociales sí sirven a la libertad, pero concebida ésta de forma unitaria, esto es, sin recurrir a significados o a dimensiones diferentes de la misma y, por tanto, sin vincular unos y otros derechos fundamentales con unos y otros significados o dimensiones. Esta última afirmación debe ser matizada en el sentido de que incluso un concepto unitario de libertad puede requerir el establecimiento de alguna distinción en su seno, pero no nos saldremos de esta vía siempre que podamos mantener la unidad de la libertad, aunque se trate de una unidad articulada¹³⁸. Ésta es la vía que vamos a explorar aquí, dejando de lado la otra, y aun cuestionándola por distorsionar la idea de la libertad, al escindirla indebidamente. Si es posible mostrar que los derechos sociales sirven a la misma libertad que sirven otros derechos tradicionalmente fundamentales, entonces parece que habríamos encontrado un argumento mucho más fuerte que otros para justificar el carácter fundamental de los primeros o, por lo menos, una manera de rechazar el que podemos llamar «argumento de la libertad» en que se basa el tradicional escepticismo liberal para con los derechos sociales, al mostrar que está fundado en la falsa premisa de que los derechos sociales no sirven a la libertad.

2.2.3. Qué es la libertad

A. La libertad como capacidad para la autonomía

La libertad es la capacidad de un individuo para elegir y llevar a cabo un plan de vida que pueda ser considerado satisfactorio por él y por los demás; es decir, la libertad es la capacidad para la autonomía o, lo que es lo mismo, la capacidad de un individuo para orientar significativamente su vida siguiendo sus propias decisiones¹³⁹. O, como ha escrito Amartya SEN, con un

138. *Vid.*, p. ej., HIERRO (2000), pp. 362-363, donde las libertades negativa y positiva se articulan en un concepto único de libertad; y compárese con la contraposición entre ambas que propone BERLIN en el trabajo citado. *Vid.*, también al respecto, GARCÍA MANRIQUE (2000), p. 382.

139. Por supuesto no hay nada de original en esta definición de «autonomía», que es básicamente equivalente a la de un liberal radical como NOZICK (1988), pp. 59-60 o a las de Gerald DWORKIN (1988), p. 20; NINO (1989), pp. 204-205; o LAPORTA (1994), p. 135. Sobre este punto, *vid.* GARCÍA MANRIQUE (2007), p. 285.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

lenguaje algo diferente pero muy próximo, la «libertad real» de una persona «se representa por la capacidad que tiene la persona para conseguir las varias combinaciones alternativas de realizaciones o de haceres y estares»¹⁴⁰.

Esta capacidad para la autonomía (o para la autodeterminación o para la autorrealización moral) es lo que más valoramos en nosotros mismos, como individuos y como miembros del género humano, esto segundo porque creemos que está al alcance de la inmensa mayoría de los miembros de nuestra especie, a salvo de unas pocas excepciones de carácter patológico; y, como individuos, porque, aunque creemos que tal capacidad está a nuestro alcance, su entrenamiento y adquisición requieren un esfuerzo individual considerable que no siempre se realiza o llega a buen puerto en un grado aceptable. Por esta razón, asumimos que una comunidad política es justa cuando fomenta el desarrollo de esta capacidad para todos sus miembros; y de aquí que, si creemos que el instrumento adecuado para ello es la atribución de ciertos derechos a todos los miembros de la comunidad política, digamos que ésta es justa cuando lleva a cabo tal atribución de derechos.

Por supuesto, detrás de esta valoración de la capacidad para la autonomía está una cierta concepción de la vida buena, sin perjuicio de que sea dinámica, diversa o incluso controvertida. Esta concepción de la vida buena es la que, por una parte, permite juzgar el valor de los distintos usos que se hagan de la capacidad para la autonomía y, por otra parte, permite atribuir valor a la capacidad en sí, esto es, atribuir valor a la libertad. Detengámonos un momento en este punto, porque en él radica buena parte del equívoco sobre el sentido y el valor de la libertad. Observemos que hemos distinguido entre la libertad, como capacidad para la autonomía, y la propia autonomía, como elección de un plan de vida valioso¹⁴¹. El valor de una capacidad depende del valor de aquello que nos permite realizar, luego en este caso el valor de la libertad depende del valor de la autonomía. Ahora no es necesario determinar por qué valoramos la autonomía, pero es obvio que, si la valoramos, tenemos que poder determinar cuándo un plan de vida (o, si se quiere, cualquier decisión humana relevante) es valioso o no lo es; y a esto es a lo que se hace referencia al decir que tras la libertad está una cierta concepción de la vida buena, porque es esta vida buena la que nos permite determinar

140. SEN (1997), p. 113; *vid.* también p. 143, donde establece que la libertad ha de juzgarse «por nuestra capacidad para vivir del modo en que uno elegiría». Acerca de la aquí rechazada contraposición entre libertad y capacidad, muy típica de cierta filosofía política anglosajona, *vid.*, p. ej., LAPORTA (1983), p. 39. En cambio, SEN entiende que «el elemento de poder no puede ser relegado en ninguna formulación adecuada de la libertad o de las libertades» (*ibid.*, p. 96).

141. Sobre esta distinción: RAZ (1984), pp. 190-195; y RAZ (1986), p. 372.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

si un plan de vida es o no valioso. Por eso, si no dispusiéramos de un criterio como éste, no podríamos saber si la capacidad para la autonomía ha sido bien o mal ejercitada ni, por tanto, podríamos valorarla. Cualquier elección humana tendría el mismo valor, la idea de «elección de un plan de vida valioso» perdería su sentido y, con ello, lo perdería también la idea de la libertad.

Los derechos fundamentales, por tanto, no presuponen sólo el ideal de la vida libre, sino también un cierto ideal de vida buena que no puede ser calificada sólo como libre¹⁴². Podemos admitir, como hemos hecho ya, que el ideal de la vida buena es dinámico, diverso o controvertido, pero no podemos llegar hasta el punto de afirmar, por ejemplo, que «la gente difiere radicalmente sobre los tipos de vida que eligen llevar a cabo»¹⁴³; no, si esta diferencia es algo más que una cuestión de hecho, es decir, si entendemos que cualquiera de estos tipos de vida que difieren radicalmente son de igual forma valiosos y que, en consecuencia, no podemos discriminar entre vidas mejores y peores. Volvamos a la cita anterior de GRIMM: «los derechos fundamentales significan una decisión del sistema en favor de la libertad sin más». Y continúa: «al renunciar de antemano a un ideal establecido de virtud, definido de forma material, el bien común que persiguen consiste precisamente en posibilitar la autodeterminación individual»¹⁴⁴. Sin embargo, no puede ser cierto que detrás de la decisión en favor de la libertad no haya un ideal material de virtud, puesto que, si no lo hubiera, no habría razones para valorar la libertad, es más, tampoco tendríamos un criterio para determinar quién actúa libremente o no, o quién está en condiciones de actuar libremente o no. Por ejemplo, no podríamos calificar a alguien como demente y, por tanto, incapacitado para la libertad, si no dispusiéramos de un criterio para discernir acciones buenas y malas, apropiadas e inapropiadas, con sentido y sin él.

El ideal de la vida buena no es exclusivo de los humanos. También podemos determinar lo que es una vida buena para un animal o para una planta. Tiene sentido para mí decir que el perro de mis vecinos lleva una vida buena o mala porque tengo un criterio al respecto; y también tiene sentido decir

142. Desde un punto de vista constitucional, podría sugerirse que esa vida buena sería al menos aquella que resultase de la posibilidad de ejercer plenamente todos los derechos fundamentales, un ejercicio pleno que también requeriría sin duda la promoción de los «principios rectores de la política social y económica» (aun si se considera que éstos no constituyen derechos fundamentales genuinos). De este modo, cabría habilitar a la «vida buena» como criterio interpretativo genérico válido para todas las cláusulas de derechos fundamentales.

143. MACKIE (1984), p. 175.

144. GRIMM (2006), p. 79.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que el limonero de su jardín está bien o mal cuidado y, por eso, su vida es mejor o peor. Lo que sucede es que, con razón o sin ella (esto es otro asunto ahora) creemos que una diferencia entre perros o limoneros y seres humanos radica en que los unos no están en condiciones de elegir una vida buena por sí mismos, pero los otros sí, y por eso la propia capacidad para elegir una vida buena forma parte de la vida buena de los seres humanos (pero no de los perros ni de los limoneros). Cabe recordar aquí el modo tan ilustrativo en que TOMÁSIO, el iusnaturalista alemán de principios del siglo XVIII, justificó la libertad religiosa, abriendo así el camino para la justificación de todas las libertades fundamentales vinculadas con el pensamiento y la conciencia: hay un Dios verdadero y un camino verdadero para la salvación del alma; pero la salvación del alma sólo tiene sentido si uno es capaz de alcanzarla por sí mismo, esto es, libremente, de manera que la religión verdadera no puede ser impuesta, sino que ha de dejarse que cada uno la busque y encuentre por sus propios medios. Por tanto, TOMÁSIO razonaba que la imposición de la religión verdadera era perjudicial porque impedía la salvación (y el ejemplo sigue siendo válido aunque uno no sea creyente, porque sirve también para cualesquiera otros aspectos significativos de la vida humana).

En definitiva, valoramos la libertad porque valoramos la autonomía, y valoramos la autonomía porque tenemos un ideal de lo que es una vida humana buena, y de él forma parte, junto con otros elementos, el hecho de que esa vida sea elegida y no impuesta: «la vida buena –afirma SEN– es, entre otras cosas, también una vida de libertad»¹⁴⁵.

Esta caracterización algo tosca del sentido y valor de la libertad puede servir para nuestros intereses. A partir de ella, tratemos de enjuiciar ahora algunas concepciones de la libertad que, de aceptarse, podrían llevar a desvincularla de los derechos sociales.

B. Libertad positiva y negativa

Según Isaiah BERLIN, el término «libertad» designa al menos dos cosas distintas, a las que denomina «libertad positiva» y «libertad negativa». La libertad negativa la define así: «Se puede decir que soy libre en la medida en que ningún hombre o cuerpo de hombres interfiere con mi actividad. La libertad política en este sentido es simplemente el área en la que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros»¹⁴⁶.

Y la libertad positiva: «El sentido positivo de la palabra libertad deriva del deseo del individuo de ser su propio dueño. Yo deseo que mi vida y mis

145. SEN (1997), p. 83.

146. BERLIN (1986), p. 122.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

decisiones dependan de mí mismo, no de fuerzas externas de cualquier clase. Yo quiero ser el instrumento de mis propios actos de voluntad, no de los de otros hombres. Yo quiero ser un sujeto, no un objeto; ser movido por razones, por propósitos conscientes, que son los míos»¹⁴⁷.

Tras definir ambas, BERLIN admite que «la libertad que consiste en ser dueño de uno mismo y la que consiste en no ser obstaculizado para decidir lo que quiera por otros hombres pueden, a primera vista, parecer conceptos a poca distancia lógica el uno del otro –nada más que la forma positiva y negativa de decir la misma cosa–», pero continúa explicando que ambas nociones se han desarrollado históricamente por caminos divergentes hasta que han acabado por entrar en conflicto. Del análisis subsiguiente se deduce que el conflicto ha consistido en que el deseo de libertad positiva se ha convertido en defensa de la democracia, pero resulta que la democracia puede llegar a ser el peor enemigo de la libertad negativa, porque el poder democrático se considera con el derecho de imponer a todos el modo en que han de vivir. Y resulta que esas que aparentemente eran sólo dos formas de decir la misma cosa acaban por ser no «dos diferentes interpretaciones de un único concepto, sino dos actitudes profundamente divergentes e irreconciliables hacia los fines de la vida»¹⁴⁸.

Si esta contraposición entre libertad negativa y positiva fuese aceptable, si en verdad representasen esas dos actitudes (o fines o valores) no ya sólo diferentes sino incluso irreconciliables, parece fácil comprender que una concepción coherente de los derechos fundamentales debería asociarlos sólo con una de las dos; y, en efecto, ésta ha sido la opción tomada por buena parte del pensamiento liberal, que ha caracterizado los derechos fundamentales como instrumentos o especificaciones de la libertad negativa y que, a partir de esta caracterización, ha descartado que los derechos sociales puedan ser fundamentales, sobre el supuesto de que no sirven a la libertad negativa porque no son derechos a la no interferencia de otros.

Sin embargo, creemos que es razonable descartar esa contraposición entre las dos libertades y sustituirla por una articulación entre ambas en términos bien distintos. Según parece, la libertad negativa no es más que una condición necesaria de la libertad positiva y ésta equivale a la libertad como capacidad para la autonomía tal como la hemos definido previamente. En efecto, si, como escribe BERLIN, yo quiero «ser un sujeto, no un objeto» y que «mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo», entonces lo que quiero no es otra cosa que poseer capacidad para la autonomía, es decir, ser libre a

147. BERLIN (1986), p. 131.

148. BERLIN (1986), p. 168.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

secas. Ahora bien: una condición necesaria de esta capacidad es poder disponer de lo que RAZ llama «adecuado rango de opciones» para que mis decisiones puedan ser significativas, es decir, para que mis decisiones afecten a los aspectos importantes de mi vida y, por tanto, puedan ser valiosas y no irrelevantes¹⁴⁹. Este adecuado rango de opciones ha de ser necesariamente limitado si mi capacidad para la autonomía ha de ser compatible con la de los demás miembros de la comunidad; pero, en todo caso, de él ha de formar parte, también necesariamente, un área de actividad libre de interferencias ajenas, esto es, un ámbito de libertad negativa.

La libertad negativa, empero, no es condición suficiente de la libertad positiva, porque la libertad negativa por sí sola no capacita a nadie para nada ni, desde luego, para tomar decisiones moralmente significativas, que es aquello en que consiste la libertad positiva o capacidad para la autonomía. De hecho la situación ideal de no interferencia consiste en la ausencia de agentes que puedan interferir, como la situación en la que se halla un individuo abandonado en una isla desierta o, mejor todavía, la situación en la que se hallan los niños abandonados a su suerte desde temprana edad en la espesura del algún bosque recóndito, de la que la historia nos ofrece algunos ejemplos famosos como el del niño salvaje de la película de Truffaut o el de Gaspar Hauser (también filmado, en este caso por Herzog). Cabe conceder que el hombre abandonado en la isla desierta podría encontrar cierto atractivo en la vida solitaria y darle sentido a la misma porque ya dispone de las habilidades adquiridas socialmente con carácter previo; en cambio, el niño abandonado en el bosque no pasa de ser lo que ROUSSEAU llamaba un «animal estúpido» para referirse a la condición humana en el estado de naturaleza, alguien a quien no puede definirse como libre porque no es capaz de tomar decisiones moralmente significativas¹⁵⁰. Y llegamos a la misma conclusión respecto de quienes, por limitaciones psicosomáticas, son incapaces de tomar alguna decisión que podamos considerar realmente como suya, por mucha libertad negativa de la que disfruten: estos individuos carecen de libertad porque carecen de capacidad para la autonomía. En definitiva, la libertad positiva es la libertad a secas y la libertad negativa no es sino una condición fáctica de la libertad, a la que mejor haríamos en llamar con otro nombre: ausencia de coacción o algo por el estilo¹⁵¹.

¿De dónde, entonces, la contraposición entre ambas libertades tal como la establece BERLIN? En su ensayo, y a raíz de él en la subsiguiente discusión

149. RAZ (1986), pp. 372-373; SEN (1993), p. 34 y SEN (1997), p. 136.

150. ROUSSEAU (1988), p. 19.

151. SEN, admitiendo que la libertad negativa tiene ante todo valor instrumental, le otorga también un cierto valor intrínseco; *vid.* SEN (1997), pp. 105-106.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

sobre las modalidades de la libertad, la cuestión de la libertad aparece tratada conjuntamente con otra cercana pero distinta, a saber, la de quién ha de tomar las decisiones que puedan imponerse a todos los miembros de la comunidad, es decir, la de quién ha de ser el sujeto del poder político. Una cosa es que ambas cuestiones se hayan mezclado a lo largo de la historia, como BERLIN sostiene, y otra cosa es que no debamos separarlas. La libertad positiva, tal como BERLIN la define, equivale a la capacidad para la autonomía, y en cambio no se corresponde con la libertad política entendida como ciudadanía o participación en el poder o instauración de la democracia. Es cierto que cualquier partidario de la libertad (positiva, pero también negativa, si se acepta que la segunda es condición necesaria de la primera) debería ser también, por principio, partidario de la democracia; porque la democracia permite que las decisiones que hay que tomar colectivamente (y hay que aceptar que estas decisiones son inevitables e importantes) se acerquen todo lo posible a una decisión autónoma¹⁵². Un partidario de la libertad sólo podría oponerse a la democracia por razones que podemos llamar contingentes, por ejemplo, por haber comprobado que, en la práctica o según cierta práctica, la democracia puede llegar a reducir el ámbito de acción individual (es decir, el ámbito de las opciones moralmente significativas) más que otros sistemas políticos. Siendo así, uno podría estar dispuesto a sacrificar su participación en las decisiones colectivas a cambio de que aumentase su capacidad para tomar decisiones individuales significativas (es decir, su libertad positiva), y una conclusión de este tenor es la que podría extraerse del ensayo de CONSTANT sobre la libertad de los antiguos y la de los modernos¹⁵³. En todo caso, lo que aquí se demuestra es que la libertad positiva según la define BERLIN y la libertad política no son la misma cosa, aunque se haya generalizado después el uso equivalente de ambos términos¹⁵⁴; fruto, en palabras de LAPORTA, de la «extrapolación imprudente de una moral concebida para el hombre individual hacia un ámbito colectivo, el político, que incorpora los conceptos de aquélla tras someterlos a una intensa mediación que priva a su significado de toda claridad»¹⁵⁵.

152. Este argumento aparece, p. ej., en HIERRO (2000), pp. 362-363.

153. En cambio, PETTIT ofrece la fórmula contraria, y de paso ofrece un ejemplo de la equiparación aquí rechazada entre libertad positiva y libertad política, en PETTIT (1999), p. 25: «la participación democrática puede ser esencial para la república, pero sólo porque resulta necesaria para promover el disfrute de la libertad como no-dominación, no por sus atractivos intrínsecos: no porque la libertad, según sugeriría una concepción positiva, no sea ni más ni menos que el derecho a la participación política».

154. *Vid.* también la equiparación en BOBBIO (1993), pp 100-102; que la equiparación no es general, lo demuestra SEN (1997), p. 87, que usa libertad positiva como sinónimo de capacidad para la autonomía.

155. LAPORTA (1983), p. 29.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

De hecho, todo el debate contemporáneo sobre el concepto de la democracia y, en particular, sobre los límites sustanciales con que debe o no debe caracterizarse (y, por extensión, sobre los límites al poder legislativo y sobre la legitimidad del control de constitucionalidad sustancial), puede entenderse como un debate acerca de la cuestión de cómo garantizar mayores márgenes de libertad para todos habiendo tomado conciencia de que algunas decisiones deben ser tomadas heterónomamente e impuestas con carácter general; pero éste no es un debate sobre el significado de la libertad, sino sobre los medios más adecuados para garantizarla. Volviendo a la contraposición establecida en el ensayo de BERLIN, de lo que se trata no es de que la libertad positiva constituya una amenaza para la libertad negativa, porque ha debido quedar claro ya que una y otra no pueden contraponerse, sino de que ciertas interpretaciones tendencialmente totalitarias de la democracia pueden constituir una amenaza para la libertad negativa y, por tanto, para la positiva; pero ésta es una cuestión que no afecta a lo que hemos de entender por libertad.

C. Libertad como ausencia de coacción

En segundo lugar, haremos referencia al modo en que Friedrich HAYEK define la libertad, de forma más breve cuanto que lo ya dicho en relación con la libertad positiva y negativa nos será de ayuda. Para HAYEK, la libertad se define como ausencia de coacción humana, y punto: «aquella condición de los hombres por la que la coacción que algunos ejercen sobre los demás queda reducida, en el ámbito social, al mínimo»¹⁵⁶. Parece que la libertad hayekiana, tan típica del pensamiento liberal, coincide con la libertad negativa tal como BERLIN la definió. Además, da la sensación de que, para HAYEK, la libertad así definida es el mayor de los bienes sociales, y el argumento contra los derechos sociales de cuyo análisis se ocupa este trabajo se basa sin duda en una consideración equivalente.

Sin embargo, y es lo que interesa destacar, si uno sigue leyendo las páginas del profesor de origen austríaco pronto se da cuenta de que no es ése el mayor de los bienes sociales. Cuando HAYEK se apresta a justificar la bondad de la libertad (definida como coacción reducida al mínimo), ofrece esta sencilla razón: la libertad es buena porque la coacción es mala. La coacción es la «presión autoritaria que una persona ejerce en el medio ambiente o circunstancia de otra», y es «precisamente un mal porque elimina al individuo como ser pensante que tiene un valor intrínseco y hace de él un mero instrumento en la consecución de los fines de otro»; o «es mala porque se

156. HAYEK (2006), p. 31.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

opone a que la persona use de un modo completo su capacidad mental, impidiéndole, por consiguiente, hacer a la comunidad la plena aportación de la que es capaz»¹⁵⁷. Dejando ahora de lado ciertas implicaciones comunitaristas de lo más interesante, el argumento de HAYEK es precisamente un argumento a favor de la libertad como capacidad para la autonomía, puesto que: la libertad como coacción mínima es buena porque la coacción es mala, y la coacción es mala porque supone la restricción de la libertad como capacidad para la autonomía, pues no otra cosa hemos de ver en esa referencia al ser pensante que no es un instrumento en la consecución de los fines de los otros y que usa de un modo completo su capacidad mental¹⁵⁸.

A mayor abundamiento, HAYEK es consciente de que esta capacidad para la autonomía, este libre desarrollo de las capacidades humanas que constituye el motivo central de toda su filosofía política, no es factible sólo mediante la mera ausencia de coacción, es decir, mediante lo que él denomina «libertad», sino que además los individuos requieren ser positivamente habilitados para poder ejercer tal capacidad, de la que en principio sólo disponen en potencia. Por eso, defiende cosas tales como que la propiedad esté repartida en alguna medida, que el estado garantice un mínimo vital para todos, un seguro de paro para los desempleados, un adecuado sistema fiscal, y la universalización de la educación, tanto si es pública como privada. Por si queda alguna duda: «Poco puede oponerse a que el poder político intervenga e incluso tome la iniciativa en áreas tales como la Seguridad Social y la educación [...] El problema no lo suscitan tanto los fines perseguidos como los métodos empleados por la autoridad»¹⁵⁹.

Merece la pena reiterar la idea fundamental: el bien social fundamental que HAYEK está ponderando en última instancia no es la ausencia de coacción o la mínima coacción posible, sino el libre desenvolvimiento de las capacidades humanas, que requiere desde luego restricción de la coacción pero también acciones políticas positivas. Queda la cuestión de las palabras empleadas, pero es una cuestión menor: HAYEK denomina «libertad» a la ausencia de coacción y no a la capacidad para la autonomía; pero lo que importa es, primero, que en su obra queda claro que la libertad como ausencia de coacción es importante porque constituye una condición necesaria para la disposición de dicha capacidad; y, segundo, que no constituye una condición suficiente. Por eso, dicho sea ahora de paso, la filosofía política de HAYEK no

157. HAYEK (2006), pp. 45 y 179.

158. *Vid.* BAQUÉS (2005), pp. 80-85, para otra interpretación de la libertad hayekiana, pero también como libertad valiosa mediatamente, en función de los objetivos que permite alcanzar.

159. HAYEK (2006), pp. 186, 347-349, 401 y 484 y ss. (la cita en p. 347).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

constituye un buen apoyo para los que rechazan el carácter fundamental de los derechos sociales.

D. La libertad y el valor de la libertad

En tercer y último lugar, tomaremos en consideración la distinción propuesta por John RAWLS entre la libertad y el valor de la libertad, una distinción que tiene que ver con la distinción de BERLIN entre libertad negativa y positiva y con la definición de HAYEK de la libertad como ausencia de coacción. RAWLS ofrece la siguiente descripción o fórmula general de la libertad: «Esta o aquella persona (o personas) es libre (o no libre) de este o aquel impedimento [constraint] (o conjunto de impedimentos) para hacer (o no hacer) esto o aquello»¹⁶⁰.

Añade RAWLS que, del mismo modo que hay muchos agentes (personas, asociaciones, Estados) que pueden ser libres, hay muchas clases de impedimentos y muchas cosas que se puede ser libre de hacer o no hacer, de manera que «hay muchas libertades diferentes que en su caso puede ser útil distinguir». Ahora bien, «estas distinciones pueden hacerse sin introducir diferentes sentidos de libertad», y RAWLS aclara esto porque justo antes ha advertido de que dejará de lado la controversia acerca de si la libertad debe ser definida como libertad positiva o negativa, una controversia que no considera conceptual, sino acerca del valor de las diferentes libertades cuando entran en conflicto entre sí. Sin embargo, poco después escribe: «La incapacidad para sacar provecho de los derechos y oportunidades como resultado de la pobreza y de la ignorancia, y en general la falta de medios, se cuenta a veces entre los impedimentos definitorios de la libertad. En cambio, yo no diré esto, sino que entenderé que estas cosas afectan al valor de la libertad, el valor que tienen para los individuos los derechos que define el primer principio [de la justicia]»¹⁶¹.

¿Qué significan estas palabras o que puede deducirse de ellas? En primer lugar, que la libertad así definida no incluye la liberación de la pobreza ni de la ignorancia, ni tampoco la disposición de medios, de manera que se puede ser libre al tiempo que pobre e ignorante y al tiempo que se carece de medios (supongamos que se refiere a medios materiales); en segundo lugar, que la libertad así definida no equivale a la capacidad para la autonomía, porque no puede negarse que la liberación de la pobreza y de la ignorancia y la disposición de medios contribuyen, al menos en alguna medida,

160. RAWLS (1973), p. 202.

161. RAWLS (1973), p. 204; y p. 61, donde se especifica que esos derechos que define el primer principio de la justicia, y que son iguales para todos, son las libertades civiles y políticas, pero no los derechos sociales.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

a esta capacidad; en tercer lugar, que la libertad así definida puede perder buena parte de su valor por razón de la pobreza o de la ignorancia o de la falta de medios, e incluso habrá que pensar que puede llegar a perder todo su valor si la pobreza, ignorancia o falta de medios son extremas; por tanto, ser libre puede llegar a no ser valioso en absoluto. Pero entonces resulta, y esto es lo que importa ahora, que la libertad deja de ser un valor y, por tanto, la libertad definida por RAWLS no puede servir como fundamento axiológico de los derechos fundamentales, ni puede ser esa libertad a la que hace referencia el argumento inicial del que hemos partido¹⁶². Veamos esto con un poco más de detalle para que quede más claro.

La forma en que RAWLS define la libertad puede ser más o menos conveniente o pertinente desde distintos puntos de vista. En última instancia, podríamos decir que lo más relevante desde un punto de vista general sería determinar si el conjunto de su teoría de la justicia es aceptable o no, teniendo en cuenta todos sus elementos, y si lo es, entonces podríamos considerar que su concepción de la libertad es aceptable porque lo son los resultados finales de su teoría. Sin embargo, ahora no nos interesa ese juicio global de su teoría, sino sólo saber si la libertad así definida puede ser ésa a la que se refiere el argumento que dice que los derechos fundamentales se fundan en la libertad. Si damos por supuesto que los derechos fundamentales han de fundarse en un valor, entonces esa libertad ha de ser intrínsecamente valiosa (como creo que lo es la libertad definida como capacidad para la autonomía); pero la libertad rawlsiana no satisface esta exigencia, porque puede estar desprovista de todo valor para algunos miembros de la comunidad (los sumamente ignorantes o pobres o desprovistos de todo medio), cosa que ya hemos visto que es declaradamente compatible con el disfrute de la libertad y, en todo caso, tendrá distinto valor para unos y para otros, en función de la educación, riqueza o, en general, medios disponibles. En definitiva, si la libertad es concebida tal como RAWLS propone, el hecho de que no esté vinculada con los derechos sociales es irrelevante a los efectos del análisis que aquí desarrollamos, porque esa libertad no puede ser la misma que está presente en el argumento del que hemos partido, según una de

162. *Vid.* RUIZ MIGUEL (1983), sobre el debate acerca de la conveniencia de definir la libertad en términos descriptivos o valorativos, un debate que podemos apartar aquí porque debe resultar obvio que la fundamentación de los derechos fundamentales requiere la configuración de la libertad como valor. Desde un punto de vista estrictamente constitucional, esto parece igualmente claro, desde el momento en que la libertad se encuentra entre los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1 CE), siendo pieza esencial de su «toma de posición valorativa», de su «concepción valorativa de la vida social» o de su «sistema axiológico» (LÓPEZ GUERRA, 1997, pp. 31 y 33).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuyas premisas (la que hemos dado por buena) todos los derechos fundamentales sirven a la libertad. De hecho, RAWLS justificará después los derechos sociales con base en su distinción entre la libertad y el valor de la libertad. Como los derechos civiles y políticos no pueden garantizar que la libertad sea valiosa para todos, entonces se hace necesario añadir otros derechos al catálogo de los derechos fundamentales, derechos sociales que derivarán del segundo principio de su teoría de la justicia; pero esto ahora no debe ocuparnos.

E. La propiedad como coacción

El análisis previo de las ideas de BERLIN, HAYEK y RAWLS sobre la libertad debería mostrar que si queremos fundar los derechos fundamentales en la libertad, entonces debemos optar por una concepción de la misma que no equivalga a la libertad negativa de BERLIN o a la libertad como ausencia de coacción de HAYEK o a una libertad que pueda llegar a estar desprovista de todo valor como la de RAWLS. No se nos ocurre otra posibilidad que la ya propuesta, es decir, la de la libertad como capacidad para la autonomía, que exige como condición necesaria un ámbito de no interferencia o de no coacción, pero también algo más. El paso siguiente consiste en hacer ver que este «algo más» que exige la libertad puede ser satisfecho por los derechos sociales, es decir, que los derechos sociales sí sirven a la libertad.

Sin embargo, antes de dar ese paso, merece la pena detenerse todavía un poco más en la idea de libertad negativa o libertad como ausencia de coacción. Los teóricos liberales parecen aceptar que la libertad negativa o como ausencia de coacción es plenamente compatible con cualquier reparto de los derechos de propiedad sobre los bienes socialmente relevantes. Más precisamente: que la libertad negativa puede ser exactamente la misma para todos los miembros de la comunidad con independencia de la propiedad de que dispongan. Otra cosa es que esta desigualdad en la propiedad sea considerada deseable o indeseable y, por tanto, que se considere que esta desigualdad debe ser reducida mediante derechos sociales o cualquier otra técnica de redistribución (cosa que proponen, p. ej., los tres filósofos liberales a que me he referido). Sin embargo, si bien se mira, la ausencia de interferencia o de coacción está vinculada de manera íntima con el reparto de los derechos de propiedad, del siguiente modo: la propiedad privada es siempre un acto de coacción pública o estatal y, por tanto, el desigual reparto de la propiedad privada supone un desigual reparto de la libertad negativa. Por eso, la libertad negativa no puede ser la misma para todos si la propiedad no está repartida de forma igualitaria. Vamos a examinar este argumento en el párrafo siguiente, pero anticipemos qué consecuencias tendría para los

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

derechos sociales su aceptación. Si resulta que los derechos sociales suponen siempre, o por regla general, una corrección de la desigualdad en el reparto de la propiedad, entonces los derechos sociales servirían no sólo a la libertad como capacidad para la autonomía, sino también a la libertad negativa o definida como coacción mínima, porque su atribución aumentaría el grado de libertad negativa disponible por sus titulares al reducir la coacción que se ejerce sobre ellos. Veámoslo.

La titularidad de un derecho de propiedad (privada) consiste en la posibilidad de excluir a los demás del disfrute y disposición respecto del bien objeto de propiedad. Esta exclusión es obviamente coactiva porque se sustenta en la capacidad del titular del derecho para acudir a la intervención estatal, por vía de los tribunales, siempre que el contenido de su derecho haya sido violado o esté amenazado con serlo. La respuesta estatal (jurisdiccional) puede ser muy variada, pero siempre de carácter coactivo: desde la imposición de una pena de reclusión para los que cometen el delito de robo, hurto o apropiación indebida, hasta la imposición de la obligación de suspender ciertas actividades que se considere que están vulnerando el derecho, pasando por multas, indemnizaciones u otro tipo de sanciones. Por tanto, la existencia de un derecho de propiedad siempre supone una restricción de la libertad negativa de los no propietarios. Esta restricción es tanto más relevante cuando los bienes que son objeto de la propiedad son de primera necesidad o, en todo caso, tienen mucho valor para las personas; y más aún cuando la distribución de dichos bienes es de tal manera desigual que impide disfrutar de los mismos¹⁶³.

Destaquemos, por tanto, dos aspectos de la cuestión de la relación entre propiedad y libertad negativa: el primero es que cada instancia o caso de propiedad privada es necesariamente, por definición, una restricción de la libertad negativa de todos los no propietarios; el segundo es que la concreta distribución de las propiedades puede suponer graves restricciones de la libertad negativa de muchos miembros de la comunidad, que en asuntos vitales pueden llegar a verse privados de toda libertad (negativa y, por tanto, positiva) por causa de dicha distribución.

Lo dicho sobre la propiedad vale también para el dinero. En la medida en que el dinero permite hacer cosas, la falta de dinero es simple y llanamente falta de libertad. Si viajar, estudiar, vestirse, habitar una casa, sanar o incluso comer cuesta dinero, y yo no tengo dinero, entonces no tengo la libertad negativa de viajar, estudiar, vestirme, habitar una casa, sanar o incluso comer, porque el proveedor del servicio o de la cosa, directamente y

163. El mismo argumento se halla en RUIZ MIGUEL (1983), p. 533.

sobre todo indirectamente a través del recurso a la coacción estatal, me lo impedirá o puede impedírmelo. Esta conexión entre libertad y dinero (o entre libertad y propiedad) es lo que parece no ver cierta concepción muy extendida, pero muy extraña, de la libertad negativa¹⁶⁴. Sólo una concepción de la propiedad como hecho natural y prepolítico (igualmente extraña) puede haberla justificado¹⁶⁵.

2.2.4. La libertad como fundamento de los derechos sociales

Estamos ya en condiciones de ofrecer una respuesta a nuestra pregunta inicial: los derechos sociales *sí* sirven a la libertad. Por tanto, el argumento en contra de la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales basado en la vinculación exclusiva de éstos con la libertad es un argumento inválido porque parte de una premisa falsa.

Los derechos sociales sirven a la libertad y además sirven a la misma libertad y del mismo modo que los demás derechos fundamentales. A la misma libertad porque la única libertad que puede servir como fundamento axiológico de los derechos fundamentales es la libertad como capacidad para la autonomía, y a ella sirven los derechos sociales como los demás derechos. Una vez llegados a este punto, no parece que esta última afirmación requiera mucha labor argumentativa en su favor, porque el problema radicaba en justificar la definición de la libertad como capacidad para la autonomía y no tanto en la conexión entre la capacidad para la autonomía y los derechos sociales. Acaso aclarar que todo derecho social puede concebirse como una prestación pública de bienes o servicios esenciales para la satisfacción de necesidades básicas y, por tanto, como una instancia de redistribución social de esos bienes o servicios; por tanto, el resultado de la atribución de un derecho social a un sujeto (sea educación, sanidad, Seguridad Social o vivienda) equivale siempre al apoderamiento de este sujeto, o al aumento de la capacidad de ese sujeto, de cara a la satisfacción de ciertas necesidades básicas. Si se acepta que tener las necesidades básicas cubiertas es condición necesaria para disponer de capacidad para la autonomía, entonces todos los derechos sociales sirven a la libertad así definida¹⁶⁶.

164. *Vid.* COHEN (2000), contra BERLIN, y COHEN (2001), pp. 168-170 (de forma más resumida).

165. *Vid.* SUNSTEIN (1993), cap. 2, para una interesante narración de cómo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América revocó esta doctrina naturalista de la propiedad para legitimar la intervención del gobierno en cuestiones económicas y laborales.

166. Por todos, *vid.* CONTRERAS (1994), p. 79 y ss.; y AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN (2004), p. 73. Para una elaboración detallada y atractiva de la conexión entre la autonomía individual y los derechos sociales, *vid.* GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004), pp. 422-438 y cap. XIII.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Es cierto que cabría diferenciar, como hace Amartya SEN, entre libertad de agencia y libertad de bienestar¹⁶⁷; para después intentar vincular los derechos sociales con el aumento de la segunda y no de la primera. Sin embargo, lo que dicha distinción pone de relieve es precisamente que tanto la agencia como el bienestar son vertientes de la libertad. Además, y esta observación vale también para lo que se dirá en el párrafo siguiente, no parece posible vincular los derechos sociales sólo con la libertad de bienestar y no con la de agencia; porque si no hay duda de que la atribución de derechos sociales aumenta el bienestar, tampoco debería haberla de que aumenta la libertad de agencia, no sólo porque aumente la libertad negativa de sus titulares, sino también porque aumenta la libertad de agencia en términos de lo que SEN llama «elecciones contrafactuales», es decir, «lo que uno hubiera elegido si hubiese podido elegir», aunque *de facto* no haya podido hacerlo. El ejemplo que pone SEN es el de estar libre de malaria (o de cualquier otra enfermedad, o del hambre). Si la malaria ha sido erradicada, podría aducirse que uno no ha ganado libertad porque no ha tenido la oportunidad de elegir entre tenerla y no tenerla. Sin embargo, y siempre según SEN, uno ha ganado libertad de agencia (y no sólo de bienestar) porque «uno valora el vivir sin malaria, desearía una vida libre de ella y la habría escogido, si le hubieran dado a elegir». Por eso, en contra de la opinión de algunos críticos, tiene sentido que Roosevelt en su día incluyera entre las cuatro libertades esenciales la de «estar libre de necesidad», un estado en relación con el cual lo que ha de verse como valioso no es el hecho de que uno pueda elegirlo como uno elige una religión o una orientación profesional, sino el hecho de que, de haber podido escoger dicho estado, lo habría hecho, porque no hay ninguna razón para escoger su contrario. Por tanto, concluye: «Cuando sopesamos las desigualdades a lo largo y lo ancho del mundo, en términos de ser capaces de evitar enfermedades, o hambre, o mortalidad precoz, no estamos examinando solamente las diferencias de bienestar, sino también las libertades fundamentales que apreciamos»¹⁶⁸.

Además, los derechos sociales sirven a la libertad del mismo modo en que lo hacen los demás derechos fundamentales, en el sentido de que los derechos sociales, como los demás derechos, no sólo amplían globalmente la

167. SEN (1995), pp. 74-77. *Grosso modo*, la libertad de agencia es la libertad de hacer o no hacer (a ella apuntan, típicamente, las libertades públicas); la libertad de bienestar es la libertad que consiste en estar liberado de ciertas necesidades, o el hecho de tenerlas satisfechas (a ella apuntan los derechos sociales, sin perjuicio de lo que se dice a continuación en el texto).

168. SEN (1995), p. 83. Quien esté interesado en esta caracterización y análisis de la libertad en términos de capacidad puede consultar también la obra de Martha Nussbaum. P. ej., NUSSBAUM (2007), pp. 82-92 y cap. III.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

capacidad para la autonomía de sus titulares sino que, en particular, amplían también la libertad negativa de que disponen, como acabamos de ver en el epígrafe anterior. Por tanto, no podemos decir ni que los derechos sociales no sirven a la libertad sino a otros valores, ni tampoco que los derechos sociales sirven a un aspecto de la libertad distinto del servido por los demás derechos fundamentales. En cambio, los derechos sociales pueden derivarse de la libertad de forma conjunta y unitaria con los demás derechos fundamentales. Incluso si se acepta que los derechos sociales suponen la restricción de otros derechos fundamentales clásicos (asunto discutible, porque discutible es el estatuto fundamental de los derechos que se ven restringidos por la atribución de derechos sociales, que son el de propiedad y otros conexos¹⁶⁹), sigue siendo cierto que unos y otros derivan de una misma libertad, esa que HABERMAS siguiendo a KANT llama la «autonomía privada, que se expresa en el grado mayor posible de iguales libertades subjetivas de acción», una autonomía privada cuya función rectora y fundadora de los derechos no ha cambiado con el paradigma del estado social. Los derechos sociales no requieren que el principio de la autonomía privada sea interferido por, o complementado con, el de «justicia social» o «responsabilidad social». Antes bien, tratan de generalizar, para todos los ciudadanos, ese mismo principio traducido en iguales libertades: «Si de ello para una de las partes [ciudadanos] se siguen restricciones efectivas frente al *statu quo ante*, se trata no de restricciones normativas del principio, sino de la eliminación de aquellos privilegios que son incompatibles con la igual distribución de libertades subjetivas, exigida por ese principio»¹⁷⁰.

169. Vid. FERRAJOLI (1999), pp. 45 ss., para una negación del carácter fundamental de los derechos patrimoniales. En la doctrina española, para la negación de la posibilidad de configurar la propiedad privada como un derecho fundamental, por su imposible contenido igualitario, vid. PECES-BARBA (1995), p. 170. El carácter iusfundamental de la propiedad, en cambio, no es cuestionado por la dogmática constitucional española. Por todos, vid. REY MARTÍNEZ (1994). Conviene observar que lo que FERRAJOLI sostiene es que los derechos patrimoniales (entre ellos, la propiedad) tienen una estructura diferente a la de los derechos fundamentales, con lo que *no pueden* ser derechos fundamentales por mucho que el legislador constitucional se empeñe en calificarlos como tales. Los derechos patrimoniales son derechos singulares, alienables y modificables mediante negocios jurídicos; en cambio, los derechos fundamentales son derechos universales, inalienables e inmodificables mediante negocios jurídicos.
170. HABERMAS (1998), pp. 482-483. La misma idea expresada por un constitucionalista y referida de manera más explícita a los derechos sociales la encontramos en BÖCKENFÖRDE (1993), pp. 74-75: «La idea de los derechos sociales fundamentales no aparece (...) como algo que se oponga a la garantía de la libertad del estado liberal-burgués de derecho, sino como su consecuencia lógico-material en una situación social modificada. También se trata en ella del aseguramiento de la libertad, no de la superación de la libertad en beneficio de formas colectivas de vida».

No hay, en definitiva, ningún impedimento para considerar a los derechos sociales como derechos de libertad, y de esto es de lo que queríamos tratar aquí. Cuestiones distintas son, una, que un partidario de los derechos sociales crea necesario o conveniente apoyarlos también en otros valores como el de la igualdad, la dignidad o la solidaridad; y, otra, que un detractor de los derechos sociales pueda encontrar una razón distinta para justificar su exclusión del catálogo de los derechos fundamentales. Son dos cuestiones que no abordaremos aquí, pero cabe avanzar una opinión: respecto de la primera, me parece que el recurso a otros valores distintos de la libertad para fundamentar los derechos sociales no es necesario y acaso sea incluso inconveniente; respecto de la segunda, no parece posible encontrar razones contra la fundamentalidad de los derechos sociales que tengan algo que ver con la libertad.

2.3. IGUALDAD*

2.3.1. La igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional español: análisis y valoración crítica

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre igualdad y no discriminación, tal y como viene siendo normalmente resumida por él mismo en sentencias recientes, transita por los siguientes argumentos:

a) El artículo 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado el Tribunal desde la STC 22/1981, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las

* Por Fernando REY MARTÍNEZ. El apartado 2.3.9 se debe a Guillermo ESCOBAR ROCA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, FJ 3; 49/1982, FJ 2; 2/1983, FJ 4; 23/1984, FJ 6; 209/1987, FJ 3; 209/1988, FJ 6; 20/1991, FJ 2; 110/1993, FJ 6; 176/1993, FJ 2; 340/1993, FJ 4; 117/1998, FJ 8, por todas).

En el proceso constitucional en el que se solicite la aplicación del principio de igualdad, «compete a los órganos del Estado demandados en el procedimiento constitucional la carga de ofrecer la justificación que el diferente trato legal posee», y a quien la deduzca, «la aportación de un término de comparación adecuado y suficiente que permita constatar que ante situaciones de hecho iguales le han dispensado un trato diferente sin justificación objetiva y razonable» (por todas, STC 261/1988). En bastantes ocasiones el Tribunal Constitucional ha estimado que no existía ese *tertium comparationis* adecuado, como, por ejemplo, la exclusión del régimen de afiliación al sistema de Seguridad Social de los trabajadores del servicio doméstico a quienes sean familiares hasta cierto grado del empleador (STC 109/1988), la conexión de sanciones penales distintas a diferentes tipos delictivos (STC 65/1986) o el establecimiento de un distinto régimen para la adquisición de una pensión de orfandad entre la adopción plena (equiparada a la filiación por naturaleza) y la adopción simple (STC 33/1983). Para determinar si se da un trato diferente y discriminatorio a situaciones que son semejantes, será necesario también precisar si las situaciones subjetivas son efectivamente comparables o cotejables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 29/1987).

Por otro lado, el juicio de igualdad no comprende la «discriminación

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

por indiferenciación» (STC 86/1985), esto es, el derecho a un trato legal diferenciado de supuestos distintos (o interdicción de la igualdad de trato entre sujetos en posiciones fácticas diferentes). El artículo 14 CE no abarca un «derecho a la desigualdad», sino un derecho a la igualdad: la prohibición de trato normativo desigual de situaciones subjetivas semejantes (que sí se permite sobre situaciones diferentes). Así como, paralelamente, el artículo 9.2 CE permite un trato normativo desigual, pero no exige la igualdad de hecho frente a desigualdades jurídicas legítimas (STC 8/1986). «La igualdad no es una realidad ni un concepto matemático, abstracto, sino tratamiento desigual a lo desigual o igual de lo parecido o semejante» (STC 29/1987).

b) La virtualidad del artículo 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, FJ 5; 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el artículo 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, FJ 3; 20/1991, FJ 2; 176/1993, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, FJ 6; 207/1987, FJ 2; 145/1991, FJ 3; 147/1995, FJ 2; 126/1997, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, FJ 4; 67/1998, FJ 5; ATC 22/1992; en relación con la edad, STC 31/1984, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, FJ 6; 128/1987, FJ 7; 229/1992, FJ 2; 126/1997, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

92/1991, FF JJ 2 a 4; 90/1995, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, FF JJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, FJ 4; 75/1983, FF JJ 6 y 7; 209/1988, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, FJ 2).

Hasta aquí la interpretación que normalmente hace de la igualdad (art. 14 CE) el Tribunal Constitucional. Esta lectura, aunque sustancialmente convincente, presenta, a nuestro juicio, algunas debilidades relevantes desde el punto de vista teórico. Señalaremos cuatro.

Primera, la pertinaz confusión entre el juicio de razonabilidad y el más astringente de proporcionalidad en relación con el principio y derecho de igualdad general. Éste tiene que ver únicamente con el juicio de razonabilidad, no con el de proporcionalidad, que es el correspondiente a las prohibiciones de discriminación concretas (raza, sexo, etc.). La propia jurisprudencia del Tribunal (y de todos los tribunales comparables de nuestro entorno) así lo corrobora una y otra vez (aunque no siempre sea posible una castidad metodológica y haya «interferencias» entre ambos tipos de estándar judicial en algunos casos).

Segunda, el Tribunal no acaba de incorporar en toda su plenitud la doctrina de la categoría sospechosa respecto de los rasgos de discriminación

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

estricta (raza, sexo, etc.). En este punto, sólo alude a una vaporosa relación con la dignidad humana, disolviendo las ventajas de un análisis más fino de los tipos de discriminación concretos, de sus similitudes y diferencias, etc. Todo esto es muy importante porque la discriminación por razón de raza no tiene exactamente el mismo contenido que la discriminación por sexo o por nacimiento, etc. Aprecio aquí cierta tosquedad argumental.

Tercer flanco vulnerable a la crítica, el problema de la discriminación por indiferenciación (trato jurídico idéntico de lo diverso fáctico), que también, creo, podríamos llamar discriminación por igualación. El Tribunal lo resuelve demasiado rápido y sin aportar argumentos consistentes. En efecto, como ha demostrado recientemente COBREROS, la simple apelación a la dicción literal del artículo 14 CE y a la generalidad de la ley, por sí solas, no resultan convincentes para justificar su no inclusión en el ámbito normativo del artículo 14 CE¹⁷¹. En un trabajo anterior, ya propusimos importar para nuestro ordenamiento la tesis clásica de Joseph TUSSMAN y Jacobus TENBROEK¹⁷² acerca de que una diferenciación normativa «sobre-inclusiva» (como se produce siempre en los supuestos de discriminación por indiferenciación) pueda llegar a valorarse como una violación del principio general de igualdad¹⁷³. Por otro lado, las prohibiciones de discriminación en sentido

171. COBREROS, 2007, pp. 102-108. Comparto con él su crítica en este punto, pero no otros elementos de su argumentación, particularmente la utilización que hace de la Sentencia del TEDH del caso Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2000. En efecto, el Tribunal de Estrasburgo apreció en ese caso un supuesto de discriminación por indiferenciación. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9. Según el profesor COBREROS, esta Sentencia obligaría a interpretar, por la regla hermenéutica del art. 10.2 CE, que la discriminación por indiferenciación está prohibida por nuestro art. 14 CE. Sin embargo, la doctrina Thlimmenos no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto para alcanzar una solución justa, de modo que el art. 10.2 CE no sería (aún) aplicable o no de un modo imperativo (a mi juicio, nunca lo es por esta vía: el intérprete constitucional, y mucho más si se trata del Tribunal Constitucional, es libre para elegir los criterios hermenéuticos de resolución del caso —no lo es sólo para no elegir ningún canon interpretativo de corte jurídico—). En cualquier caso, con un Tribunal de Estrasburgo expansivo (y crecientemente discutible) parece excesivo convertir a una sola de sus sentencias en criterio de interpretación de nuestros derechos fundamentales.

172. TUSSMAN y TENBROEK, 1949, pp. 341 y ss.

173. REY MARTÍNEZ, 1995, p. 51. Por supuesto, no lo hice con el vigor, extensión y rigor con el que E. COBREROS en el trabajo citado propone que se considere que las discriminaciones por indiferenciación son violaciones de la igualdad constitucional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

estricto (racial, sexual, etc.), particularmente la categoría de «discriminación indirecta», como muy agudamente ha observado COBREROS¹⁷⁴, reclama la prohibición de tratar jurídicamente de modo idéntico a aquellos sujetos cuya diferente situación fáctica les puede ocasionar un impacto negativo¹⁷⁵. Por tanto, coincidimos con el autor citado en que el Tribunal Constitucional no debiera negarse, por principio, a admitir que el artículo 14 CE prohíbe también la discriminación por indiferenciación. Ahora bien, nos parece que hay una razón de peso que justifica una interpretación restrictiva de la admisibilidad de la discriminación por indiferenciación, razón que ni el Tribunal Constitucional ni COBREROS consideran, y es que la valoración y elección de los criterios o rasgos de diferenciación de trato entre sujetos es política y debe corresponder, en principio, a quien está legitimado constitucionalmente para ello: al legislador¹⁷⁶. Una aplicación generosa de la discriminación por indife-

174. COBREROS, 2007, p. 102.

175. Un ejemplo lo constituye la STC 253/2004, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 12.4 del Estatuto de los Trabajadores («Para determinar los períodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computarán exclusivamente sobre las horas trabajadas»). El Tribunal entiende que la regulación vulnera el principio de igualdad en la ley y también el derecho a no sufrir discriminación (indirecta) por razón de sexo. En efecto, sostiene, por un lado, que no es contrario al art. 14 CE que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador a tiempo completo ya que implica un esfuerzo contributivo menor, pero la aplicación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los períodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones conduce a un resultado «desproporcionado» pues dificulta injustificadamente el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la protección social al exigir períodos de carencia más exigentes que a los trabajadores a tiempo completo. Pero, y esto es lo más novedoso de la Sentencia, el Tribunal enjuicia también la cuestión desde la perspectiva del concepto de discriminación indirecta, concluyendo que el precepto legal impugnado incurría en ella porque «el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia». La Sentencia se valió (como suele ser habitual en los casos de discriminación indirecta) de estadísticas (del Instituto de la Mujer) que revelaban que, en 1996, el 75,16 % de los contratos a tiempo parcial los desempeñaran mujeres y, en 2004, esta cifra se elevaba al 81,94 %. De modo que una regulación legal como la cuestionada que trataba de modo desproporcionado a los trabajadores a tiempo parcial respecto de los que lo son a tiempo completo (pues les dificultaba al máximo el acceso a las prestaciones sociales —otra cosa es que la cuantía de las mismas sean legítimamente desiguales a favor de los últimos—), al impactar mayoritariamente sobre las trabajadoras, producía una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por la Constitución.

176. No es lo mismo, me parece, el mandato de prohibición de trato (jurídico) desigual a quienes estén (de hecho) en situación igual o semejante, un mandato de perfiles bastante precisos, que el mandato de prohibición de trato (jurídico) igual a quienes

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

renciación (por más que pueda resultar ideológicamente simpática ya que permitiría normalmente hacer justicia en casos concretos), abre la puerta a un activismo judicial de perfiles inciertos y atenta, por ello, al diseño de poderes establecido por la Constitución. Discrepamos, pues, con la rotunda negativa del Tribunal Constitucional a entender amparada la discriminación por indiferenciación en el artículo 14 CE, pero también con una opinión de manifiesto sentido contrario como la de COBREROS. Más bien, consideramos que debe admitirse en nuestro ordenamiento la discriminación por indiferenciación, pero sólo de modo restrictivo, como una suerte de *air-bag* de seguridad frente a las arbitrariedades legislativas más flagrantes, esto es, más como una defensa frente a eventuales patologías legislativas que como una función fisiológica ordinaria de los tribunales. Además, habría que distinguir entre el principio general de igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto porque la discriminación por igualación jugaría más en el segundo supuesto que en el primero (al ser la prohibición de discriminación sexual, racial, etc., un auténtico derecho fundamental, la libertad de configuración legislativa se ve reducida drásticamente). No obstante, las dificultades para apreciar una discriminación por igualación incluso en el caso de las discriminaciones indirectas es también patente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷⁷.

estén (de hecho) en situación desigual, un mandato de formato impreciso por definición. En efecto, ¿cuánta desigualdad se requeriría para poder exigir en propio favor un trato distinto? La Sentencia Thlimmenos habla de una situación «sensiblemente» diferente. ¿Cómo se mide esa sensibilidad? Estará clara en los casos más extremos, pero no en la mayoría. Además, habría que distinguir el tipo de disposición porque, evidentemente, la exigencia de diferenciación deberá ser mayor en el caso del Derecho sancionador, pero menor en otros casos. El propio COBREROS, consciente de las dificultades de aplicación de la discriminación por indiferenciación, propone que se sancione con inconstitucionalidad, pero sin nulidad (2007, p. 110). Y es que el principal atractivo de la discriminación por igualación, la posibilidad que abre al juez de apreciar una discriminación legislativa «real y efectiva» de alguna persona o grupo, constituye, al mismo tiempo, su principal peligro.

177. Ahí está, p. ej., el Auto de 17 de abril de 2007, que rompe abruptamente con la expansiva comprensión de la categoría de discriminación indirecta mantenido en la STC 253/2004, antes citada. El Tribunal va a inadmitir a trámite, por «notoriamente infundada», una cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 140.2 en relación con el art. 109.1.1 del Texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social por presunta vulneración del art. 14 CE. El juez proponente entendía que los períodos en los que la mujer trabaja a tiempo parcial por haberse acogido al derecho de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de seis años o familiar a cargo (art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores) deberían computarse como si se hubiera desempeñado la jornada a tiempo completo a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. El Tribunal Constitucional observa que lo que plantea el juez es, en realidad, una inconstitucionalidad por omisión o insuficiencia normativa en la medida en que el legislador no ha contemplado expresamente, al establecer la regla general de cálculo de la base reguladora de las

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Cuarta debilidad, la idea de que la prohibición constitucional de discriminaciones concretas tiende a la «paridad de trato» de modo que las diferencias jurídicas de trato por sexo, raza, etc., deben ser excepcionales y analizadas estrictamente por el Tribunal. No compartimos esta interpretación. Si el mandato constitucional obligara a la identidad de trato jurídico entre mujeres y hombres, mayorías y minorías étnicas, etc., serviría como cristalizador jurídico en el tiempo de las desigualdades fácticas entre grupos sociales. Mientras existan grupos sociales en desventaja fáctica, se requerirán medidas de diferenciación jurídica de trato que equilibren la situación, medi-

pensiones por incapacidad permanente una regla específica referida al caso de la reducción de jornada del art. 37.5 ET. Al no hacerlo así, según el juez proponente, se habría producido una discriminación indirecta contra las trabajadoras por ser ellas las que, según demuestra contundentemente las estadísticas, se acogen a tal modalidad de conciliación. Por consiguiente, la pensión tendría que calcularse no sobre lo efectivamente cotizado, sino sobre las cotizaciones que se habrían efectuado de haberse mantenido la trabajadora en tal período en jornada completa. Este razonamiento no convence, empero, al Tribunal. Reconoce que es «innegable» que son mayoritariamente las trabajadoras quienes se acogen al derecho de reducción de jornada, con la consiguiente reducción proporcional de salario y de cotizaciones a la Seguridad Social. Reconoce también que esta menor cotización puede afectar a la cuantía de una eventual pensión por invalidez permanente (u otras prestaciones de la Seguridad Social) que puedan en el futuro causarse por la trabajadora que se haya acogido al derecho de reducción de jornada. Pero no encuentra que la carencia en la Ley de la Seguridad Social de una excepción a la regla general para este tipo de casos sea una discriminación por razón de sexo. Recordando que la STC 253/2004 consagró la plena constitucionalidad del principio de contributividad (esto es, de que las prestaciones de la Seguridad Social se calculen en función de las cotizaciones efectivamente realizadas), sostiene que es al legislador a quien corresponde, en atención a las circunstancias económicas y sociales imperativas para la viabilidad y eficacia del sistema de Seguridad Social, decidir acerca del grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales. Así pues, el Tribunal mantiene una postura formalista y *sex-blind* sobre este particular y pierde la oportunidad de haber concretado las sugerentes afirmaciones que para la igualdad real entre trabajadoras y trabajadores en este punto había vertido en la anterior STC 253/2004. Este Auto viene, sin embargo, acompañado por un voto particular (firmado por la presidenta, M^a Emilia Casas y por Elisa Pérez, las dos únicas magistradas actuales del Tribunal) que considera que el trabajador que reduce su jornada hace valer un derecho legal (art. 37 ET), pero con fundamento constitucional (art. 39.1 CE, que obliga a los poderes públicos proteger a las familias); de ahí que el legislador haya de tener en cuenta todas sus posibles repercusiones (sorprende, no obstante, que este voto no recordara el antecedente de la STC 3/2007, donde el tribunal había elevado el principio de conciliación a rango de principio constitucional orientador de la legislación). Ejercer ese derecho no puede suponer para el trabajador un perjuicio o un trato peyorativo. Dado que son las mujeres quienes mayoritariamente se acogen a este derecho de reducción de jornada, las trabajadoras no se encuentran en la misma situación, sino peor, que otros trabajadores que prestan sus servicios a tiempo parcial o reducen su jornada por razones diferentes. Habría una clara discriminación sexual indirecta. También lo creemos así.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

das que, evidentemente, no son de interpretación estricta sino todo lo contrario, instrumentos de realización «real y efectiva» del Estado social, democrático y de Derecho. En otras palabras, las medidas de acción positiva, la igualdad de oportunidades, no son una excepción de la igualdad de trato (confundida con la identidad de trato), sino su complemento. Las únicas diferencias jurídicas de trato que deben controlarse minuciosamente (a esto, técnicamente, lo llamamos juicio de proporcionalidad, o en el Derecho norteamericano *strict scrutiny test*, que es el mismo juicio del contenido esencial como límite de los límites de cualquier derecho fundamental) son las diferencias *perjudiciales* (las discriminaciones *negativas*), pero no aquellas diferencias jurídicas de trato que *benefician* a las mujeres, a los miembros de la comunidad gitana, etc., pero que, simultáneamente, no perjudiquen a los demás miembros de la comunidad (esto es, las acciones positivas). Esta interpretación requiere una explicación más detallada. A ello se dedican las siguientes líneas.

2.3.2. Significado de la idea jurídica de igualdad

La igualdad es un concepto que procede de la tradición jurídica occidental, concretamente, de PLATÓN (*Leyes*, lib. VI, 757), y especialmente de ARISTÓTELES (*Política*, lib. II, sobre todo, 1280a, 1282b y 1283a; *Ética a Nicómaco*, lib. V, en particular, 1130-1133): «Parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales» (*Política*, 1280a). Esta identificación conceptual, desde Grecia hasta nuestros días, de la igualdad con un cierto tipo de distribución (de bienes por fuerza escasos) debe su éxito a su plasticidad, a que constituye un enunciado vacío de contenido, o, por mejor decir, a que posee un contenido mínimo, la coherencia entre el criterio con arreglo al cual se mide la igualdad (o la desigualdad) y la finalidad de la medida (norma o práctica) que introduce la diferenciación, contenido mínimo que es, además, formal, de modo que para determinar aquella coherencia, esto es, la razonabilidad de la diferencia, hay que acudir a criterios materiales externos al juicio de igualdad.

La igualdad no puede entenderse ni como una obligación de que todos los individuos sean tratados exactamente de la misma manera (igualdad no es identidad) ni tampoco, por el contrario, que se permita toda diferenciación (en cuyo caso se disolvería la misma idea de igualdad). La igualdad supone, en realidad, un criterio histórico, por lo que a un mismo *concepto* le han dado significado diversas *concepciones*, algunas de ellas no sólo diferentes sino también contradictorias. Repárese, por ejemplo, en que el pasaje citado de ARISTÓTELES intenta demostrar las razones por las cuales la «democracia»

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

es una forma de gobierno «desviada» pues no busca el provecho de la comunidad, sino tan sólo de los «pobres». ¿Qué concepción histórica de la igualdad se expresa en la Constitución española? Naturalmente, la propia de un Estado que se autodefine como «social y democrático de Derecho» (art. 1.1 CE). La igualdad constitucional, en su triple condición de *valor* superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), de *principio* («Los españoles son iguales ante la ley» [art. 14.a) CE]), cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos (art. 9.2 CE), y de *derecho fundamental* («sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» [art. 14.b) CE]), explícita, al mismo tiempo, tres dimensiones: de libertad, democrática y social. En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, cuanto en el de su aplicación. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja, como el de las mujeres, puedan quedarse «aislados y sin voz». Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos desventajados una igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones se enraízan en el reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), de lo que se deriva la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase. En palabras del Tribunal Supremo norteamericano en *Zobel vs. Williams* (1982), se viola la igual ciudadanía «cuando la sociedad organizada trata a alguien como un inferior, como parte de una casta dependiente o como un no-participante».

La igualdad es un criterio de distribución de recursos por fuerza escasos; por eso se plantea siempre en contextos de reparto y de modo problemático (y por eso está asociada a la misma idea de justicia e incluso de Derecho). Es un criterio de que históricamente se postula generalmente como razonable para medir la legitimidad o ilegitimidad de una desigualdad jurídica de trato entre un conjunto de individuos dado, respecto de un criterio previamente determinado (un *tertium comparationis*). En otras palabras, la idea de igualdad sirve para determinar, razonable y no arbitrariamente, qué grado de desigualdad jurídica de trato entre dos o más sujetos es tolerable. Es por ello, constitutivamente, una técnica de control.

La igualdad es un criterio que mide el grado de desigualdad jurídicamente admisible¹⁷⁸. Admitido esto, hay que introducir ahora algunas distinciones.

178. Como agudamente observa MARTÍNEZ (1991, pp. 539 ss.), a quien seguiremos en este

2.3.3. Igualdad en el contenido de la norma (igualdad «en» la ley) y en su aplicación (igualdad «ante» la ley).

La tradición jurídica occidental, desde las revoluciones liberales (y su reivindicación de la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos, con la consiguiente abolición de los privilegios de nacimiento), viene entendiendo como especialmente odiosas, y, por tanto, de interpretación estricta y, hasta cierto punto, excepcional, las desigualdades de trato en el momento de la aplicación judicial y administrativa de la norma¹⁷⁹. La igualdad en la aplicación (judicial y administrativa) del Derecho tiende, por ello, y sin perjuicio de la concurrencia de otros principios de signo potencialmente distinto, como el de la independencia del órgano judicial, hacia la garantía de la identidad (o de la menor desigualdad posible) jurídica de trato¹⁸⁰.

Por el contrario, la idea de que el principio constitucional de igualdad vincula también al legislador y no sólo a los órganos terminales del Derecho es de acuñación reciente¹⁸¹. Ahora bien, el momento de la creación del Derecho, sobre todo el que reviste forma de ley, goza de un amplio margen de libertad de configuración, del que, evidentemente, carece el Juez; en consecuencia, la vinculación del legislador al principio de igualdad es, necesaria-

punto central: «ni en la naturaleza ni en la sociedad existe lo "igual", sino, precisamente, lo "diverso". Es falso, dice VAUVERNARGUES, que la igualdad sea una ley de la naturaleza; la naturaleza no tiene nada hecho igual. Por tanto, la igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al Derecho, que éste sólo tenga que percibir, sino que toda constatación jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades, criterios o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara. El concepto de igualdad es incompleto y remite siempre a un punto de vista desde el que se realizan las comparaciones; tiene, pues, un sentido *procesal*: abre una vía para el argumentar racional en relación con qué desigualdades jurídicas de trato son tolerables bajo qué circunstancias».

179. Según la clásica expresión de ANSCHÜTZ, «las leyes deben ser aplicadas sin mirar a las personas». La posición subordinada de los órganos judiciales y de la Administración al Derecho refuerza esta exigencia.
180. En la práctica, sin embargo, la interpretación amplia de este principio con los requisitos de la identidad del órgano judicial y de los supuestos de hecho resueltos de forma contradictoria, y de ausencia de una fundamentación judicial que justifique el cambio de criterio, viene a configurarlo de modo semejante al de igualdad en la creación de la diferencia de trato: igualdad equivale a razonabilidad de la diferente aplicación judicial.
181. G. LEIBHOLZ la propuso (aludiendo al «cambio de significado» de la igualdad), como técnica de control de la constitucionalidad de la ley, en su clásico estudio de 1925 sobre la igualdad ante la ley, aunque fue una tesis minoritaria en el período de Weimar frente a la poderosa doctrina positivista, y él mismo se ocupó de aplicarla desde el Tribunal Constitucional Federal alemán después de la Segunda Guerra Mundial.

mente, de menor intensidad. De hecho, es característico de la actividad legislativa establecer diferencias de trato, atribuir especiales beneficios o cargas a determinados grupos de ciudadanos¹⁸². ¿Cómo conciliar la contradicción aparente entre el principio constitucional de igualdad y la potestad legislativa de diferenciar o clasificar? Una respuesta clásica la encontramos en el trabajo de Joseph TUSSMAN y Jacobus TENBROEK¹⁸³. Distinguen estos autores entre la doctrina de la *clasificación razonable* y la doctrina de la *clasificación sospechosa*. Con carácter general, la cláusula constitucional de igualdad en relación con el problema de la potestad legislativa de establecer diferencias jurídicas de trato se reduce al requerimiento de *razonabilidad*. Los criterios para determinar cuándo una diferencia jurídica de trato es razonable y, por tanto, no discriminatoria, son tomados por el Tribunal Constitucional español, por el cauce exegético previsto en el artículo 10.2 CE, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸⁴. Sin embargo, el Tribunal Constitucional exige para apreciar la *razonabilidad* de la diferencia jurídica de trato tan sólo la existencia de alguna mínima justificación de la finalidad pretendida, lo cual nos parece una solución más aceptable en relación con el principio democrático y el de separación de poderes que si pretendiera verificar un más estricto examen de proporcionalidad. Los principios democrático y de separación de poderes aconsejan un juicio por parte de la jurisdicción constitucional generalmente *deferente* hacia el fruto del proceso político, la ley. Dicha deferencia ha de ser, evidentemente, máxima en el ámbito socioeconómico y mínima en relación con los derechos fundamentales.

2.3.4. Igualdad formal e igualdad material: una falsa contraposición

La comprensión del concepto de igualdad constitucional sostenida aquí arroja una nueva luz para situar de modo adecuado la contraposición clásica (pero superada, en mi opinión, en el contexto del actual Estado social y democrático de Derecho) entre la igualdad «formal» [del art. 14.a) CE] y la igualdad «real, material, substancial o de oportunidades» (del art. 9.2 CE). De ningún modo se hallan en contradicción: la igualdad sustancial (art. 9.2 CE en relación con diversos preceptos del capítulo III del título I) implica el

182. En palabras del Juez BREWER en *Atchison, Topeka y S.F.R.R. vs. Matthews*, de 1898, «la verdadera idea de la clasificación (normativa) es la desigualdad».

183. TUSSMAN y TENBROEK, 1949, pp. 341 y ss.

184. La desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

establecimiento de diversas diferencias de trato jurídico en favor de ciertos colectivos sociales (indicados por el texto constitucional, como la infancia, la juventud, la tercera edad, los discapacitados físicos y psíquicos, los consumidores, los desempleados, las familias, etc.), en función de criterios de desigualdad no sólo jurídicamente razonables y válidos (que enervan cualquier posible discusión sobre la validez de esa diferencia de trato jurídico –si bien puede subsistir la disputa no sobre el «qué», pero sí por el «cómo» y el «cuánto»–), sino, vale decir, especialmente legítimos en cuanto expresamente queridos por el constituyente. Es decir, la igualdad real, en el Estado social, se ubica dentro del esquema conceptual de la «igualdad formal»: la igualdad «real» es la misma igualdad «formal» cuando entre en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador. Al contraponer radicalmente igualdad formal y real, se opera con un concepto de igualdad «formal» que la confunde con «identidad» (de trato) y de ahí las dificultades para encajar en ese contexto las desigualdades jurídicas de trato típicas de la igualdad real. Pero la igualdad (tampoco la «formal») no es identidad: es un criterio que se presume racional para medir la legitimidad de las desigualdades de trato jurídico. Concurriendo criterios de desigualdad de trato como la infancia, las minusvalías, la carencia de empleo, etc., el juicio de igualdad, esto es, de razonabilidad de las diferencias, se torna más fácil: cuentan a su favor con una presunción constitucional (o legal) *iuris tantum* de validez. Como los ejemplos no son concesiones a la pereza mental, la utilización de uno puede ser ilustrativa: en la STC 3/1983, el Tribunal encontró que era razonable y no discriminatoria la diferencia normativa de trato entre trabajadores y empleadores consistente en la exención a aquéllos, pero no a éstos, de la consignación previa del importe de la condena incrementada en un veinte por cien como requisito del recurso de casación laboral. Justificación: la desigualdad socio-económica y jurídica de los trabajadores. Pero el Tribunal contrapone igualdad formal e igualdad real (lo que no era necesario para su discurso): «Siendo esto así, es evidente que la igualdad entre trabajadores y empresarios promovida por el Derecho laboral... no puede ser desconocida o quebrada por una presunta plena efectividad del art. 14 CE, pues lo contrario equivaldría, paradójicamente, a fomentar mediante el recurso a la igualdad formal, una acrecentada desigualdad material en perjuicio del trabajador y en vulneración del art. 9.2 CE». Esta opinión parece confundir la «plena efectividad del art. 14 CE» con la «identidad» de trato. Pero igualdad no es identidad; la igualdad del artículo 14 CE permite hallar, sin ningún problema, plenamente razonables las desigualdades normativas de trato en favor de los trabajadores. La igualdad «formal» del artículo 14 CE es la igualdad del Estado social. No se contrapone a la «igualdad real» del artículo 9.2

CE: ésta es, junto con el capítulo III, un «localizador ideológico» de nuestra Constitución y una cautela complementaria del constituyente (una norma de anclaje, en la terminología de FORSTHOFF) respecto del sentido de la igualdad en nuestro Estado social. Hay que pasar página al calendario, también en las categorías doctrinales que empleamos. De hecho, el Tribunal Constitucional, más adelante, ha utilizado la presunta «igualdad formal» del artículo 14 CE para extender el objeto del proceso de amparo a ciertos derechos del capítulo III, como el trabajo (art. 35.1 CE) o las pensiones (art. 50 CE). En la STC 23/1989, declaró que la exclusión que un concurso administrativo municipal había efectuado de las sociedades mercantiles en favor de personas físicas de limitadas posibilidades económicas para la explotación de kioscos de prensa era razonable y no discriminatoria por la política de fomento del empleo que deben adoptar los poderes públicos (art. 40.1 CE); y en la STC 25/1989 estimó también razonable la diferencia de trato entre explotaciones mineras subterráneas y a cielo abierto por la necesidad de estabilizar el sector (art. 40.1 CE), de equilibrar y armonizar su desarrollo (art. 131.1 CE), de la utilización racional de los recursos naturales y la protección del medio ambiente (art. 45 CE) y de la congruencia con una política de fomento de pleno empleo (art. 40.1 CE).

2.3.5. Igualdad y prohibición de discriminación en sentido estricto

La doctrina de la clasificación (normativa) *sospechosa* se refiere sólo a aquellos supuestos en los que el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para configurar una diferencia peyorativa entre las personas, basada en prejuicios gravemente odiosos para la dignidad de la persona. En estos supuestos la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de catalogar a alguno de ellos como inferior. Admitido que el legislador pueda, en ocasiones, establecer diferencias jurídicas de trato en atención a tales criterios (en caso contrario, tendríamos que hablar de la doctrina extrema de la clasificación totalmente *prohibida*, predicable en nuestro ordenamiento, a nuestro juicio, sólo respecto del «nacimiento»), el examen judicial de control de la diferencia normativa se deberá tornar mucho más riguroso. En la jurisprudencia norteamericana, se aplican, en este sentido, los estándares del *strict scrutiny test* (para la raza) y el menos exigente del *intermediate scrutiny test* (en relación con el sexo).

En definitiva, hay que distinguir entre la doctrina de la clasificación (o diferencia jurídica de trato) *razonable* o principio general de igualdad (cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio) y la doctrina de la clasificación *sospechosa* o prohibición de discriminación en sentido estricto

por alguna de las causas indicadas en el inciso final del artículo 14 CE (o percibidas por el legislador o el Tribunal Constitucional como amparables en tal sede, dado el carácter abierto de la lista que contiene el precepto). Pero principio de igualdad y prohibición de discriminación, aunque conceptos diferentes (en sentido y alcance, en el período de su emergencia histórica, en eficacia¹⁸⁵, etc.), guardan una relación de género (igualdad) a especie (prohibición de discriminación): la prohibición de discriminación es una variedad de la igualdad cuando el criterio de desigualdad que concurre es uno de los «sospechosos».

2.3.6. Igualdad real y discriminación en sentido estricto

En contra de lo que usualmente suele afirmarse, tampoco son equivalentes, según creemos, el concepto de igualdad substancial (en realidad, como hemos visto, encajable en el esquema interpretativo general de la igualdad «formal», con la particularidad de la explicitación por el constituyente de la razonabilidad de las eventuales diferencias jurídicas de trato –no sólo permitidas, sino, incluso, pretendidas–) y la prohibición de discriminación en sentido estricto. Y no lo son porque las diferencias jurídicas de trato adoptadas para lograr una igualdad de oportunidades en favor de cualquier colectivo social situado en cierta desventaja fáctica, son, en el sentido acuñado por ALEX¹⁸⁶, un *principio*, esto es, un mandato a los poderes públicos de optimización, dentro de las posibilidades técnicas y financieras; y las prohibiciones de discriminación en sentido estricto (por razón de raza, sexo, etc.), además de incorporar principios, son una *regla*, más concretamente un auténtico derecho fundamental, es decir, un derecho subjetivo judicialmente exigible. El mandato de igualdad real del artículo 9.2, en relación con el capítulo III, está condicionado por tres factores: 1) Depende de las posibilidades financieras y técnicas del país en cada momento. 2) Su desarrollo por las distintas mayorías políticas que se vayan sucediendo puede ser, en aplicación de las diversas concepciones ideológicas y estratégicas en presencia, muy diferente; y ello es legítimo, en virtud del principio democrático. Como toda la Constitución, pero más aún, el capítulo III no es un programa, sino un marco de posibilidades de actuación. 3) Pero no sólo la determinación de «cómo» fomentar la igualdad real está abierta, sino, incluso, la precisión de «qué» grupos sociales pueden ser beneficiarios de políticas de fomento (el capítulo

185. Respecto de la vinculación frente a particulares, es claro que es mucho mayor en el caso de la prohibición de discriminación que en el juicio general de igualdad. En este punto se impone la remisión a los clarificadores trabajos de BILBAO UBILLOS, 2000, pp. 97-120, y también 1997, p. 395 ss.

186. ALEX¹⁸⁶, 1993, pp. 402 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

III contiene, evidentemente, una lista abierta). De hecho, como observa DENNINGER¹⁸⁷ uno de los puntos característicos del constitucionalismo actual es una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad. Frente a la tradición iluminista de la Modernidad, que postulaba la autonomía del individuo, la universalización de la razón y la igualdad de los ciudadanos, el *gusto por la diversidad* actual (propio de la postmodernidad) propone la salvaguarda de la identidad del individuo en el marco de un grupo limitado y circunscrito (*nuestro grupo*), una pluralidad de esferas particulares de valores (que cuestionan la validez de una razón universal) y el reconocimiento de la igualdad (abstracta) como desigualdad en sentido concreto: un derecho igual a la desigualdad. Esto se traduce en «exigencias de prestaciones compensatorias difíciles de cumplir». Por el contrario, las prohibiciones de discriminación en sentido estricto ni deben hacerse depender de las posibilidades financieras y técnicas, ni deben estar en el centro de la polémica política de los partidos que compiten por la mayoría en el Parlamento (sino sustraída de ella por tratarse de derechos fundamentales genuinos –los derechos son «triumfos frente a la mayoría» según la feliz expresión de DWORKIN–), ni se debe poder referir a cualquier grupo social en desventaja, sino a aquellos que, según la experiencia histórica, son víctimas de una profunda y arraigada discriminación, marginación u hostilidad sociales. Es decir, son víctimas de un *prejuicio*, o valoración social negativa hacia un grupo y sus miembros individuales, prejuicio a la vez causa y consecuencia de la vigencia de *estereotipos* o generalizaciones que atribuyen propiedades o caracteres a los miembros de un grupo sin considerar las diferencias realmente existentes entre ellos¹⁸⁸. Los rasgos de pertenencia de estos grupos son, comúnmente¹⁸⁹, inmodificables por el miembro individual y no dependen de la libre elección del sujeto, de su mérito y trayectoria individual, y suelen ser, además, transparentes, de suerte que, normalmente, se produce una cierta *estigmatización social*¹⁹⁰ por

187. DENNINGER, 1994, pp. 69 ss.

188. La noción de *estereotipo* proviene, precisamente, del mundo de la imprenta: un tipo fijo en metal que sirve para producir múltiples imágenes en materiales porosos y dúctiles (papel, tela, etc.). Los estereotipos proporcionan una visión altamente exagerada de unas pocas características; algunos son inventados, carecen de base real o se muestran verosímiles porque en una pequeña proporción pueden ser reales; en los estereotipos negativos, o prejuicios, las características positivas se omiten o infravaloran, no aportan ninguna información sobre sus causas; no facilitan el cambio y, sobre todo, no tienen en cuenta las diferencias entre individuos del mismo grupo (PALMORE, 1990).

189. No es el caso de la ideología o la religión, p. ej.

190. La prohibición de discriminación del art. 14 CE, como muy bien han apreciado RODRÍGUEZ PIÑERO y FERNÁNDEZ (1986, p. 154), tiene un sentido «unilateral», no «bilateral» de comparación como es el juicio típico del principio de igualdad: protege a los gitanos, a las mujeres, etc.

el hecho de la simple pertenencia a un grupo que uno no ha elegido, del que normalmente no se puede salir y cuya pertenencia no se puede ocultar.

2.3.7. Contenido y límites de las prohibiciones de discriminación específicas

Las prohibiciones de discriminación en sentido estricto surten dos efectos: uno negativo, la prohibición absoluta de cualquier trato jurídico diferenciado y perjudicial por el mero hecho de pertenecer al colectivo social que sufre la discriminación; y otro positivo: la licitud (diríamos, la especial licitud) de acciones positivas en su favor, pero de un modo aún más incisivo (por las razones apuntadas) que las acciones positivas que derivan del artículo 9.2 CE en relación con los grupos en desventaja del capítulo III del Título I CE. Con la prohibición constitucional de discriminaciones concretas es «como si le pusieran dientes» al Estado social.

El contenido del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de raza, sexo, etc., puede comprenderse, a nuestro juicio, según un modelo de tres escalones: a) La prohibición de discriminaciones directas. b) La prohibición de discriminaciones indirectas. c) La licitud y exigencia de medidas de acción positiva para lograr la igualdad de oportunidades. La prohibición de discriminaciones directas e indirectas componen el concepto de «igualdad de trato» y el mandato de acciones positivas, el de «igualdad de oportunidades».

A. Igualdad de trato

- a) Prohibición de discriminaciones directas, esto es, de toda norma o acto que dispense un trato diferente y perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo, minoría étnica, minoría sexual, religiosa, etc.
- b) Prohibición de discriminaciones indirectas, es decir, de aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros respecto del sexo de los que derivan, por la desigual situación fáctica de hombres y mujeres (o de gitanos o payos, etc.) afectados, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno y otro colectivo (de ahí que a este tipo de discriminación se la denomine también «discriminación de impacto»). El Tribunal Constitucional fue el primero entre nosotros en incorporar el concepto de discriminación indirecta, aunque no sin ciertas oscilaciones.

B. Igualdad de oportunidades o mandato de acciones positivas

La prohibición de discriminaciones directas e indirectas tiende a exigir

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la identidad de trato entre hombres y mujeres, entre gitanos y payos, entre homosexuales y heterosexuales, etc., similarmente situados, aunque de ello no cabe inferir, como ya se expuso, que toda diferenciación jurídica de trato deba ser de interpretación estricta. En otras palabras, el mandato de acciones positivas, la igualdad de oportunidades no es una excepción de la igualdad de trato, sino su necesario complemento.

La experiencia histórica confirma, una y otra vez, que la identidad jurídica de trato entre mujeres y hombres, entre payos y gitanos, etc., actúa más bien como un instrumento de conservación del *statu quo*, más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Cuando un Derecho neutral se enfrenta a un estado de desequilibrio social entre sexos, etnias, etc. y, paralelamente, se enfrenta a una situación de superior importancia del grupo de los varones, blancos y propietarios en el ámbito de las élites políticas y sociales, entonces no puede desempeñar una función de igualación y se llega, por el contrario, a una toma de partido unilateral en favor de los grupos dominantes y en detrimento de las minorías. En otras palabras, en una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres, de los gitanos, etc., la adopción de un Derecho «neutro» no es una decisión neutral.

La política de fomento de la igualdad de oportunidades no tiene, además, el efecto exclusivo (aunque sea el más importante) de favorecer a los miembros del grupo minoritario, sino también a toda la sociedad. Es de interés común llevar a su desarrollo máximo el ideal social de la igualdad.

2.3.8. Acciones positivas y discriminaciones positivas

Una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa¹⁹¹, que adopta típicamente la forma de cuota y/o de regla de preferencia. A través de las discriminaciones positivas se establece una preferencia y/o una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la Universidad, etc.), asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favore-

191. Utilizaremos el adjetivo «positiva», aunque entiendo que es intercambiable con el de «inversa», porque capta el mejor sentido de la figura: con discriminación «inversa» parece hacerse referencia, sobre todo, a la idea de compensación y de un turno distinto de las posibles «víctimas» del trato distinto y peor: antes las mujeres, ahora los varones. Discriminación «positiva» evoca, ante todo, la finalidad de la medida: igualar las oportunidades de un colectivo de mujeres determinado (y deja en la penumbra el «coste» de la medida sobre los varones simétricamente situados). En cierto sentido, pues, la expresión «discriminación inversa» es bilateral, mientras que «positiva» es unilateral.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

cer¹⁹². El Tribunal Constitucional ha declarado constitucionalmente legítima la reserva de puestos de función pública para discapacitados (STC 264/1994¹⁹³).

Desde un prisma netamente jurídico, hay que realizar tres distinciones en este punto:

1. Como ya ha sido señalado, acciones positivas y discriminaciones positivas son conceptos distintos: a) Las discriminaciones positivas sólo se establecen para supuestos muy concretos de discriminación, la racial, la sexual, las derivadas de minusvalías físicas o psíquicas; es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad (al menos respecto de algunos aspectos) de forma negativa o inferior (la idea de prejuicio social está en el corazón de la discriminación). b) Las discriminaciones positivas se producen en contextos de «especial escasez»: puestos de trabajo, listas electorales, etc., lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. Esto no ocurre

192. Entre nosotros, esta definición procede de RUIZ MIGUEL (1994, p. 81). Dos libros de referencia obligada por su rigor son: BARRÈRE UNZUETA, 1997 y ELÓSEGUI ITXASO, 2003.

193. Los hechos que dan origen a la Sentencia son los siguientes: se convocaron plazas de administradores generales de la Comunidad de Canarias, reservando seis plazas a las personas afectadas por un 33 % de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en condiciones de igualdad respecto de los demás aspirantes. La recurrente en amparo obtuvo 6,34 puntos en el concurso-oposición y llegó a tomar posesión de su plaza. Pero un discapacitado sensorial (afectado de sordera), que había obtenido 6,07 puntos, recurre ante el órgano administrativo correspondiente, exigiendo una de las seis plazas reservadas. La Administración estima su pretensión y deja sin plaza a la recurrente. Los órganos judiciales ordinarios confirman esta decisión. La demanda ante el Tribunal Constitucional invoca discriminación y violación del principio de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. La Sentencia, sin embargo, desestima el amparo. El Tribunal sostiene que, pudiendo incluirse las minusvalías dentro de las causas no típicas del art. 14 CE, la cuota establecida es una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo y, por tanto, no sólo no vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE, sino que es legítima y constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE en relación con la integración de los disminuidos que ordena el art. 49 CE. La cuota establecida sería «una medida equiparadora de situaciones sociales de desventaja», una medida que posibilitaría «la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como persona». Tampoco estima la Sentencia violación del principio de mérito y capacidad ya que la minusvalía no se ha valorado como mérito del sujeto, no se restringe el derecho de los que opositan por el turno libre, ni exceptúa a los sujetos favorecidos de demostrar su aptitud e idoneidad (superando el concurso-oposición).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

con las medidas de acción positiva. c) Las discriminaciones positivas no dejan de ser discriminaciones directas (esto es, un trato diferente y perjudicial únicamente por razón del sexo, en este caso, del sexo que no está en algún aspecto socialmente en desventaja); por ello han de ser admitidas, aun en el caso de que se acepten, restrictiva y excepcionalmente. En particular, deberían cumplir las exigencias del contenido esencial del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de la raza, el sexo, etc., es decir, deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad (como límite de los límites a cualquier derecho fundamental):

- a) Mientras que las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas y/o reglas de preferencia son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones y que pueden o no actuar o hacerlo de un modo u otro.
- b) Necesidad: sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no fuera posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonable a través de las medidas menos extremas de acción positiva.
- c) Objetividad: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda (esto es, la subrepresentación femenina) en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.
- d) Transitoriedad: la cuota y/o regla de preferencia tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al período de tiempo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida en el sector social donde la minoría estuviera subrepresentada. En todo caso, la discriminación positiva no puede actuar como una exclusión absoluta y permanente del sector de población excluido.
- e) Legalidad: por afectar a una materia tan sensible para el Estado de Derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público sólo podrían establecerse por ley (y ley orgánica: art. 81.1 CE); sólo el procedimiento legislativo asegura la pluralidad y publicidad necesarias para la adopción de tales medidas.

En definitiva, la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

jurídico diferente y peor a otra persona o grupo. Las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente favorable (la igualdad de oportunidades de las mujeres, los gitanos, etc.), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo, raza, etc., los de la mayoría). Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato «perjudicial» (aunque sea diferente) hacia los varones, los payos, etc. (en efecto, a las «ventajas» para unos no les corresponden simétricos «perjuicios» para otros similarmente situados), ni constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma.

2. En relación con las discriminaciones positivas, hay que diferenciar entre discriminaciones electorales, laborales privadas y de ingreso y promoción en la función pública (los tres escenarios típicos de las cuotas y preferencias). Cada uno de estos ámbitos conduce a resultados interpretativos distintos: las cuotas en el ingreso y promoción en la función pública serían conformes al Derecho comunitario, bajo las condiciones establecidas en la doctrina *Marschall* del Tribunal de Justicia de la Unión (aunque en nuestro ordenamiento sea muy difícil imaginar un supuesto en el que una mujer y un hombre puedan llegar a tener exactamente la misma capacidad y mérito para poder aplicar la regla preferente en favor de la mujer –regla que siempre debe dejar la puerta abierta a que circunstancias particulares que concurren en el candidato masculino que compite por el puesto hagan inclinar finalmente la balanza a su favor–).

En el ámbito laboral privado nada obsta, sin embargo, en nuestra opinión, sino todo lo contrario, a que las empresas, voluntariamente a través de la negociación colectiva, implanten un sistema de *targets*, es decir, la obligación asumida por el responsable de selección de personal de conseguir un determinado objetivo de redistribución por sexos en la empresa dentro de un plazo determinado (obligación que no configura un derecho subjetivo para las trabajadoras, sino tan «sólo» el deber de motivar el eventual fracaso en conseguir el resultado predeterminado). En todo caso, se impone la distinción entre la fuente pública o privada, y el carácter imperativo o voluntario –incentivado o no–, de la medida de discriminación positiva; en principio, se presentan más obstáculos para admitir las discriminaciones públicas establecidas obligatoriamente.

3. Finalmente, hay que prestar cuidadosa atención al tipo de grupo so-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cial en desventaja llamado a disfrutar de las medidas de trato preferencial: mujeres, minorías étnicas, discapacitados, etc. La distinta naturaleza de la discriminación que sufre cada grupo social en desventaja justifica un cierto tipo de medidas en favor de la igualdad de oportunidades de sus miembros pero no otras, configurando un particular Derecho antidiscriminatorio. A estos efectos puede resultar útil el análisis que el Derecho norteamericano (el pionero y más desarrollado en el campo del Derecho antidiscriminatorio¹⁹⁴) efectúa del concepto de «grupo desventajado» como sujeto de alguna prohibición específica de discriminación. Dos teorías principales compiten en mostrar la naturaleza de la «desventaja» a considerar: la del proceso político, de John Hart ELY¹⁹⁵ y la teoría del estigma, de Kenneth KARST¹⁹⁶. Elegir una u otra opción puede conducir a resultados interpretativos distintos. Tomemos el ejemplo de una eventual discriminación positiva electoral en favor de las mujeres. Dado que el proceso electoral está formalmente abierto a todas las mujeres de idéntico modo que a todos los varones y dado que las mujeres no son una minoría ni en sentido cuantitativo (al revés: estadísticamente son la

194. Pues allí la idea de «igualdad» ha estado ligada desde el origen a una noción *jurídica* de prohibición de discriminación, la racial, mientras que en Europa el surgimiento y evolución de la idea han sido ante todo *políticos*, en paralelo a la abolición de los privilegios de la aristocracia primero (finales del siglo XVIII) y a la irrupción en la historia del proletariado y su lucha por hacerse un hueco en ella después (finales del siglo XIX). Por supuesto, también en estas categorías se produce una confluencia entre Europa y Estados Unidos, sobre todo tras la Segunda Gran Guerra.

195. ELY, 1980, p. 82.

196. En el Derecho anti-discriminatorio, la teoría del estigma procede de KARST, 1977, pp. 1-68. Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la actitud con la que «los normales», «la mayoría» miran a aquellos que son diferentes. Citando a GOFFMAN, KARST afirmará: «la persona víctima de un estigma no es del todo humano». No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llegan a aceptar como «naturales» las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo. Me parece fuera de toda duda que las minorías raciales (no así las mujeres, p. ej.) encajan a la perfección en la categoría de «casta» víctima de un «estigma». Esto determina, en nuestra opinión, que las normas contra la discriminación racial puedan ser (y deban ser) más incisivas que en otro tipo de discriminaciones –concediendo, p. ej., un preferencia a las acciones positivas dirigidas a este colectivo y un mayor espacio a las discriminaciones positivas–.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

mayoría de la población) ni cualitativo (pues dentro del genérico «mujeres» se incluyen mujeres sin recursos, pero también ricas, mujeres analfabetas, pero también mujeres con alto nivel de formación, etc.), el establecimiento de una cuota electoral podría considerarse, desde la teoría de ELY, una medida paternalista que violaría, por ello, el derecho del artículo 14 CE según el criterio que utiliza nuestro Tribunal Constitucional (STC 128/1987: test de la medida de acción positiva o compensadora –legítima– *versus* paternalista o falsamente protectora –ilegítima–). Si las mujeres son la mayoría de la población, eso quiere decir que disponen de más de la mitad de los votos: nada obsta (formalmente, al menos) a su participación en el proceso electoral para que puedan protegerse por sí mismas. La teoría del proceso político, formulada en nota a pie de la Sentencia *Carolene Products v. US* (1938, ponente: Stone)¹⁹⁷, y retomada por ELY¹⁹⁸, podría conspirar, pues, en contra de las cuotas electorales en favor de mujeres (no así de otros grupos, como los gitanos, p. ej.). Según ELY, la disposición constitucional de la igualdad concierne principalmente a la protección por los jueces de aquellos grupos minoritarios que son incapaces por sí mismos de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. Pues bien, a diferencia de lo que ocurre con las razas minoritarias, ejemplos de prejuicio en primer grado son obviamente raros¹⁹⁹, aunque ciertos estereotipos (típicamente que el lugar de la mujer es el hogar y el del hombre la tribuna, el taller y el escaño) han estado vigentes durante mucho tiempo entre la población masculina (y todavía no han sido desarraigados del todo). Admitido esto, no está claro, sin em-

197. De acuerdo con ella, la presunción de inconstitucionalidad de las leyes puede limitarse, a través de un control judicial más riguroso, en la hipótesis de aquellas normas que perjudican la participación en el proceso político de toma de decisiones a las minorías *discrete and insular*, «aisladas y sin voz». Seis años después de apuntado este criterio, se aplica en *Korematsu v. U.S.*, en la que por primera vez se utiliza el criterio del *strict scrutiny test* para enjuiciar una ley que restringía las libertades de un grupo racial particular (los ciudadanos americanos de origen japonés). Aunque el Tribunal Supremo apreció finalmente el valor superior de la seguridad nacional en tiempo de guerra, es claro que la medida impugnada, consistente en confinar a los norteamericanos de origen japonés en una especie de campos de concentración, era discriminatoria por *underinclusive* (no se hacía con los norteamericanos de origen alemán, p. ej.) y por *overinclusive* (es mucho suponer que detrás de todo oriundo japonés hay un potencial espía o saboteador: es claro el sesgo racista del confinamiento).

198. ELY, 1980.

199. ELY argumenta (1980, p. 257, nota 94) que «la frase: "algunos de mis mejores amigos son negros" puede llegar a ser una parodia de la hipocresía blanca, pero el mejor amigo de la mayoría de los hombres es realmente una mujer, lo que elimina la hostilidad real que persiste entre las razas».

bargo, el grado de «insularidad» o aislamiento de las mujeres: el contacto entre mujeres y hombres a duras penas puede ser mayor. Nunca ha habido, a diferencia de lo que ocurre con los homosexuales, «mujeres en el armario». Y, además, las mujeres disponen de la mitad de los votos de la población, por lo que tampoco carecen de «voz». Y, por tanto, aunque muchas mujeres hayan podido interiorizar su posición social subordinada en el pasado, «dado que las mujeres están ahora en posición de defenderse por sí mismas, no tendríamos que ver en el futuro el tipo de discriminación oficial por género sexual que ha marcado nuestro pasado». En definitiva, «si las mujeres no se protegen a sí mismas de la discriminación sexual en el futuro, no será porque no puedan; será por otra razón que elijan»; en cuyo caso, «muchos condenaríamos una elección así, pero eso no la convierte en un argumento constitucional».

Sin embargo, si acogiéramos la doctrina del «estigma» de Kenneth L. KARST, con su subrayado de la asimilación subjetiva de la situación de inferioridad por parte del individuo del grupo social en desventaja, se podría llegar a la conclusión contraria, es decir, que una medida de discriminación positiva en favor de las mujeres en el ámbito de la representación electoral podría ser necesaria para remover ese obstáculo de la plena participación.

2.3.9. Igualdad y derechos sociales*

De cuanto venimos señalando y sin perjuicio de volver sobre ello en los lugares oportunos (pues la igualdad recorre todos los capítulos de esta obra), pueden de momento extraerse algunas conclusiones generales:

1. La igualdad, dada su excesiva abstracción (por mucho que esta haya ido diluyéndose a golpe de sentencias) y el carácter todavía controvertido de sus diversas concepciones (muchas de ellas incompatibles entre sí), no parece un valor sólido, al menos considerado de manera aislada, que pueda servir de fundamento general o único de todos los derechos sociales²⁰⁰. Más adecuado parece buscar dicho fundamento en la consideración conjunta de la libertad y la igualdad, pero dando preeminencia a la libertad (como libertad igual, positiva o

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

200. Así, BALDASSARRE, 1997, pp. 155-156. Es decir, si los derechos sociales no estuvieran reconocidos en la CE, el art. 14 no bastaría para deducirlos, a salvo quizás, de un mínimo vital, que podría asegurar lo más básico de casi todos ellos. Por ello no compartimos las definiciones de los derechos sociales que les identifican sin más con los derechos de igualdad.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

real), que resulta ser un valor más sólido que la igualdad, al menos en el contexto de la teoría contemporánea de la justicia. Sin embargo, todos los derechos sociales *tienen que ver* con la igualdad (en la consideración menos formalista de la misma²⁰¹, que es ya la mayoritariamente aceptada en el Estado social), por cuanto sirven, ante todo, a satisfacer necesidades básicas de las personas, y dichas necesidades son diferentes en cada una de ellas²⁰². El artículo 14 CE, en su interpretación más exigente, podría entonces servir para fundamentar demandas de atención a tales necesidades. Sin embargo, como hemos comprobado, el razonamiento al efecto no resulta fácil desde los parámetros de nuestra jurisprudencia constitucional. En cualquier caso, en nuestro sistema, no resulta necesario acudir al artículo 14 CE, pues si existe una norma constitucional de reconocimiento de un derecho social, esto es, si existen (como existen, *supra*, 1.2) derechos fundamentales sociales, éstos deben ser protegidos conforme a su naturaleza, lo que implica de por sí una atención a las obvias diferencias en las necesidades propias de cada persona. En otros términos, conectando libertad e igualdad, la CE exige, y al máximo rango (derecho fundamental), la satisfacción igual de las necesidades básicas de las personas (pues sin dicha satisfacción no hay libertad que valga), considerando las diferencias entre las mismas, al menos cuando tales necesidades se encuentran expresamente protegidas por la propia CE: la lógica de la igualdad y la lógica de los derechos sociales camina en la misma dirección, como no puede ser de otra manera, a la vista de la interpretación sistemática.

2. La igualdad juega como un argumento a favor de la universalidad de los derechos sociales, esto es, de la extensión de su titularidad a toda persona, en línea con el Derecho internacional (*infra*, IV, 5.1.1). Ahora bien, ello no hasta el punto de romper la literalidad de la norma, cuando ésta concreta la titularidad de determinados derechos sólo a los españoles. El artículo 14 CE (en su conexión con el art. 9.2) permite (es decir, no obliga) en esos casos a extender la titularidad de

201. Es evidente que los derechos sociales obligan a superar la igualdad formal en su sentido más puro (para más detalles, VILLACORTA MANCEBO, 2006, esp. pp. 105 y ss.), pues por definición no pueden otorgarse prestaciones a todos por igual, sino sólo a quienes las necesitan. Que esa necesidad sea permanente (de todos, en todo momento) o coyuntural (de algunos, en determinadas circunstancias) será algo que resolveremos luego (*infra*, IV, 5.1.1).

202. Así, COGO LEIVAS, 2008, p. 294 y sobre todo ARANGO, 2005, pp. 188 y ss. Desde la teoría de la justicia, FERNÁNDEZ, 2003, pp. 138 y ss. Para más detalles sobre las posibilidades de conectividad entre igualdad formal y material asumiendo, aunque sin suficiente desarrollo, la teoría de las necesidades, GARCÍA AÑÓN, 2003, pp. 86 y ss.

derechos a los extranjeros, incluso cuando la CE no lo admita de forma expresa.

3. Cuando un derecho social no se reconoce universalmente, existe una sospecha de trato discriminatorio, que puede ser resuelta acudiendo al artículo 14 CE. El legislador puede otorgar prestaciones a un colectivo y no a otro, a unas situaciones de necesidad y no a otras, pero el artículo 14 exige que esa diferencia de trato resulte objetiva y razonable. En sistemas que no reconocen derechos fundamentales sociales estos han sido garantizados precisamente por esta vía, acudiendo al principio del trato igual²⁰³, y nuestro mismo Tribunal Constitucional ha empleado este razonamiento en diversas ocasiones. En nuestro sistema, que sí los reconoce, el artículo 14 debe servir más bien como argumento complementario en esa dirección.
4. La igualdad material en cuanto tal no es una obligación constitucional. Ni la CE ni el Estado social imponen que todas las personas sean materialmente iguales pero permite caminar en esa dirección (art. 9.2), obviamente, hasta un cierto límite, pues una sociedad en la que todas las personas gocen exactamente de la misma educación, vivienda o pensión parece incompatible con la economía de mercado (art. 38 CE) y con el mismo principio de dignidad (art. 10.1 CE), a la vista de una subsidiariedad rectamente entendido (*supra*, IV, 4.2.4).
5. La CE ve con buenos ojos el trato favorable a los grupos desaventajados mencionados directa o indirectamente en la propia CE: mujeres (art. 14 y, en cuanto madres, art. 39.2), homosexuales (art. 14, pues la referencia al sexo se entiende hoy como a la orientación sexual), gitanos (art. 14, en su referencia a la raza), inmigrantes (art. 14, en su referencia al nacimiento), pobres (art. 14, en su referencia a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), niños y adolescentes (arts. 39 y 48), emigrantes (art. 42), personas con discapacidad (art. 49) y personas mayores (art. 50). Ahora bien, en la medida en que los preceptos citados no reconocen expresamente derechos subjetivos al trato diferenciado, habrá que examinar en cada caso, aportando razones al respecto, si existen derechos fundamentales propiamente tales a dicho trato (exigibles mediante la técnica del derecho subjetivo) o meras normas de mandato (exigibles mediante otras técnicas menos contundentes). En otras palabras, de la jurisprudencia

203. Éste es, significadamente, el caso de Estados Unidos, donde se han venido reconociendo fragmentos de derechos sociales a partir de la cláusula de igualdad. Para referencias de otros países, p. ej., ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 169 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

dencia constitucional y de las concepciones mayoritarias sobre la igualdad no parece desprenderse de forma indubitada la existencia de derechos fundamentales específicos de tales colectivos²⁰⁴ (de ahí la separación, que reconocemos algo artificiosa, de esta obra en dos partes diferenciadas, derechos sociales por un lado y tutela antidiscriminatoria por otro), aunque puede hablarse de una presunción de legitimidad de las acciones positivas a su favor. En los casos claros, sin embargo, podrá deducirse, del mismo artículo 14, en conexión o no con otros preceptos constitucionales, un derecho fundamental al trato diferenciado, tal y como ha admitido, según vimos, nuestro Tribunal Constitucional. Como se comprobará en los distintos capítulos de la parte III de esta obra, para casi todos los colectivos estudiados existen al menos fragmentos de *fundamentalidad*. A la vista de las tendencias, sociales (recordemos que la igualdad remite siempre, con las cautelas oportunas, a la conciencia social dominante) pero también legislativas (influidas estas últimas, de manera decisiva, por el Derecho internacional²⁰⁵, que penetra en nuestro sistema por la vía del art. 10.2 CE), que van consolidándose, podemos sin embargo arriesgarnos a afirmar, no ya con carácter fragmentario sino general, que existe un derecho fundamental (derivado, pero no sólo, del art. 14 CE) a la autonomía de las personas con discapacidad, a los servicios sociales y al mínimo vital²⁰⁶. Para una mayor justificación de este aserto remitimos a los capítulos correspondientes.

2.4. EL ESTADO SOCIAL*

2.4.1. Contenido jurídico del principio

La forma política del Estado español según la CE se compone de tres

204. P. ej., PRIETO SANCHÍS, 1998, pp. 94-96.

205. Pensamos más bien en los tratados sobre colectivos concretos, pero con carácter general el art. 26 PIDCP resulta muy relevante, pues es mucho más contundente que nuestro art. 14.

206. Desde la filosofía moral, se trata de los casos más claros de desigualdades innecesarias. Además, estamos ante colectivos (aquí sin duda minoritarios, a diferencia de las mujeres, los niños o las personas mayores) cuya necesidad de integración es mayor: como veremos, el Estado social lleva implícito un mandato de integración social (*infra*, 2.4.1). Téngase en cuenta, para los derechos asociados a la pobreza, que son más discutibles (véase si no buena parte de la filosofía moral estadounidense), que la legislación suele imponer, de un modo u otro, como requisito para recibir las prestaciones correspondientes que la persona solicitante haya hecho lo posible por salir de su situación (p. ej., no rechazando ofertas de empleo).

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

elementos²⁰⁷, sin duda conectados entre sí pero dotados cada uno de ellos de significado autónomo; por orden de aparición en la Historia: Estado de Derecho, democracia y Estado social. De entre ellos, el más relevante para nuestro estudio es sin duda el último de los tres, que recorre inevitablemente, de manera transversal, todos los capítulos de esta obra. En este lugar no nos corresponde realizar un análisis minucioso del principio del Estado social sino tan sólo destacar sus rasgos más relevantes, con el fin de dotar de coherencia y unidad a nuestro recorrido posterior e identificar mejor los componentes más útiles del principio para la interpretación de los derechos sociales, esta vez en el sentido amplio del término.

De manera sintética y casi telegráfica conviene dejar sentadas las siguientes ideas básicas:

1. El Estado social es una norma jurídica. No es una regla sino un principio, que por tanto tiene un contenido abierto pero no totalmente abierto y que sólo de manera excepcional resulta de aplicación directa. Como los demás principios, despliega sobre todo una eficacia interpretativa del resto de las normas constitucionales²⁰⁸ (*supra*, 1.1). Como norma jurídica que es, tiene un significado autónomo y vinculante. Es decir, su contenido no se reduce a la síntesis de otras normas (no es una fórmula vacía ni una noción inútil) y es parámetro de control de constitucionalidad. La tarea principal de la dogmática consiste en precisar ese contenido jurídico autónomo²⁰⁹.
2. Nada autoriza a situar al Estado social por debajo de los otros dos principios de nuestra forma de Estado. En nuestra estructura constitucional tan importante es el Estado social como la democracia o el

207. A ellos habría que añadir el elemento territorial de la forma de Estado, que será estudiado *infra*, 3.

208. Para una relación de las normas constitucionales que más pueden verse afectadas por el principio, *vid.*, p. ej., BALAGUER CALLEJÓN, 2002, pp. 101-105 o BLANCO VALDÉS, 2003, pp. 88 y ss.

209. Así, hacemos nuestra la propuesta de HEINIG (2008, pp. 585-586) cuando, tras criticar los planteamientos (tan diferentes entre sí) de autores como FORSTHOFF, ABENDROTH o ZACHER, subraya la necesidad de adoptar un punto de vista normativo, de concretar lo que impone el Estado social. De otro lado, suscribimos la tesis de BALDASSARRE (1997, esp. p. 138) en cuya virtud el principal problema del Estado social es que la doctrina no acaba de despojarse de la inercia del positivismo decimonónico del Estado liberal de Derecho (*supra*, I, 3), y en estas condiciones resulta difícil concretar el contenido jurídico del principio. La bibliografía sobre el Estado social es amplia pero son pocos los autores que se preocupan en concretar con precisión (relativa, en todo caso) dicho contenido jurídico. De entre ellos, en una línea similar a la que proponemos, destacamos a GOMES CANOTILHO, 2003, pp. 335 y ss. y, entre nosotros, a PAREJO ALFONSO, 2003, pp. 127 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Estado de Derecho. Pretender jerarquizar, en la teoría o en la práctica, expresa o subrepticamente, los tres principios, revela una opción ideológica contraria al texto constitucional. El Estado de Derecho y la democracia condicionan al Estado social pero también al revés²¹⁰. Sentado esto, lo importante es no quedarse en una petición de principio²¹¹ sino extraer de la tesis consecuencias jurídicas concretas. Después volveremos sobre ello.

3. Para la necesaria e irrenunciable búsqueda del contenido jurídico del principio del Estado social la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ayuda poco²¹². Estudios solventes, a los que remitimos, demuestran que el Alto Tribunal ha utilizado el principio de forma retórica y vacía, sin consecuencias significativas para el fallo²¹³. En la práctica parece que el Estado social queda absorbido por la democracia (por una determinada concepción de la democracia, mejor dicho), y no es ésta, como acabamos de señalar, la concepción del principio que deriva de la CE (equilibrio y no predominio). Pretender construir el Estado social a partir de la jurisprudencia (el positivismo jurisprudencial que ya hemos criticado *supra*, I, 1.2) es un esfuerzo inútil. La doctrina tiene que caminar entonces sus propios pasos.
4. El Estado social es diferente al Estado asistencial y al Estado de bienestar, conceptos acuñados más bien desde la ciencia y la teoría política. Tiene un origen histórico, doctrinal y político bien perfilado pero no siempre coincidente con el que ahora nos interesa desentrañar, que es el modelo de la CE. La Historia, la teoría y la ciencia política pueden ser útiles pero de manera complementaria y con cautelas²¹⁴. Buena parte de las aproximaciones doctrinales al

210. Afirmación prácticamente unánime en la doctrina, al menos como punto de partida. Por todos, GARCÍA PELAYO, 1987, pp. 92 y ss.

211. Actitud que ha sido denunciada, p. ej., por GARCÍA HERRERA, 1994 y 1996, pp. 32-36.

212. Ciertamente, y dicho sea en descargo del Alto Tribunal, el amplio reconocimiento en la CE (pese al propio Tribunal Constitucional) de DFSP (en contraste con otros ordenamientos, como el alemán) hace menos necesaria la aplicación del principio.

213. P. ej., APARICIO PÉREZ, 1993, pp. 57 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, 2002, pp. 105-107; FERNÁNDEZ-MIRANDA, 2003, pp. 173 y ss. La posición inicial de PÉREZ ROYO (1984) parece haber sido así desmentida por la doctrina posterior.

214. Sobre la relativa utilidad de la Historia y de la Filosofía política para concretar la concepción constitucional del Estado social hacemos nuestras las apreciaciones de HEINIG, 2008, respectivamente, pp. 75 y 83 y, nuevamente, p. 106. *Vid.* asimismo nuestras previas advertencias sobre la Historia, *supra*, I, 3. El planteamiento metodológico que defendemos está impecablemente desarrollado en BALAGUER CALLEJÓN, 2002, pp. 89 y ss. y en ARAGÓN REYES, 2009, pp. 35 y ss.

Estado social y erran limitándose a exponer estos puntos de vista, que tienen en común, por obvias razones metodológicas, la adopción de una perspectiva empírica: describen el funcionamiento del Estado social (cómo son las cosas)²¹⁵. La dogmática jurídica, por el contrario, no describe el funcionamiento del Estado sino que (entre otras tareas) determina su significado prescriptivo (cómo deberían ser las cosas).

5. Existe amplio acuerdo en situar en LASSALLE y STEIN el origen doctrinal del Estado social²¹⁶ y en HELLER su definitiva inserción en el Estado constitucional²¹⁷. Lo que al comienzo fue una concepción socialista es hoy algo asumido mayoritariamente e irrenunciable también, en Europa, para las tendencias conservadoras, al menos para las que cuentan con la posibilidad de acceder al Gobierno. Obviamente, la derecha introduce matizaciones y cautelas sobre la articulación y extensión del Estado social pero no cuestiona la vigencia del principio en sí. Con los antecedentes fundamentales de Weimar y la Segunda República, las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial que consagran el Estado social, implícita (Italia, 1947) o expresamente (Alemania, 1949), son fruto de un auténtico pacto constituyente, revelador de un consenso entre izquierda y derecha²¹⁸. Desde entonces y hasta ahora, el Estado social deja de ser patrimonio único del socialismo²¹⁹.
6. Aun partiendo del pacto constituyente de finales de los años cuarenta del pasado siglo, caben diversas concepciones del Estado social. La dogmática no precisa construir una teoría completa y bien definida sino determinar la concepción subyacente a la vigente Constitución, lo que sólo puede realizarse a la vista de su texto y de su contexto, utilizando los métodos de interpretación jurídica, con especial atención al método sistemático, pero también y aun antes,

215. En un trabajo de gran interés, PORRAS NADALES (2009) se mueve en un difícil equilibrio entre lo empírico y lo normativo, entre la ciencia política y la dogmática constitucional. Al final, sus conclusiones se escoran demasiado hacia la primera perspectiva, por lo que el contenido jurídico del principio del Estado social queda, a nuestro juicio, demasiado diluido.

216. Para una buena síntesis de estos antecedentes, COTARELO, 1984, pp. 266 y ss.

217. Últimamente, en castellano, MONEREO PÉREZ, 2009.

218. El papel apaciguador de la lucha de clases de este pacto es normalmente destacado; p. ej., HEINIG, 2008, pp. 107-108.

219. Así también, entre otros muchos, BALDASSARRE, 1997, pp. 129-131 o BALAGUER CALLEJÓN, 2002, p. 91. Las palabras de ARAGÓN REYES (2009, p. 34) son, en este sentido, categóricas: «la vigencia del Estado social no es en España algo opinable, sino indiscutible».

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

al método finalista, y esto último exige, inevitablemente, «salir fuera» de la Constitución²²⁰. En esta última dirección, sí conviene acudir, como punto de partida, a los precedentes doctrinales del Estado social (al menos, desde LASSALLE), a fin de descubrir una idea presente en todas las concepciones, una esencia del principio que no admite contestación: la obligación (política para LASSALLE, jurídica para nosotros) del Estado de dar satisfacción (y satisfacción en cierto modo progresiva²²¹) a las necesidades básicas de las personas. Los «datos histórico-empíricos relativos a las reivindicaciones y logros del movimiento social» revelan la misma idea²²². Esta es la sencilla esencia del principio, sin la cual el Estado social desaparecería o se convertiría en otra cosa. Si se leyeron con atención los apartados precedentes de este capítulo, comprobaremos que la interpretación sistemática (sobre todo, arts. 9.2 y 10.1 CE), conforme a valores, nos lleva a esta misma concepción, relativamente bien definida y que se opone a otras concepciones posibles. Remitimos al respecto a lo ya señalado, sobre todo, al hablar del recíproco condicionamiento entre dignidad y Estado social y entre igualdad y Estado social (respectivamente, *supra*, 2.1 y 2.3).

7. La CE contiene implícitamente una concepción del Estado social pero no nos engañemos: aun dentro de ella caben a su vez diversas opciones²²³. La dogmática jurídica tiene un componente político, por mucho que intente ocultarse (*supra*, I, 1.2). Llegados a este punto, la dogmática puede tomar uno de estos dos caminos: limi-

220. MAESTRO BUELGA (2002, pp. 144 y ss.) señala que hay dos métodos enfrentados para dotar de contenido al principio del Estado social, el de la teoría del Estado y el normativista. A nuestro juicio, ambos métodos pueden (y deben) ser compatibles. Al final, MAESTRO concreta poco y acaba remitiéndose a los «rasgos generales, extraídos de la experiencia histórica generalizada en occidente durante la postguerra» (p. 150), coincidiendo así con la propuesta metodológica de un autor de ideología tan distinta como RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en los términos que de inmediato veremos.

221. Así acaba reconociéndolo HEINIG (2008, p. 76), autor nada favorable a posiciones maximalistas, cuando sintetiza la corriente histórica que impulsa la construcción del Estado social.

222. Con apoyo en ZACHER (2004), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007, pp. 22 y ss.), a quien corresponde la cita entrecomillada, señala que resulta imposible concretar el principio del Estado social de manera deductiva y que por tanto no hay otra forma de hacerlo que acudiendo a la Historia, método que nos parece útil con carácter preliminar. Pues bien, las tres tendencias históricas descritas por ambos autores (la cuarta hace más bien referencia a la Constitución económica) se sintetizan precisamente en la idea de ayuda estatal frente a situaciones de necesidad; más adelante volveremos sobre la tendencia a la igualación.

223. Entre la amplia bibliografía, por todos, CONTRERAS PELÁEZ, 1996.

tarse a decir que el principio se concreta en los demás preceptos relacionados con él (lo que le convertiría en norma superflua) o, dando un paso más allá, arriesgarse a precisar mejor. Esta segunda opción puede conducir a tomas de postura políticas o ideológicas pero nos parece irrenunciable si queremos aportar algo. Ahora bien, el camino se puede transitar mejor o peor, construyendo a tientas y con peticiones de principio (nunca mejor dicho) o asentando la concreta concepción defendida (lo que no quiere decir que sea la única correcta) en una buena lectura del texto constitucional y en una buena teoría de la Constitución.

8. Yendo únicamente a los puntos nucleares y controvertidos (para hablar de lo obvio no es preciso llenar páginas), la concepción del Estado social que defendemos se asienta, valga la redundancia, en una teoría social de la Constitución. Las teorías liberal y democrática, de aceptarse de manera absoluta, convertirían al Estado social en una fórmula vacía, y ya sabemos que esta conclusión resulta dogmáticamente inaceptable. Como en su momento detallaremos, la democracia y los derechos de defensa deben experimentar algún tipo de limitación: respectivamente, la mayoría parlamentaria (también el legislador presupuestario) no es totalmente libre, pues debe cumplir los postulados del Estado social (*infra*, IV, 4.4), y no existe jerarquía entre unos derechos y otros (indivisibilidad), debiendo acudir, en caso de conflicto, al criterio de la ponderación (*infra*, IV, 6).
9. La teoría social no es sino la traslación del principio de integración al campo constitucional²²⁴. El objetivo último de toda Constitución es lograr la integración sociopolítica, es decir, que los ciudadanos reconozcan el orden político como legítimo, y esto sólo puede lograrse, en las circunstancias actuales, si aquéllos ven satisfechas sus necesidades básicas: la intuición empírico-sociológica nos lleva a esta consideración elemental. Si una Constitución no garantiza la justicia social no será (sociológicamente) legítima y no es ocioso recordar una vez más que la validez de una Constitución se apoya en su legitimidad.

La integración resulta ser, según la clásica tesis de SMEND, un principio constitucional implícito, orientador de la interpretación de toda la Constitución. SMEND escribe en 1922 (cuando apenas había co-

224. La doctrina alemana ha insistido especialmente en este punto, de HUBER a BENDA; BENDA, 1996, pp. 552 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

menzado la construcción doctrinal del Estado social) y entiende la integración en un sentido esencialmente político-estatal, aunque la tercera de sus dimensiones, la integración material u objetiva, referida a los derechos fundamentales, bien permitiría incluir la dimensión social de los mismos. La tesis del autor, despojada de su estrecha noción de ciudadanía, creemos que es trasladable al Derecho constitucional español: a nuestro juicio, la integración (que hoy necesariamente incluye un componente social) es algo más que una política pública posible, es un principio constitucional implícito, derivado del Estado social (con apoyo, asimismo, en el art. 10.1 CE) que ha de orientar la interpretación de toda la Constitución, y ello con una consecuencia principal: las normas constitucionales (especialmente las normas de reconocimiento de derechos fundamentales) imponen (no sólo permiten) actuaciones mínimas dirigidas a evitar la exclusión social.

10. El Estado social tiene un sentido finalista, es un instrumento al servicio de un fin²²⁵. En principio, carece de un significado preciso sobre la estructura del Estado²²⁶. Desde nuestra perspectiva, el sentido del principio es la justicia social²²⁷, no una concreta articulación institucional. Sus fines pueden ser satisfechos, en casos concretos, por particulares, si el poder legislativo así lo decide, siempre y cuando la responsabilidad última permanezca en manos del Estado²²⁸. La fórmula más adecuada para salvaguardar el equilibrio es el servicio público, en el sentido material al que más adelante aludiremos (*infra*, IV, 5.2.3). La CE no reconoce un principio *general* de subsidiariedad, entendido en el sentido de que el Estado sólo actúa cuando los particulares no lo hacen. Se trata, en definitiva, de analizar caso a caso²²⁹ si la renuncia al otorgamiento estatal directo de prestaciones se encuentra justificada, pudiéndose establecer como regla una ne-

225. Para una panorámica de las diversas formas de concebir los fines del Estado social, por todos, Díez MORENO, 2004, pp. 181 y ss.

226. Así, ARAGÓN REYES, 2009, p. 34. En contra parece GARCÉS SANAGUSTÍN (1996, pp. 46 y 53) pero sin llegar a convencernos, por la falta de concreción de su propuesta.

227. Esta perspectiva está bien destacada, p. ej., en VILLACORTA MANCEBO, 2006, pp. 93 y ss. o en AGUDO ZAMORA, 2009. Bien es cierto que, como tal, la idea de justicia social ayuda no obstante muy poco en la tarea de concretar el contenido jurídico del principio del Estado social, como nos recuerda HEINIG, 2008, pp. 148 y 587.

228. No se trata de una tesis necesariamente liberal en el sentido económico sino que echa sus raíces en la esencia liberal que permanece en nuestra Constitución, en la necesidad de otorgar el necesario papel a la sociedad. Acertadamente entre nosotros, FERNÁNDEZ GARCÍA, 1995, esp. pp. 128 y ss.

229. Así, HEINIG, 2008, p. 308.

cesidad de motivación en estas situaciones, y ello no sólo porque la renuncia implica una aparente excepción al deber estatal de protección de los DFSP en juego sino también porque resulta sospechosa desde el punto de vista de la legitimación democrática²³⁰.

11. Conviene, por último, precisar algo más el contenido del principio del Estado social como obligación constitucional de satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos²³¹. Si bien se mira, el contenido del principio no es, como a veces erróneamente se dice, la igualdad material²³². La igualdad de condiciones de vida entre todos los ciudadanos de un país es un postulado del socialismo real, hoy abandonado (incluso en China), que resultaría incompatible no sólo con el pluralismo político (art. 1.1 CE) sino también con otros principios constitucionales, y especialmente con la economía de mercado (art. 38, *infra*, 4.1)²³³, además de con el sentido común²³⁴. La justicia social perseguida por la CE prohíbe la pobreza (lo que obliga a reconocer un derecho al mínimo vital, *infra*, XIV), no la desigualdad. Ahora bien, resulta claro que si se satisfacen las necesidades básicas de las personas se logrará una mayor igualdad, mínima si se quiere.

12. El Estado social atiende a las necesidades básicas de las personas, las

230. Así, HEINIG, 2008, pp. 505 y 593.

231. La mejor síntesis del contenido del principio, en la línea que defendemos, se encuentra seguramente en GARCÍA PELAYO, 1987, esp. p. 95.

232. Acertadamente, entre otros muchos, RÜFNER, 2006, pp. 695-696. En la doctrina alemana, la mejor crítica a la tesis de la igualdad material como objetivo central del Estado social y la defensa de la conexión de este principio con el valor de la libertad, en la línea que defendemos en esta obra, se encuentra seguramente en la monumental obra de HEINIG, 2008, esp. pp. 170-171, 291 y 587-588. Entre nosotros, acoge esta idea GARCÍA MACHO, 2009, pp. 69 y ss.

233. Afirmación unánime en la doctrina. Por todos, ARAGÓN REYES, 2009, p. 36. Creíamos abandonada la clásica tesis de HAYEK o FORSTHOFF de la incompatibilidad entre igualdad material y Estado de Derecho pero la vemos reaparecer entre nosotros en boca de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007, p. 25: «El Estado social no puede pretender *la igualdad absoluta* sin dejar de ser Estado de Derecho»). Si atendemos a las cursivas, que son del propio RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, quizás éste tenga razón. Profundizar en el tema nos llevaría mucho tiempo, pero no merece la pena hacerlo, pues nadie (insistimos, ni en China) pretende hoy esa igualdad material.

234. Uno de los pensadores más lúcidos del siglo XX, poco sospechoso de conservadurismo, ya antes del Estado social (1930), escribió, desde el *common sense* tan propio de los filósofos anglosajones: «Aunque es cierto que la envidia es el principal promotor de la justicia entre los diferentes sexos, clases y naciones, no lo es menos que la justicia que pudiera esperarse como resultado de la envidia es probablemente de la peor especie, pues consiste más bien en disminuir los placeres de los afortunados que en aumentar los de los infelices» (RUSSELL, 1991, p. 96).

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

cuales pueden evolucionar (*infra*, IV, 3.2). Ello no implica un mandato genérico de progresividad, una especie de obligación constitucional de ampliación *sine die* de las prestaciones (*infra*, IV, 4.2.4). La carga utópica del Estado social defendida por las concepciones más radicales de la izquierda es un contenido político posible, pero no un mandato constitucional²³⁵. La interpretación doctrinal mayoritaria del artículo 9.2 CE termina caminando, con unas u otras matizaciones, en esa dirección²³⁶. A la hora de concretar las necesidades cuya satisfacción impone el Estado social ha de atenderse ante todo al catálogo de DFSP de la Constitución (*infra*, IV, 1) pero también a su necesaria apertura y a la posterior determinación del contenido de cada figura concreta, a la luz, en primer lugar, del principio de libertad (art. 1.1 CE, *infra*, IV, 3.2 y 4.3.2).

13. Ni la crisis económica ni la globalización autorizan a modificar la esencia del Estado social, en los términos que acabamos de describir sino todo lo contrario, refuerzan la necesidad del principio²³⁷. Sobre ambos temas existen ríos de tinta y no es éste el momento de recorrerlos²³⁸. La eventual reducción de las prestaciones (y habrá que

-
235. La posición de GARRORENA MORALES (1984, esp. pp. 234 y ss.) resume bien este planteamiento, por otra parte claramente mayoritario en nuestra doctrina.
236. Una de las mejores interpretaciones (por razonable y bien argumentada) del precepto homólogo de la Constitución italiana (art. 3.2) es la ofrecida por BALDASSARRE (1997, pp. 155 y ss.), que plenamente consideramos trasladable a nuestro ordenamiento. Entre nosotros, p. ej., MONTILLA MARTOS, 1997, pp. 437 y ss.; MARTÍNEZ-PUJALTE, 1997, pp. 118 y ss.; MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, 2002, pp. 131 y ss., o FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2009, pp. 139 y ss.
237. Con carácter más general, LÓPEZ PINA (1996, p. 24) destaca bien esta idea: «el *núcleo esencial* del Estado, es decir, el espacio de *lo público* que precisa *indispensablemente* una Sociedad para integrarse y realizarse en *segura e igual libertad*, no puede depender de la coyuntura» (cursivas en el original). En la doctrina alemana, ésta es también una de las reflexiones más importantes de RÜFNER (2006, pp. 686-688), quien, tras constatar la escasa incidencia práctica del principio del Estado social en la jurisprudencia, vaticina (y los hechos posteriores parecen haberle dado la razón) un cambio de signo: «La tendencia [actual] a limitar notablemente las prestaciones sociales hace que la reflexión sobre la protección de un estándar mínimo sea vista con una luz muy diferente a la de hace algunos años. El estándar mínimo pudo ser tomado como una obviedad cuando se promulgó la [LFB] porque garantizaba sólo de forma general los incuestionables derechos adquiridos. Bajo las cambiantes condiciones de una época de crisis, la obligación puede volverse efectiva».
238. Entre los constitucionalistas españoles, la crítica más desarrollada a la deriva actual de nuestro Estado social, ya incluso antes de la actual crisis económica, se encuentra seguramente en los numerosos trabajos de GARCÍA HERRERA y MAESTRO BUELGA (p. ej., 1999); para una perspectiva no jurídica sino politológica pueden completarse con los libros de NAVARRO (p. ej., 2004 y 2006). Si no hemos recurrido con mayor frecuencia en esta obra a los dos primeros autores citados es porque su perspectiva es más general y teórica que la nuestra pero su lectura resulta siempre aconsejable. En sus

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ver si las prestaciones que se reducen forman parte o no de derechos fundamentales) provocada por la crisis²³⁹ tiene claros límites constitucionales (*infra*, IV, 6.4) y la globalización no provoca tantos efectos negativos (en países desarrollados como el nuestro) como normalmente se dice; en todo caso, pueden ser combatidos con una buena dogmática constitucional²⁴⁰, al menos desde el ámbito más cercano,

últimos trabajos sobre el tema, GARCÍA HERRERA (p. ej., 2003-2004, esp. pp. 296 y ss.) se muestra algo menos crítico, reconociendo algunos avances (bien es cierto que se escribió antes de la crisis actual) pero al final concluye: «por encima de la preservación del texto constitucional, cambia el significado de los derechos sociales inmersos en una lógica distinta a la de su inspiración que consagra un nuevo fundamento y un diverso objetivo: la primacía de la asistencia *frente al imperativo constitucional de la igualdad sustancial*», cursivas nuestras, GE). Pues bien, aunque inmediatamente volveremos sobre el tema, esta conclusión nos parece demasiado general y requeriría muchas concreciones y matizaciones (la universalización, a nuestro entender, no ha sido abandonada, al menos todavía); tampoco coincidimos con GARCÍA HERRERA, como ya hemos visto, en situar la igualdad sustancial como el principal contenido jurídico del Estado social. Por su parte, en su libro de 2002, MAESTRO BUELGA, con indudable rigor, concreta mucho más la crítica, analizando las transformaciones sufridas por el Derecho del trabajo en los últimos años. Sin embargo, seguramente ni la Constitución exigía tanto como MAESTRO desea (y él mismo viene a reconocerlo, pp. 152-157) ni el trabajo sea el núcleo del Estado social (para nosotros es la satisfacción de las necesidades básicas). Nos adscribimos así a la tendencia mayoritaria criticada por MAESTRO (p. 304: «El trabajo, en la doctrina constitucionalista, no es el núcleo definidor del Estado social»), y desde esta perspectiva, la crítica a la situación actual del Estado social se diluye bastante.

239. De la «crisis del Estado social» se habla desde hace décadas pero repasar esa literatura nos distraería demasiado. El maestro GARCÍA PELAYO (1987, p. 8) zanjó hace años la cuestión y a él nos acogemos: «La crisis por la que hoy parece estar pasando el Estado social [...] no afecta tanto a la idea del Estado social cuanto a las condiciones de su realización en una determinada coyuntura»; es decir, como acabamos de señalar, la crisis no hace sino reforzar la vigencia del principio. De interés, asimismo, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 36, con contundente crítica a DE CABO, y, sobre todo, con su habitual perspicacia, PÉREZ ROYO, 1988, pp. 44-47: la crisis no es tal (el porcentaje de gasto social del PIB se mantiene) y lo que está detrás de la frecuente (e ideológica, añadiríamos) apelación a la misma son otras cosas: «en la discusión sobre la "crisis" del Estado social estamos ante un falso debate. No es el Estado social el que está en crisis. No lo está más que las sociedades que tienen este tipo de Estado, sino igual: se estanca o crece al mismo ritmo más o menos que lo hace la economía. Y esto no es crisis, sino consolidación, afirmación del mismo incluso en circunstancias difíciles. Así es y así tiene que ser. Distinto es que la crisis económica desde mediados de los setenta haya puesto de manifiesto la inexistencia de respuestas practicables por parte de la izquierda; primero por parte de la izquierda comunista, después por parte de la izquierda socialdemócrata. Aquí sí hay crisis en el sentido estricto del término». El gran maestro sevillano escribe en 1988 pero sus palabras resultan válidas en 2011.

240. Para la crítica de la dogmática dominante del Estado social, excesivamente plegada ante la razón económica, *vid.* el penetrante trabajo de MERCADO PACHECO, 2003, esp. pp. 312-314. Asimismo, MAESTRO BUELGA, 2002, pp. 151-152.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

a partir de una interpretación constitucionalmente adecuada del Derecho de la Unión Europea²⁴¹ (*infra*, 6).

14. Que el Estado social tenga por principal objeto atender a las necesidades básicas de las personas no quiere decir que sea un mero Estado asistencial (que también) o dirigido únicamente a luchar contra la pobreza o la exclusión social. El pacto constituyente en el que surge, y que permanece vigente, se asienta sobre una concepción redistribuidora y universalista (y aquí se encuentra su primer elemento de conexión con los DFSP), que está en la esencia de la idea misma de la Seguridad Social desde mediados del siglo XX, quizás el elemento clave del Estado social: las prestaciones no son para quienes contribuyen sino para quienes las necesitan²⁴². En coherencia con este planteamiento y atendiendo las crecientes demandas de los ciudadanos, en la práctica, el Estado social europeo ha ido algo más allá, otorgando, por razones diversas, también prestaciones con independencia de la situación económica de cada uno: así por ejemplo, se establece la educación o la sanidad públicas para todos los ciudadanos, no para los pobres. En principio y como veremos, el Estado social no impone la gratuidad total de esta clase de servicios o de otros, pero se trata de una conquista histórica²⁴³, útil para evitar la dualización social, y cuya supresión o limitación debería justificarse (*supra*, IV, 6.4).

241. También existen ríos de tinta destinados a la crítica de la deriva antisocial (a veces llega incluso a hablarse del «fin del Estado social») de la Unión Europea. No compartimos visiones tan derrotistas y en este punto nos sentimos más cercanos a las conclusiones de HEINIG (2008, p. 593), cuando afirma que la Unión Europea no ha implicado una mutación de este elemento de nuestra forma de Estado. A partir de aquí, es mucho, desde luego, lo que puede proponerse de reconstrucción social del Derecho de la Unión (en diálogo con la CE pero desde la superioridad de ésta), y en esa línea se enmarcan nuestras consideraciones *infra*, 6. En la dirección que proponemos, asimismo, entre otros muchos, LÓPEZ PINA, 1996, p. 26.

242. Aun desde esta perspectiva asistencialista existe un cierto debate entre concepciones más o menos favorables a tener en cuenta la responsabilidad de cada individuo en su situación concreta de necesidad. El debate es pertinente (al respecto, resulta sumamente sugerente la discusión entre SCHMIDTZ y GOODIN, 2000) y sobre él volveremos en parte al hablar del abuso de los DFSP (*infra*, IV, 4.3.2) pero en líneas generales consideramos que la CE obliga a tomar con mucha cautela este punto de vista, al menos a nivel de los principios: como regla, la prestación se otorga a quien es pobre, sin tener en cuenta las causas de su situación.

243. Si atendemos a la propuesta metodológica, ya citada, de ZACHER y RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, lo ya conseguido históricamente ha de pasar a formar parte del contenido del Estado social. Ahora bien, tampoco la interpretación histórica es inocente, y llama la atención que el autor español silencie los avances de la universalización, lo que va más allá de la atención a las situaciones de necesidad.

2.4.2. Estado social y derechos sociales

Como consecuencia de la concepción del principio del Estado social que acabamos de defender, sobre la base de la comprensión histórica y sistemática de la Constitución, con el trasfondo de una teoría social de la misma, sin renunciar a los clásicos componentes liberales (socialismo liberal), se deducen consecuencias importantes para el análisis e interpretación de los derechos sociales²⁴⁴, que aunque serán desarrolladas en los lugares oportunos, conviene exponer ahora en su conjunto, así, el Estado social:

1. Refuerza la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales, decayendo los argumentos en contra basados en el principio democrático y, más aún, en la economía de mercado. Si todos los principios estructuradores de la forma de Estado son iguales, ello quiere decir que ninguno de ellos es absoluto y el Estado social obliga a limitar la democracia, en el sentido de imponer condiciones (también positivas) a la voluntad de la mayoría (*infra*, IV, 4.4 y 6.6). Con mayor motivo, el Estado social limita la economía de mercado, que tiene un peso menor (art. 38) en el sistema de la Constitución (*infra*, 4)²⁴⁵.
2. En cuanto el Estado social favorece el progreso social, el avance continuo hacia mejores formas de vida, facilita la consideración de un contenido adicional de los derechos sociales (*infra*, IV, 4.2.3) y de su carácter objetivo (*infra*, IV, 4.2.2) y desconfía de las medidas regresivas, que deben en todo caso justificarse (*infra*, IV, 6.4). En definitiva, el Estado social no impide unos máximos sino que los permite e incluso su lógica los favorece²⁴⁶, siempre y cuando, claro está, no se pongan en riesgo otros principios y derechos constitucionales, y entre ellos, no sólo la tantas veces citada economía de mercado (art. 38 CE e *infra*, 4.1) sino también el reparto equitativo de las cargas y la naturaleza no confiscatoria de los tributos (art. 31.1 CE)²⁴⁷.

244. Desde nuestra perspectiva, que es la perspectiva de la dogmática jurídica, no cabe concebir, como a veces se hace desde planteamientos más bien de tipo filosófico (p. ej., HERRERA, 2008, esp. pp. 22-24) derechos sociales al margen del Estado social, tal y como éste se encuentra configurado en la Constitución actual y concreta. Entender los derechos sociales como utopía es un punto de vista interesante pero no un punto de vista jurídico.

245. El argumento clásico de, entre otros, SCHMITT, FORSTHOFF o HAYEK en cuya virtud el Estado social colisiona con el Estado de Derecho, ya no se sostiene, por partir de una concepción de este totalmente superada. Así también, p. ej., BALAGUER CALLEJÓN, 2002, pp. 98-99. Para una buena síntesis de la interacción actual entre Estado social y Estado de Derecho, p. ej., GARRORENA MORALES, 1984, pp. 212-216.

246. Al respecto, HEINIG, 2008, pp. 541-542, 582 y 592.

247. Destaca especialmente este punto, en relación con la LFB pero con consideraciones trasladables a la CE, el mismo HEINIG, 2008, pp. 581 y 594-595.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

3. En su faceta, históricamente comprobada, de prohibición de la miseria, refuerza la conceptualización de los derechos sociales como normas que, ante todo, han de paliar las necesidades básicas de las personas (*infra*, IV, 2 y 4.3.2).
4. Legítima, y en algunos casos impone, la adopción de acciones positivas (como derechos o como mandatos), destinadas a paliar las necesidades específicas de los colectivos desaventajados (*supra*, 2.3.8).
5. Impone al Estado hacerse cargo de las prestaciones sociales asociadas a las necesidades básicas de las personas, obligando así a una configuración muy matizada del principio de subsidiariedad. Las políticas liberalizadoras o privatizadoras que no cuenten con garantías estatales suficientes son inconstitucionales, por vulneración del principio del Estado social (*infra*, IV, 5.2.3).
6. Ofrece un argumento decisivo para dotar de fundamentalidad a las figuras no expresamente reconocidas como derechos fundamentales en el texto constitucional, significadamente el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, el derecho a los servicios sociales y el derecho al mínimo vital (*infra*, IV, 1).
7. Si tiene por norte a las personas, debe contar con la participación de las personas en su exigibilidad jurídica²⁴⁸. Esta tesis no sólo viene impuesta, a nuestro entender, por el principio democrático sino también por el principio del Estado de Derecho. En esta última dirección, más en concreto, la configuración de los derechos sociales como derechos fundamentales es una propuesta irrenunciable, la mejor forma de conjurar la creciente pérdida de eficacia del Estado de Derecho en la llamada crisis del Estado social: con derechos bien articulados legislativamente y garantizados se evitará la constatable arbitrariedad y falta de control de los poderes públicos en materia social²⁴⁹.

248. En general, para una buena síntesis de las posibles relaciones entre democracia (en sentido amplio) y Estado social, GARRORENA MORALES, 1984, pp. 204-210. Es bien conocida la crítica (popularizada entre nosotros por Elías DÍAZ, 1979, pp. 95 y ss.) al Estado social por favorecer la consolidación de una sociedad de consumidores, alienada y escasamente participativa. Pues bien, frente a la desesperanza o la crítica radical al Estado social, creemos que la dogmática dispone de suficientes instrumentos para combatir esa eventual situación, y ello sin necesidad de proponer alternativas difícilmente compatibles con el pluralismo político, como la posterior del propio Elías DÍAZ (1982, pp. 225 y ss.). Se trata sencillamente, como GARRORENA viene a proponer, de favorecer la conexión entre Estado social y democracia, articulando fórmulas vinculantes de participación (para más detalles, *infra*, IV, 4.4 y V, 2).

249. Tesis defendida, como es sabido, por FERRAJOLI en múltiples de sus escritos. P. ej., 2003, pp. 11 y ss. También PISARELLO, 2003, pp. 23 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No podemos compartir, en consecuencia, construcciones del Estado social sin derechos sociales (*supra*, 1.2). Como a todos los principios constitucionales, al Estado social debe reconocérsele un grado mínimo de justiciabilidad, lo que obliga a interpretar de manera extensiva en este punto el Derecho procesal, permitiendo el control de constitucionalidad de las omisiones legislativas (*infra*, V, 3.7.3) y la garantía judicial de los derechos sociales, incluyendo una configuración generosa de la legitimación colectiva en los procesos correspondientes (*infra*, V, 3.2).

3. LA CONSTITUCIÓN TERRITORIAL*

3.1. ESTADO SOCIAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La actuación del Estado social es una «obligación que deben observar todos los poderes públicos, centrales y autonómicos, en el ejercicio de las atribuciones que a cada uno reconoce el ordenamiento jurídico». Desde el inicio de su actividad lo resaltó el Tribunal Constitucional (TC) con relación a la cláusula del artículo 9.2 CE (STC 25/1981). De esta afirmación de principio no se ha apartado ni la doctrina española mayoritaria ni la jurisprudencia constitucional desde los comienzos del actual régimen constitucional. Ello no podía ser de otro modo pues es la lógica consecuencia que deriva de dos principios constitucionales fundamentales: por un lado, la sujeción de todos los poderes públicos a los preceptos constitucionales (art. 9.1 CE), consecuencia del carácter íntegramente normativo de la Constitución; y por el otro, el principio autonómico o de división vertical del poder que inaugura la CE, conforme al cual la actuación de los poderes públicos debe llevarse a cabo de acuerdo con el reparto de competencias entre los diferentes entes públicos. En el plano normativo entre el Estado central y las Comunidades Autónomas (CC AA); a los que hay que sumar en el plano administrativo también los entes locales.

Sin embargo, a partir de esa premisa generalmente compartida, no han faltado discusiones respecto al tipo de normatividad de los diferentes preceptos constitucionales, en particular, de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III del título I CE, los cuales en una medida importante concretan en España el Estado social. Ni respecto al papel que

* Por Josep María CASTELLÀ ANDREU. Este apartado se enmarca en el Proyecto de investigación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los Estatutos de autonomía» (DER2009-12921 subprograma JURI), concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

juega la ley (con mayor precisión, los diferentes legisladores) en la regulación del Estado social y el tipo de colaboración internormativa con la Constitución. Ni tampoco, por último, respecto al grado de implicación de los poderes territoriales en la aplicación del principio del Estado social y, lo que es su correlato, la posición del Estado central en el desarrollo de éste. Como se verá en los apartados 3.3 y 3.5 esto último tiene que ver con la atribución de determinadas competencias ordenadoras al Estado central y con la observancia del principio de igualdad.

Así, se ha resaltado, por un lado, y como «signo de los tiempos», el papel destacado de los niveles centrales de gobierno de las federaciones en el desarrollo del Estado social, sobre todo en el plano legislativo (los ejemplos centroeuropeos, y en particular el alemán suelen ser los empleados), y cómo la consolidación de dicha forma de Estado ha implicado cierta recentralización en los estados federales, compensada con la acentuación del carácter cooperativo de los mismos²⁵⁰. Al mismo tiempo, se enfatiza el carácter instrumental de la descentralización respecto a la (substantiva) dimensión social del Estado²⁵¹. De todo ello parece desprenderse, sea como descripción de la experiencia política y jurídica del entorno continental europeo, sea como *desideratum* de tipo prescriptivo, o las dos cosas a la vez, la posición preeminente de los poderes públicos del Estado central y el papel vicario de los poderes autónomos territoriales en la garantía del Estado social.

Este planteamiento no es compartido por todos. En efecto, se ha subrayado que el Estado social no es una tarea específica del Estado en sentido restringido ni siquiera con base en el artículo 149.1.1ª CE²⁵². De este modo, y avalado por la experiencia de treinta años de autogobierno en España, no se puede soslayar la relevancia de las CC AA y de los entes locales en la puesta en funcionamiento efectivo de políticas y de derechos sociales, que han contribuido a dar distintos perfiles al Estado social según la Comunidad Autónoma de que se trate. Por otro lado, tan componente de la forma de estado es la fórmula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE) como la del Estado autonómico (deducida del art. 2 CE), y si la concreción de la primera obliga a una «interrelación recíproca» (como ya enseñara GARCÍA Pelayo, siguiendo a la doctrina alemana²⁵³), también deben lograrse equilibrios entre la fórmula del artículo 1.1 CE y el carácter descentralizado del Estado que supongan la máxima optimación de ambas. Ello a pesar de las

250. Últimamente LÓPEZ PINA, 2006, p. 133. El texto es anterior a la reforma constitucional de 2006.

251. TAJADURA, 2007, p. 55 ss.

252. CRUZ VILLALÓN, 1993, p. 108.

253. GARCÍA Pelayo, 1989, pp. 93 y 96.

potenciales contradicciones que puedan plantearse, como también ocurre con los distintos elementos que componen la fórmula política del artículo 1. Lo que realmente es fin último del Estado en su conjunto, respecto al cual los principios de organización y funcionamiento estatales adoptan carácter medial, es la dignidad de la persona, verdadero fundamento del orden político (art. 10.1 CE)²⁵⁴. Por último, en derecho comparado no faltan ejemplos de experiencias donde, ante una Constitución federal que omite toda referencia a derechos sociales, han sido las constituciones estatales o bien la legislación de los entes territoriales las que han reconocido derechos positivos y prestaciones sociales a los ciudadanos de los territorios²⁵⁵.

En las páginas que siguen nos vamos a detener en el estudio de cómo las CC AA y los entes locales han desarrollado y actuado el Estado social (qué técnicas jurídicas se han empleado así como las novedades que en los últimos tiempos plantean las reformas estatutarias en este campo), y cuál ha sido el marco y el fundamento normativos para llevarlas a cabo. Por último se hará referencia al marco y a los límites a la actuación de las CC AA en relación con los derechos sociales, lo que de nuevo pone sobre el tapete la cuestión acerca de lo que debe hacer el Estado central en relación con los derechos sociales, y en definitiva, con el Estado social, y si es posible un distinto «modelo» social en las diferentes CC AA.

3.2. LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

3.2.1. Situación hasta las reformas estatutarias de 2006-2007

Los Estatutos de Autonomía aprobados entre 1979 y 1983, por contraste con las reformas estatutarias aprobadas a partir de 2006, han sido muy parcos en la regulación de una parte dogmática, y en concreto respecto a la previsión de disposiciones en materia de derechos. Con un contenido sustancialmente ligado a los contenidos que la Constitución asigna al Estatuto, sean éstos los del artículo 147, sean otros diseminados a lo largo del texto constitucional, los estatutos se centraron, además de los aspectos simbólicos e identitarios, principalmente en la regulación de las instituciones de gobierno y en la asunción de las competencias de la Comunidad Autónoma. Al lado de este núcleo material estatutario básico, en el título preliminar (o primero) so-

254. PAREJO, 1983, p. 81; COSSÍO, 1989, p. 35.

255. Es el caso de Alemania, Estados Unidos y Quebec en Canadá. Para Alemania, ver SÁENZ ROYO, 2003, pp. 35 y ss.; para Estados Unidos: TARR, 2005, p. 47 y CASTELLÀ, 2010, pp. 217 y ss.; para Canadá: WOEHLING, 2005, pp. 83-84 y ROBITAILLE, 2010, pp. 115 y ss. También Italia, en el contexto de un Estado regional está dando pasos en dirección similar, ver ROSSI, 2004.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

lían/suelen concurrir tres tipos de disposiciones relacionadas con los derechos de los ciudadanos de la respectiva Comunidad Autónoma, y más en concreto con la observancia del Estado social: por un lado, la aseveración de que los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos de la Comunidad son los establecidos en la Constitución (así, p. ej., el art. 9.1 del Estatuto del País Vasco de 1979 y en parecidos términos en los restantes); en segundo lugar, la reiteración, para el ámbito de los poderes de la Comunidad Autónoma, de la cláusula transformadora del artículo 9.2 CE (así el art. 8.2 del Estatuto de Cataluña de 1979 y buena parte de los posteriores); por último, las menciones de una serie de «objetivos básicos» que han de guiar el ejercicio de los poderes autonómicos (particularmente detallados en el caso del Estatuto de Andalucía de 1981, art. 12.3, que citaba hasta 11 objetivos, y ausente en otros como el catalán)²⁵⁶. Además de todo ello, y como única garantía institucional de los derechos frente a lesiones procedentes de la Administración autonómica, buena parte de los estatutos incorporaban la institución del defensor del pueblo de la Comunidad Autónoma (en sus distintas y llamativas denominaciones) para «la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos, a cuyos efectos [el Síndic de Greuges] podrá supervisar las actividades de la Administración de la Generalidad» (art. 35 EAC, a título de ejemplo).

De lo anterior se puede deducir que los Estatutos de Autonomía hasta el 2006 han prestado una escasa atención a la configuración de la forma de Estado en el ámbito de la Comunidad Autónoma (la «forma de la Comunidad Autónoma» podríamos decir), y en concreto, al «Estado social» en el plano estatutario. Aun así, la presencia de este tipo de normas programáticas en bastantes estatutos motivó un cierto debate doctrinal sobre su adecuación o no a la Constitución, en función de qué se considerara que entraba o excedía del campo de la reserva estatutaria (cuestión que vuelve a aparecer en el debate actual y en cuyo contexto será analizada), y sobre la función que desempeñaban tales normas en los Estatutos. Así, este tipo de disposiciones estatutarias, reducidas a su mínima expresión (uno o dos artículos), o bien tienen un contenido declarativo, de repetición del texto constitucional, lo

256. Algunos estatutos mencionan concretos «principios rectores» de la política social y económica de los poderes públicos autonómicos como el «derecho de los gallegos a vivir y trabajar en su propia tierra» (art. 4.3 EAG). Más allá del ámbito social *stricto sensu*, en algunos casos se añadían algunos derechos concretos relacionados con la lengua (como a la no discriminación por razón de lengua, art. 6.2 EAPV; art. 5.4 EAG), y disposiciones de estructura objetiva relativas sea al régimen lingüístico sea al derecho de participación en relación con la Asamblea legislativa de la Comunidad (iniciativa legislativa popular, elementos del régimen electoral como las circunscripciones, la barrera mínima, o el sistema proporcional).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que en buena técnica legislativa carece de sentido (aunque como advirtió reiteradamente el Tribunal Constitucional [TC] no por ello eran inconstitucionales), o bien establecen un elenco de objetivos, equivalentes a los principios rectores constitucionales, con un valor hermenéutico y directivo²⁵⁷. En conclusión, las normas programáticas vienen a concretar las prioridades políticas de cada Comunidad Autónoma, especificando las orientaciones constitucionales, aplicándolas a la realidad territorial concreta²⁵⁸.

Ha sido sobre todo tarea del legislador ordinario autonómico la progresiva aplicación del principio del Estado social en aquellos ámbitos materiales de competencia autonómica, ya sea a través de leyes sectoriales específicas las más de las veces, ya, otras pocas, con leyes pretendidamente generales sobre derechos sociales²⁵⁹. Se constata así la tendencia expansiva del derecho intervencionista autonómico²⁶⁰. A partir del análisis de estas regulaciones autonómicas, ha ido surgiendo un «espacio social autonómico», a la vez que se han detectado diferentes políticas sociales entre CC AA que son fruto de situaciones de base y de opciones políticas distintas, aunque haya una serie de notas comunes: en un primer momento se prestó más atención a los servicios sociales, más tarde (finales de los ochenta y principios de los noventa) se dio paso a legislaciones fragmentarias destinadas a diferentes colectivos o sectores más desamparados, y los últimos años se han regulado prestaciones, en particular las rentas mínimas de inserción, o el voluntariado²⁶¹. Y todo ello ha sucedido a un nivel normativo distinto –e inferior– al Estatuto.

257. CRUZ VILLALÓN, 1993, p. 106. Para dicho autor, un objetivo como el de la reforma agraria (art. 12.3.11º EAAnd), sirve como criterio interpretativo de la respectiva competencia, y aventura la hipótesis de acuerdo con la cual sin su existencia el TC lo habría tenido más difícil a la hora de declarar la constitucionalidad de la Ley de reforma agraria andaluza (STC 37/1987) (*ibidem*, pp. 107-109).

258. LUCAS MURILLO, 1984, p. 22; RUIZ-RICO, 2002, pp. 35 y ss.

259. Es el caso de las cartas de derechos sociales aprobadas en Navarra y el País Vasco mediante Ley foral 9/1999, de 6 de abril y Ley 10/2000, de 27 de diciembre, respectivamente. Tales cartas no obstante no tienen un contenido tan general como del título pudiera deducirse, y acotan su contenido al derecho a una renta básica y la política de reducción del tiempo de trabajo a 35 horas semanales del personal al servicio de las administraciones públicas de la Comunidad Foral (en el caso navarro), a los que se añade en el caso vasco la adopción de medidas de acción positiva tendentes a favorecer la integración laboral de colectivos más desfavorecidos, y la proclamación sucinta (que no regulación) de otros «derechos sociales básicos» como a una protección social suficiente, la protección de la salud y las prestaciones sanitarias adecuadas, una educación de calidad, una vivienda digna, y un medio ambiente protegido. La ley se limita a indicar que los derechos mencionados «serán objeto de respeto y promoción por parte de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma».

260. PORRAS, 1997, p. 1249.

261. SÁENZ ROYO, 2003, pp. 317 y ss.

En el capítulo de las garantías de los derechos sociales legalmente establecidos, se ha puesto de manifiesto la relevancia que han tenido los defensores del pueblo autonómicos a la hora de su promoción.

3.2.2. La incorporación de Cartas de derechos en los Estatutos reformados

A. *Técnicas que siguen los Estatutos*

La situación cambia, al menos aparentemente, con las reformas estatutarias emprendidas a partir de 2006. Todas las reformas aprobadas hasta ahora²⁶² han incorporado un título dedicado de manera específica a los derechos, deberes y principios rectores (con denominaciones diferentes en cada caso), con lo que amplían de modo sustancial su parte dogmática. A ello se suman menciones a los derechos, valores y objetivos básicos²⁶³ en el Título preliminar (o primero), además del Preámbulo, generalmente más amplias que en las primeras versiones de los estatutos; así como a sus titulares y a las fuentes normativas de los derechos de los ciudadanos de la Comunidad, citando –con un alcance declarativo– los principales documentos internacionales sobre derechos, junto con la Constitución y el propio Estatuto²⁶⁴.

Las declaraciones de derechos ofrecen rasgos comunes en todos los Estatutos de esa nueva etapa estatutaria. Ello ocurre, primero, en relación con la técnica seguida para su regulación, que mantiene la diferencia establecida por la CE entre derechos y principios rectores. Segundo, respecto a los bienes protegidos en las declaraciones que nos permiten identificar las aspiraciones sociales que han encontrado acomodo en las normas estatutarias. Por último,

262. Nos referimos a la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León y LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Extremadura. En cambio, la LO 7/2010, de reforma de la LORAFNA lleva a cabo una reforma parcial que no incorpora una carta de derechos.

263. Valores que han de promover los poderes públicos y entre los que se mencionan: la solidaridad, la cohesión social, la equidad de género o el desarrollo sostenible en el que constituye el supuesto de regulación estatutaria más completa: Cataluña (art. 4.3). En Andalucía se cita la incorporación de medidas de acción positiva necesarias para el cumplimiento de la cláusula transformadora (art. 10.1) y se enumeran 24 objetivos básicos (art. 10.3).

264. En algunos casos se menciona expresamente entre tales convenios internacionales el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea. Véanse los estatutos de la Comunidad Valenciana (art. 8.1), Illes Balears (art. 13), y Andalucía (art. 9).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

también es semejante la técnica exhortativa que predomina en su redacción, con llamadas casi constantes a la colaboración internormativa, en concreto al legislador ordinario para su desarrollo. Pero al mismo tiempo cada Estatuto presenta perfiles propios, tanto en lo que se refiere al *quantum* o a la extensión de la Declaración (más amplia en los casos catalán y andaluz, muy parca en los estatutos valenciano y balear, y sobre todo en el extremeño, que se limita a establecer el derecho de participación y 20 principios rectores), como a las garantías (igualmente más detallada en los supuestos catalán y andaluz que en los restantes)²⁶⁵.

Entre los derechos que incorporan todos los nuevos estatutos, los derechos de igualdad y los sociales ocupan junto con los de participación un lugar destacado (además de los lingüísticos en el caso catalán)²⁶⁶. Si nos centramos en el ámbito social, económico y cultural, tales derechos estatutarios son, en la mayoría de ocasiones, derechos que surgen como transformación de los principios rectores del capítulo III del título I CE o de las disposiciones del Título VII CE, especificando algunas facultades o sujetos (derecho a la salud; vivienda; medio ambiente; familia; consumidores; discapacitados; jóvenes; personas mayores; información y consulta de trabajadores en la empresa). Otras veces son concreción de derechos constitucionales (igualdad de género y prohibición de discriminación por razón de sexo o de orientación sexual²⁶⁷; derecho a la educación; al trabajo). Por último, aparecen algunos –muy pocos realmente– derechos «nuevos» en el ordenamiento español, los cuales positivizan algunas demandas sociales, unas veces de alcance general y otras especialmente sentidas en concretas CC AA (como ocurre con los

265. La propuesta (retirada en 2008) de Estatuto de Castilla-La Mancha incorporaba, entre las garantías, una de novedosa, particularmente orientada a los derechos sociales: que los presupuestos regionales contengan partidas presupuestarias suficientes para el cumplimiento efectivo de los derechos (art. 22). Se trata de una indicación al legislador presupuestario, de difícil control, aunque quizás puedan suponer una exigencia de motivación por parte del Gobierno regional ante las Cortes castellano-manchegas.

266. Ver un análisis extenso de los contenidos de las cartas estatutarias en EXPÓSITO, 2007, pp. 172 y ss.

267. La forma concreta de redacción cambia en cada estatuto, pero en general se amplían las cláusulas de no discriminación previstas en el art. 14 CE. En el Estatuto andaluz, el más prolijo en la materia, no faltan referencias específicas al respeto a la orientación sexual y a la identidad de género (art. 35 EAAAnd) y a la violencia de género (art. 16 EAAAnd). Otra cosa es que la igualdad y la no discriminación aparezca asimismo protegida en los estatutos como valor, como objetivo básico y/o como principio rector. Esa diferenciación no obstante no se traduce en distintos contenidos, que son por lo común muy semejantes en estos últimos casos a los de los derechos, como ocurre con la violencia de género.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

derechos relacionados con el agua²⁶⁸). Lo realmente novedoso es su incorporación al Estatuto, pues hasta ahora gozaban de rango legal en las regulaciones autonómicas (además de las estatales), por lo que ven elevado su rango normativo así como su rigidez (el consentimiento libre informado²⁶⁹; el derecho de acceso a los servicios sociales, derecho a la renta básica de ciudadanía). Buena parte de estos derechos han sido ya proclamados en el plano internacional o, sobre todo, europeo (particularmente en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). Es el caso de los derechos de los menores, personas mayores, discapacitados, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, el consentimiento libre informado, etc.

De entrada, lo primero que hay que destacar en relación con los derechos calificados como sociales es que su previsión estatutaria va más allá de la identificación de los mismos como derechos de prestación. Es más, la dimensión prestacional queda muchas veces relegada a un segundo plano, y por lo general necesitada de desarrollo legislativo para la concreción de tales prestaciones y, por tanto, para alcanzar plena eficacia. En efecto, en un mismo precepto se acogen, además de la dimensión prestacional, facultades de libertad negativa, derechos de igualdad, contenidos de información y participación (a su vez verdadera garantía política de tales derechos), deberes, normas organizativas, y mandatos o habilitaciones a los poderes públicos. Así, podemos tomar como referentes dos de los derechos que constituyen sendos pilares clásicos del Estado social (junto con la Seguridad Social): sanidad y educación. En relación con el derecho a la salud, los estatutos suelen mencionar, con mayor o menor grado de detalle, la libre elección de médico y centro sanitario; el acceso en condiciones de igualdad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública; la información sobre servicios y tratamientos; el libre consentimiento para cualquier intervención; la confidencialidad de los datos médicos; la garantía para un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos; el acceso a los cuidados paliativos; o el derecho a disponer de una segunda opinión facultativa²⁷⁰. Con respecto al derecho a la educación, a parte de la reproducción casi literal de aspectos del precepto

268. Y el abastecimiento suficiente de la misma, en el art. 17 EACV o en el art. 19 EAAR, sobre los que se volverá más abajo.

269. Sea como derecho autónomo o como derecho ligado al de la salud.

270. En algunos Estatutos se insiste en la prestación del derecho a través de un «sistema sanitario público de carácter universal», así el art. 25 EAIB, art. 22 EAAnd; art. 14 EAr. En los Estatutos catalán y andaluz figuran como derechos autónomos: el derecho a recibir un tratamiento adecuado del dolor y cuidados paliativos, a vivir con dignidad el proceso de la propia muerte o el derecho al testamento vital (art. 20 EAC; art. 20 EAAnd), que en otros aparecen como facultades del derecho a la salud [así art. 26 EAIB, art. 13.2.f) EACL], con la salvedad del derecho a la muerte digna, que no está recogido.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

constitucional correspondiente como sucede con el derecho a la formación religiosa (art. 27.3 CE), aparecen otras concreciones como la igualdad en el acceso a los centros educativos sostenidos con fondos públicos y al sistema de becas; el principio de laicidad de la escuela pública; el derecho a una educación permanente y a la formación profesional; a participar los miembros de la comunidad educativa o universitaria en los asuntos escolares; la integración de las personas con necesidades educativas especiales; la gratuidad de los libros de texto en los centros sostenidos con fondos públicos (en el caso andaluz)²⁷¹.

En el caso catalán, además, la concurrencia de contenidos heterogéneos en cada derecho reconocido, se traslada a la misma sistematización de los derechos enunciados bajo la rúbrica del capítulo I del título I, la cual alude de forma conjunta a los «derechos y deberes del ámbito civil y social» [ámbito en singular], lo que viene a corroborar la dificultad de separar dichos dos planos. Los derechos incluidos en este capítulo no deben identificarse, como a primera vista pudiera parecer (si se piensa en la terminología de los pactos internacionales de derechos de Naciones Unidas o de la doctrina americana), con los derechos de libertad y sociales respectivamente. Apenas hay derechos de libertad negativa y libertades públicas en los Estatutos (dichos derechos ya están consagrados como derechos fundamentales en el cap. II del tít. I CE y el estatuyente ha hecho bien en no reiterarlos). Los derechos del «ámbito civil» son derechos que más bien tienen que ver con categorías de personas y con las relaciones sociales u horizontales. Tampoco pueden vincularse en todos los casos con la materia civil (derecho civil), pues inciden sobre otras materias competenciales autónomas (consumidores, sanidad, trabajo, etc.). De este modo se evidencia como en todos los derechos de este capítulo I –civiles y sociales– figuran contenidos positivos, lo que no es sino la confirmación de la tendencia actual de dotar de contenidos prestacionales a derechos que tradicionalmente han sido catalogados como derechos de libertad negativa.

La actuación del Estado social en el plano estatutario no finaliza con la previsión de derechos sociales, con contenidos prestacionales o no. De forma complementaria a los derechos, los estatutos incluyen, normalmente un epígrafe distinto bajo la rúbrica de «principios rectores de la política social y

271. El derecho a la educación es calificado como «de calidad» (art. 21 EAC; art. 26 EAIB; art. 13.1 EACL), o «permanente y de carácter compensatorio» (art. 21 EAAnd). En ambos casos –Cataluña y Andalucía– la enseñanza ha de ser «laica», aunque con matices diferentes, lo que en cambio no es mencionada en los demás. En cambio, en Aragón aparece como un principio rector (art. 21). Como ocurre con el derecho a la salud, el derecho a la educación no está previsto en el EACV.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

económica», como hace la CE. Ahora bien, a diferencia de ésta, en la que los ámbitos materiales y bienes jurídicos protegidos en el capítulo III del título I CE son distintos respecto a los del capítulo II, los estatutos suelen dividir el tratamiento jurídico de un mismo bien jurídico entre el capítulo de derechos y el de principios rectores, según predomine respectivamente una redacción en forma de derechos subjetivos o de normas de tipo promocional, con mandatos de actuación a los poderes públicos. Así pues, además de los preceptos sobre los derechos de las personas, las familias y diferentes grupos como menores, personas mayores, o mujeres en el capítulo de los derechos, aparecen otros artículos dedicados a la protección de las personas, las familias, o la perspectiva de género en el capítulo de los principios rectores. En el primer caso se reconocen derechos subjetivos. Aunque, a veces, tales derechos subjetivos, que incluyen algún derecho de prestación, sean individualizables más por los sujetos titulares que por las facultades protegidas en cada caso (las cuales suelen repetirse para los distintos grupos de personas mencionados). Es el caso del derecho de las *personas* «a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación»; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a recibir prestaciones sociales y ayudas públicas para atender a las cargas familiares; el derecho de los *menores* a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar; el derecho de las *personas mayores* a no ser discriminadas por razón de la edad; o el derecho de las *mujeres* a participar en condiciones de igualdad de oportunidades con los hombres en todos los ámbitos públicos y privados²⁷².

En cambio, como principio rector la protección de personas y familias incide en las tareas encomendadas a los poderes públicos (los cuales «deben garantizar» la protección jurídica, económica y social de las distintas modalidades de familia; la protección de los niños del abandono, malos tratos, o pobreza; la protección jurídica de las personas con discapacidades, etc.; y «deben promover» las medidas económicas y jurídicas de apoyo a la conciliación familiar; políticas públicas que favorezcan la emancipación de los jóvenes; la igualdad de las distintas uniones estables de pareja, etc.)²⁷³. Esta

272. Como derechos de las *personas*: art. 15 EAC; de las *familias*: art. 16 EAC, art. 17 EAAAnd; de los *menores*: art. 17 EAC, art. 18 EAAAnd; de las *personas mayores*: art. 18 EAC, art. 19 EAAAnd; de las *mujeres*: art. 19 EAC, art. 16 EAAAnd. Hay que denunciar la deficiente técnica legislativa consistente en ir repitiendo las facultades protegidas para cada categoría de personas: así el derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación y de malos tratos. Además, se trata de contenidos muy genéricos, de tipo principal. Parece que el legislador estatutario ha querido primar el valor simbólico y declarativo sobre el estrictamente normativo, entendido como concretas obligaciones para los sujetos pasivos del derecho.

273. Como principio rector en que se protege a personas y familias: art. 40 EAC, art. 37.1 EAAAnd.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

misma técnica legislativa se adopta, sobre todo en el Estatuto catalán y en menor medida en los otros, con relación al medio ambiente, consumidores, educación y cultura, o bienestar social. Ello provoca que nos hallemos ante una Declaración o título farragoso y reiterativo, en parte debido al empeño en reproducir la diferencia sistemática de la Constitución entre derechos y principios rectores, en un contexto normativo diferente donde no siempre aparece justificado técnicamente por razón del tipo de obligaciones jurídicas que se derivan de unos preceptos y de otros, cuestión sobre la que se volverá más abajo.

En el caso del Estatuto andaluz, el cual destaca por su marcado carácter social²⁷⁴, se añade además de los derechos y los principios, una tercera categoría de normas que también viene a incidir en el despliegue de dicho principio social, los «objetivos básicos de la Comunidad Autónoma» (art. 10.3, en el título preliminar). Éstos, como se ha visto, ya aparecían en el Estatuto de 1981, pero ahora, una vez que se reconocen derechos y principios rectores en la norma estatutaria, pierden su razón de ser, al no presentarse de forma nítida la diferencia entre objetivos y principios rectores (ambos son mandatos de optimación), y a veces incluso con los derechos, por los términos imprecisos en que se identifican las facultades de su contenido y las reiteradas remisiones al legislador para la precisión de su régimen jurídico²⁷⁵.

274. AGUDO, 2007, p. 116.

275. Dichos *objetivos* han de servir a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma como guía para adoptar las medidas adecuadas «mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y la eficiencia de las actuaciones administrativas» (art. 10.4 EAAnd). Los *principios rectores* tratan de que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma orienten «sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10» (art. 37.1 EAAnd), con lo que podría parecer que hay una relación de medio-fin con los objetivos básicos, lo que no se colige con el contenido de unos y otros. De entrada parece que hay un mayor nivel de concreción en la forma de redacción de los principios rectores y más aún en el caso de los derechos respecto a los objetivos (genéricos), aunque ello no siempre sucede. En efecto: el art. 10.3.15º menciona, como *objetivos*, «la especial atención a las personas en situación de dependencia», y el art. 10.3.16º «la integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad». Los *principios rectores* equivalentes aluden a la «especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida» y «la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras» (art. 37.1.4º y 5º). Por último, como *derechos*, se reconoce el derecho de las personas con discapacidad y las que estén en situaciones de dependencia a «acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social» (art. 24). Una crítica a esta técnica en RODRÍGUEZ, 2008, p. 258.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Todos los tipos de normas que se acaban de citar (derechos subjetivos, principios rectores, objetivos básicos, incluso deberes) se pueden englobar dentro de la categoría de derechos sociales (en una acepción amplia), considerada como un todo. Con independencia de la literalidad y estructura de los preceptos estatutarios así como de su distinta ubicación sistemática en la que se hallan, estamos ante normas relativas a parecidos, cuando no idénticos, bienes jurídicos protegidos, que desarrollan una función jurídica y política similar. Por lo general se trata de las normas que tratan de proclamar y enunciar el Estado social en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. En buena parte de ellas suele predominar una función directiva u orientadora de la actuación de los poderes públicos sobre la previsión de derechos públicos subjetivos completos (que son los menos). En este contexto, el legislador ordinario tendrá un papel destacado en la concreción de su régimen jurídico y las normas reglamentarias en su actuación definitiva. En este sentido, los derechos sociales son normas estatutarias que delimitan, aunque ciertamente de forma inacabada, los elementos configuradores de una institución, y su régimen jurídico: desde los valores que lo informan, los principios de organización y funcionamiento, las normas de procedimiento y organizativas, las instituciones jurídicas protegidas, algunos derechos subjetivos (con las facultades del mismo, sus titulares y límites al ejercicio), mandatos a los poderes públicos, deberes. Este complejo normativo integra el derecho en su dimensión o vertiente subjetiva y en la objetiva o institucional (por retomar aquí la conocida teoría de HÄBERLE, asumida por el TC desde la Sentencia 25/1981, respecto a los derechos fundamentales).

Dicho lo anterior, desde el punto de vista de la ubicación de los derechos sociales en los Estatutos, no se puede soslayar que los diferentes estatuyentes han separado los derechos y deberes de los principios rectores, atribuyéndoles regímenes jurídicos diversos. Todos ellos vinculan a los poderes públicos autonómicos, pero lo hacen de manera diferente, pues la aplicabilidad inmediata se predica, de entrada, de los derechos y la mediata de los principios rectores, de acuerdo con las propias normas estatutarias²⁷⁶. Nos parece criticable, como se verá en el próximo apartado, que el TC haya asimilado todos

276. Arts. 37.1 (derechos) y 39 (principios rectores) del EAC, arts. 38 y 40 EAAnd respectivamente. En cambio, más ambiguo es el EA de Castilla y León (art. 17.1), que al referirse a la exigibilidad judicial de los derechos la somete a «las condiciones legalmente establecidas», lo que los asemeja a los principios. Los principios rectores, como es sabido, «informarán las normas legales y reglamentarias... y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen» a la vez que «los poderes públicos de la Comunidad Autónoma... adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente...» (art. 40 EAAnd).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ellos a normas programáticas en la sentencia 247/2007, FJ 15, lo que ha sido cuestionado en el voto particular del magistrado Vicente Conde (el cual, por lo demás, parte de la idea de que las declaraciones de derechos no son materia estatutaria)²⁷⁷.

Al regular los derechos estatutarios, estamos, en primer lugar, ante normas de estructura abierta o principal, en las que suele escasear la precisión a la hora de determinar las facultades que otorga cada derecho. Parecen normas fragmentadas, incompletas, lo que no contribuye a su aplicabilidad inmediata. Al mismo tiempo, y en segundo lugar, en los derechos sociales estatutarios abundan las colaboraciones internormativas en forma de remisiones al legislador ordinario para concretar el régimen jurídico de cada derecho (o deber). Por esto estamos muchas veces ante derechos de configuración legal, con un núcleo presente en el Estatuto, pero con un margen de concreción amplio a favor del legislador ordinario. En el caso de los deberes es claro que suponen mandatos a los legisladores que éstos han de concretar para su plena eficacia normativa, generando obligaciones²⁷⁸.

Aunque todos los Estatutos contengan numerosas remisiones a la ley (que será cumplimentada por la correspondiente ley aprobada por la Asamblea autonómica que norme el correspondiente sector material de que se trate), para concretar el régimen jurídico del derecho, algunos Estatutos reformados, además, prevén una «carta de derechos sociales» como norma que ha de regular, en general, los derechos sociales establecidos *in nuce* en la norma institucional básica²⁷⁹. Se trata de una reserva de ley específica para

277. Una crítica pormenorizada a la sentencia, y a este punto en concreto, en FERNÁNDEZ FARRERES, 2008.

278. Así el Estatuto de Andalucía «establece» unos deberes y «la ley desarrollará la obligación de...» (art. 36.1).

279. Art. 10.2 EACV; art. 16 EAIB. El caso catalán es distinto, pues el art. 37.2 alude a la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña, cuya razón de ser es un compromiso entre los partidarios de regular al margen del Estatuto los derechos de los catalanes (modelo del Estatuto interior de 1933, defendido por CiU) y los grupos de izquierdas que defendían la incorporación en el Estatuto del título de los derechos. De ahí se deduce que dicha Carta, dotada de un régimen de garantías similar a los derechos estatutarios, salvo la rigidez de la propia norma, deba de servir para ampliar los derechos reconocidos en el Estatuto. Si en los estatutos valenciano y balear los derechos en general, y los sociales en particular, son enunciados de manera escueta, lo que llena de sentido su desarrollo por la Carta de derechos sociales, en el catalán, la extensa declaración estatutaria priva hoy por hoy de sentido aparente a la Carta de los derechos y deberes. Aunque al mantenerse en lo sustancial por parte del TC en la Sentencia 31/2010, sobre la constitucionalidad del Estatuto catalán, la doctrina aplicada para resolver la impugnación del Estatuto valenciano en relación con el derecho al agua (STC 247/2007, de 12 de diciembre), la Carta catalana cobra un nuevo sentido, similar a las cartas valenciana y balear: la transformación en plenos derechos subjetivos de los enunciados programáticos (MARTÍN y CASTELLÀ, 2008, p. 121).

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

la regulación de estos derechos que opera en el ámbito de las competencias sobre la materia sobre la que se proyecta. En la medida que se difiere al legislador la adopción de decisiones políticas de cierta trascendencia, no estaría de más que, a parte de haber en los Estatutos mencionados una reserva de ley específica, la «carta» estuviese protegida por una reserva de ley especial, exigiendo un mayor consenso para su aprobación y dotándola de una mayor rigidez (como es el caso de las leyes de desarrollo básico del Estatuto en Cataluña, que, en cambio, no están previstas en los estatutos valenciano y balear).

Las técnicas empleadas por el estatuyente de primar contenidos principales abiertos en los derechos en general, y los derechos sociales en particular, y abundar en las remisiones a la ley, pone sobre el tapete la cuestión de las relaciones entre el Estatuto y la ley en materia de derechos sociales, o lo que es lo mismo, ¿son los Estatutos fuente normativa de derechos sociales o más bien es la ley la que crea tales derechos a partir de las directrices del Estatuto? En definitiva, ¿estamos ante una nueva categoría de derechos, los derechos estatutarios, o son realmente derechos de rango legal? La respuesta a esta pregunta exige responder a otra previa que está relacionada ¿pueden los estatutos incluir, como uno de sus contenidos, los derechos?

B. El debate sobre la licitud constitucional de los derechos estatutarios

Entre los argumentos que se han dado para cuestionar la presencia de derechos en los Estatutos, vamos a comentar en este apartado dos de los fundamentales. Primero, se ha objetado que no entra dentro de la reserva del Estatuto la creación de derechos, al menos en términos generales. La STC 247/2007 considera que entre los contenidos estatutarios «necesarios» no están los derechos, aunque puedan ser un contenido «posible» por conexión con otros contenidos constitucionalmente atribuidos al Estatuto. La misma sentencia (y en ello coinciden los votos particulares a la misma) reconoce la legitimidad de los derechos de participación y de los derechos lingüísticos. No así del resto de derechos, entre los que los sociales ocupan un lugar preferente, los cuales, para la sentencia citada, serían normas de principio o directivas, ya que no representan estrictamente un caso de atribución, sino de ejercicio de competencias, lo que va más allá de la reserva estatutaria [art. 147.2.d)]. En cambio, según ha entendido parte de la doctrina, dichos derechos estatutarios hallarían el punto de conexión en el art. 147.2.d), el cual asigna como contenido estatutario la atribución de competencias de las CC AA, además de justificarse su inserción en el Estatuto como efecto de la definición de éste como norma institucional básica de la comunidad autónoma, art. 147.1 CE²⁸⁰.

280. APARICIO y BARCELÓ, 2008, p. 18; CARRILLO, 2007, pp. 67 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

No se acaba de entender la diferencia de tratamiento que efectúa la STC de 2007 citada entre los dos tipos de derechos, políticos y lingüísticos por un lado y el resto por el otro. Si se acepta pacíficamente la conexión de los derechos participativos con el enunciado «delimitación, organización y sede de las instituciones autónomas propias» [art. 147.2.c) CE] además del art. 152 CE, así como la conexión entre derechos lingüísticos y el régimen de cooficialidad de las lenguas españolas distintas de la castellana (art. 3.2 CE), creemos que se puede sostener la legitimidad constitucional de los derechos y los principios rectores que van ligados a las competencias materiales asumidas por la Comunidad. La asunción de competencias se materializa en el Estatuto, en primera instancia, en el elenco de materias y funciones que corresponden a los poderes autonómicos, y en las bases para el traspaso de servicios. Esto último hace referencia a la condición para el ejercicio de las competencias. Un paso ulterior consiste en preguntarnos por qué el Estatuto no va a poder incluir como contenido (a nuestro juicio adicional y facultativo) las facultades subjetivas y los principios objetivos (normas reconocedoras de derechos, normas organizativas y procedimentales, etc.) que se derivan de las competencias asumidas. La conexión existe ciertamente a nuestro juicio.

Segundo, la consagración de verdaderos derechos en los Estatutos ha sido criticada por algunos autores para los que eso significa interponerse entre la Constitución, que como norma suprema le corresponde en exclusiva el reconocimiento de los derechos fundamentales, y la libertad de actuación del legislador ordinario en su concreción, de acuerdo con la lógica de mayorías y minorías, que vería cómo se sustrae de su ámbito de decisión algunas opciones, preestablecidas por el Estatuto. En este sentido, estaríamos ante una limitación del principio democrático²⁸¹ y ante una vulneración de la reserva de Constitución para los derechos fundamentales²⁸². Por tanto, el lugar idóneo para la concreción de los derechos constitucionales en el plano autonómico sería la ley y no el Estatuto.

Si los derechos fundamentales constitucionalizados son la expresión de un consenso político que trata de dejar fuera del debate político ordinario la discusión acerca de los mismos, y que obliga a los legisladores y demás poderes públicos a respetarlos y actuar conforme a ellos, también el estatuyente puede llegar a un consenso particular que persiga la fijación de un modelo social propio y específico o «subsistema» dentro del Estado social²⁸³,

281. FERRERES, 2005, p. 34.

282. Díez-PICAZO, 2006, p. 71.

283. APARICIO, JARIA, PISARELLO, 2008, p. 59.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

con vocación de continuidad y por encima de las coyunturas políticas, que vincule al legislador autonómico.

La interpretación que ha dado la STC 247/2007 de tales derechos estatutarios como normas directivas, aunque estrictamente se refieran al art. 17.1 del Estatuto de la Comunidad Valenciana en relación con los derechos del agua, trasciende este singular derecho y, como pone de relieve la STC 31/2010, sirve para ofrecer una doctrina jurisprudencial sobre los derechos estatutarios, de ahí su relevancia. El TC sostiene la constitucionalidad de las normas sobre derechos, pero devaluando el carácter de derecho subjetivo de los derechos presentes en el Estatuto, que reduce a directriz, a norma orientadora de la actuación de los poderes públicos²⁸⁴. La STC 31/2010 admite la posibilidad de que existan verdaderos derechos subjetivos en el Estatuto al tiempo que no vuelve a utilizar la distinción entre derechos de participación y lingüísticos, y el resto de derechos, con lo que se plantea la cuestión de si el Tribunal habría abierto la posibilidad de derechos estatutarios al margen de los participativos y lingüísticos. La doctrina discrepa sobre el mayor o menor alcance del cambio introducido²⁸⁵. Por nuestra parte, consideramos que de la lectura de la sentencia de 2010 no se pueden obtener conclusiones definitivas, para lo que habrá que esperar a futuros pronunciamientos del Alto Tribunal. Parece que el Tribunal introduce un cambio de matiz que no obstante no altera en lo sustancial la doctrina precedente²⁸⁶.

De la consideración del Estatuto como norma directiva en materia de derechos, y de la necesaria intervención de la ley autonómica para convertirlos en derechos subjetivos, se derivan al menos dos consecuencias que interesa traer a colación: por un lado se diluye la categoría de los derechos estatutarios, propiamente dicha. Entre los derechos constitucionales y los derechos legales, hay una norma, el Estatuto, que, de acuerdo con esa concepción jurisprudencial, se limita a realizar unas indicaciones al legislador en materia de derechos, y a orientar la actividad de los poderes públicos autonómicos; o lo que es lo mismo, vinculan pero no producen efectos de

284. Esta técnica, sin ser igual, recuerda a la empleada por la Corte Constitucional italiana en las sentencias nº 372, 378 y 379 de 2004 sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones sobre derechos en los nuevos estatutos regionales (concretamente se impugnó el de Toscana, Emilia Romagna y Umbria). En esas ocasiones, sin declarar su inconstitucionalidad ya fuese por razón competencial o sustantiva, la CC estimó que no eran verdaderas normas jurídicas, ni siquiera programáticas como había ocurrido en relación con normas de principio contenidas en los Estatutos de las regiones ordinarias de los años setenta, sino que tenían únicamente un valor cultural. Sobre las mismas me remito, entre la abundantísima doctrina que se ha ocupado del tema, a ROSSI, 2005, p. 227 ss.

285. Enfatiza el cambio jurisprudencial CABELLOS, 2010; y la continuidad EXPÓSITO, 2010.

286. CASTELLÀ, 2011.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

aplicabilidad directa. Ahora bien, dicho esto, no se puede pasar por alto que buena parte de los derechos estatutarios, tal y como están formulados, no pueden llevar a cabo todas las funciones jurídicas que corresponden a los derechos fundamentales, en la tradición constitucional: actuar como límites al poder y como normas habilitadores para los mismos. Pues bien, si la plena eficacia de los derechos queda diferida al momento de la intervención del legislador, los derechos no pueden actuar ya como límites a la actuación de los poderes públicos, y sólo habilitan para el ejercicio del poder. De este modo, la rigidez de la norma estatutaria pierde todo su efecto en relación con los derechos²⁸⁷.

Pero en nuestra opinión para responder correctamente la cuestión acerca de la licitud de los derechos estatutarios habría que distinguir entre el «ser» y el «poder ser». Es cierto, porque se ajusta a la descripción de la realidad de las cosas, que buena parte de los derechos estatutarios tal y como han sido regulados no tienen contenidos tangibles. Aunque los propios textos estatutarios incluyan un mandato de vinculación de los mismos a todos los poderes públicos autonómicos²⁸⁸, en no pocas ocasiones parece difícil hallar las facultades exigibles de los concretos enunciados. Ahora bien, esto no tiene por qué ser así ni lo es siempre²⁸⁹. En buena lógica nos parece que no hay razones teóricas para negar al Estatuto la capacidad de reconocer y establecer derechos subjetivos a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, dentro de los límites que se señalarán en los apartados siguientes. Y esto creemos que puede hacerlo el Estatuto, además del legislador autonómico ordinario, si se acredita la conexión con la materia de que se trate. Se trataría simplemente de incluir en los Estatutos contenidos de derechos capaces de ser exigidos ante los tribunales.

En conclusión, mientras el Tribunal Constitucional parece negar con carácter general que los Estatutos sean fuente de auténticos derechos socia-

287. CASTELLÀ, 2007, p. 741.

288. Así art. 8.2 EACV, art. 37.1 EAC, art. 13.2 EAIB, art. 38 EAAnd, art. 6.2 EAAr, y art. 17.1 EAEL.

289. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2008, pp. 11 y ss., clasifica en cuatro grupos los derechos estatutarios: 1) los que pueden ser exigidos directamente por los ciudadanos ante la jurisdicción ordinaria (el autor halla muy pocos realmente, como el derecho a la gratuidad de los libros de texto en el art. 21.5 EAAnd o el derecho a acceder de forma gratuita a servicios públicos de ocupación en el art. 25 EAC, o los derechos del ámbito sanitario en los arts. 22 EAAnd y 23 EAC, respectivamente); 2) los directamente exigibles en los que el Estatuto sólo garantiza un contenido mínimo; 3) los que no pueden ser exigidos ante la jurisdicción ordinaria pero los ciudadanos pueden demandar una reparación; y 4) los que por su naturaleza no son exigibles de ningún modo, entre los que cita el derecho a la vivienda y a la renta mínima de ciudadanía.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

les, nada obsta, a nuestro juicio, a la inclusión de verdaderos derechos sociales en los Estatutos, si bien tales derechos estatutarios, al situarse en el plano supralegislativo pero infraconstitucional, no pueden ser considerados como auténticos derechos fundamentales o constitucionales, aspecto este último sobre el que insiste la STC 31/2010²⁹⁰. A esa conclusión parecen llegar los propios textos estatutarios cuando afirman, como hace el artículo 37.4 del Estatuto catalán (2º inciso), y tras él los restantes aprobados hasta la fecha, que no cabe un desarrollo, aplicación o interpretación de los derechos estatutarios de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales y los derechos humanos. No es sino la consecuencia de la posición superior de la Constitución y de la exigencia de vinculación que deriva para el Estado de la ratificación de los tratados internacionales. En consecuencia, los derechos estatutarios no pueden contradecir los derechos constitucionales e internacionales (y tan contradicción sería la oposición directa como la reducción de derechos de libertad que forman parte de dichos documentos solemnes), pero pueden ir más allá de los mismos, creando nuevos derechos o ampliando las facultades y los titulares de dichos derechos. De este modo, los nuevos derechos estatutarios pasan a formar parte del «contenido adicional» del derecho fundamental correspondiente (como se estudiará en capítulos posteriores de esta obra). Ahora bien, en la Constitución se hallan también los límites al espacio de actuación (y de expansión) de los derechos estatutarios, tanto desde el punto de vista competencial como del sustantivo, como veremos en los apartados siguientes.

3.3. DERECHOS SOCIALES Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En la Constitución española no hay una competencia específica que atribuya, en bloque, los derechos sociales al Estado central (o a las CC AA), sino que éstos vinculan a todos los poderes públicos, centrales y territoriales, y todos ellos pueden ser sujetos pasivos de los derechos. Salvo un pronunciamiento muy temprano del TC según el cual los derechos fundamentales no se encuentran afectados «por la estructura federal, regional o autonómica del Estado» (STC 25/1981), la regulación de los derechos en general, y los sociales en particular²⁹¹, no ha quedado en realidad al margen del reparto

290. Por lo que no vulneraría la reserva de Constitución, como critica Díez-PICAZO, cit.

291. La regulación es llevada a cabo por las categorías normativas constitucionalmente previstas. El desarrollo de los derechos corresponde a la Ley orgánica (art. 81 CE) y la regulación del ejercicio a la ley ordinaria (art. 53.1 CE), sin predeterminar si se trata del legislador estatal o el autonómico. Ello dependerá del concreto orden competencial de que se trate.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

competencial entre el Estado y las CC AA. Así, las CC AA han incidido en las materias relacionadas con los derechos sociales en el marco de la distribución de competencias que fija el bloque de la constitucionalidad. Como ha reiterado el TC, el interés general y el interés territorial quedan determinados en el cuadro competencial prefigurado por la Constitución y concretado en los Estatutos de Autonomía. De entrada, podría sorprender, sobre todo cuando se sostiene la posición preferente o de garante del Estado central en la actuación del Estado social, que, en relación con los derechos sociales, la Constitución no reserva al Estado central la competencia exclusiva o compartida (en el sentido de legislación: el Estado/ejecución: las CC AA) sobre ninguna materia relacionada con los mismos (salvo el derecho laboral), a diferencia de lo que ocurre con algunas materias relacionadas con derechos de libertad, además de la nacionalidad, extranjería y el derecho de asilo (como es el caso de la competencia estatal en legislación penal, procesal, seguridad pública que incide sobre el contenido y límites al ejercicio de derechos constitucionales como la tutela judicial, la libertad y la seguridad).

A la luz del bloque de la constitucionalidad, y en relación con las materias relativas al Estado social, se ha empleado, por un lado, la categoría de competencia concurrente o compartida (en el sentido de bases: el Estado/desarrollo y ejecución: las CC AA) para lo que constituyen las columnas vertebrales del Estado social: educación, sanidad y Seguridad Social (arts. 149.1.30^a, 16^a y 17^a respectivamente), a las que se puede añadir, como derecho de la tercera generación, el medio ambiente. En estas materias las CC AA ven limitadas sus facultades por las normas básicas comunes para todos los territorios que se reserva el Estado²⁹². Mientras, otras materias que completan el Estado social, como es el caso de la asistencia social, cuya función es la actuación en relación con aspectos concretos de indigencia y marginalidad, han sido asumidas como competencias exclusivas de las CC AA en los Estatutos respectivos²⁹³. Como cláusula de cierre, la Constitución establece una competencia específica del Estado respecto a «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1^a CE), sobre cuyo objeto y alcance la doctrina ha polemizado ampliamente.

En la experiencia de estos años, ciertos autores constatan que el Estado central ha dado una interpretación expansiva de sus competencias que ha llevado: primero, a la reducción de la capacidad de las CC AA de dictar políticas propias, e incluso la práctica transformación en competencias mera-

292. PÉREZ VILLALOBOS, 2002, p. 180.

293. MAESTRO Y GARCÍA HERRERA, 1999, p. 68, quienes lo justifican por su papel secundario.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

mente ejecutivas o administrativas de ciertas competencias de desarrollo legislativo que ostentan las CC AA²⁹⁴. Segundo, a la incidencia del Estado sobre competencias exclusivas de las CC AA en asistencia social, lo que el TC ha justificado con base a criterios como el interés supracomunitario o la competencia en régimen local²⁹⁵. De ello es un buen ejemplo la atracción a la materia Seguridad Social de las pensiones asistenciales (de carácter no contributivo), en lugar de considerarla como parte de la competencia exclusiva en asistencia social. El TC rectificó esta tendencia en la STC 13/2007²⁹⁶. Ante la situación vivida hasta ahora, los nuevos Estatutos, sobre todo el catalán y el andaluz, han recurrido a una nueva y discutida técnica de asunción de competencias, de tipo más detallista, con la finalidad de «blindar» o asegurar el ejercicio de estas competencias propias frente a las intromisiones estatales²⁹⁷.

Mención aparte merece la incidencia del art. 149.1.1ª CE en el ámbito de los derechos sociales. No han faltado autores que han vinculado la alusión a la igualdad en el ejercicio de los derechos de la que habla el precepto a la igualdad sustancial, y por tanto han resaltado la función de dicha cláusula en la garantía del Estado social²⁹⁸, aunque la tendencia mayoritaria haya rechazado esta posición, a la vez que se ha juzgado dicho precepto como un resorte capital en manos del Estado central para garantizar la igualdad básica entre los españoles. Para la mayor parte de la doctrina este precepto es un verdadero título competencial autónomo, el cual se dirige a la regulación de las «condiciones básicas», lo que implica el «contenido primario» del derecho, esto es, las facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas y ciertos presupuestos previos (STC 61/1997), y no a otras funciones de tipo ejecutivo, si bien en la citada sentencia 247/2007 parece que se abre la puerta a que el Estado amplíe su campo de acción con el fin de restablecer la igualdad si la considera rota o en peligro. Por tanto, las condiciones básicas son alegables para evitar la «excesiva diversi-

294. ALBERTÍ, 2005, pp. 111 y ss.

295. Una crítica a este proceder en SÁENZ ROYO, 2003, p. 244.

296. El Estado incluso había defendido, con base a un autónomo «poder de gasto» (a imagen del derecho norteamericano), la asignación de subvenciones en ámbitos de competencia autonómica. Dicha concepción del poder de gasto al margen de la distribución de competencias fue declarada inconstitucional en la STC 13/1992, a la vez que acotaba severamente la subvención en el ámbito de las competencias autonómicas.

297. VIVER, 2006, pp. 97 y ss. La STC 31/2010, a través de la interpretación conforme, ha eliminado dicho blindaje, al considerar que la especificación de submaterias de competencia autonómica por parte del Estatuto catalán tiene un carácter «indicativo» que no vincula al Tribunal.

298. AJA, 1992, p. 40.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dad» de derechos que pudiera menoscabar la entidad sustancial del derecho²⁹⁹. Al mismo tiempo, buena parte de los autores considera que no es parangonable esta disposición con la técnica bases/desarrollo de las competencias concurrentes pues el carácter «básico» se predica de las condiciones de igualdad y no de las normas. Para la fijación de dichas «condiciones básicas» el Estado central goza de competencia exclusiva (STC 61/1997, FJ 7). Mientras el Estado no las haya dictado, las CC AA podrán entrar en el terreno de éstas, que deberán ser «desplazadas» cuando el Estado legisle.

Asimismo, la doctrina suele coincidir en que este título competencial abarca todos los derechos constitucionales, no sólo los del capítulo II del título I sino también los del capítulo III³⁰⁰. Esto último es importante a la hora de acotar el alcance del título sobre los derechos sociales. Es sabido como muchos de estos se hallan ubicados en el cap. III bajo la forma de principios rectores. La exclusión del radio de actuación del art. 149.1.1ª CE de tales principios, defendida por ciertos autores³⁰¹, es sostenida, por vez primera de forma clara, en la sentencia 247/2007, FJ 13, al circunscribir el ámbito de acción del art. 149.1.1ª CE a los «derechos constitucionales propiamente dichos» que identifica con los del cap. II CE. Esto produce como efecto una ampliación del margen de actuación de las CC AA en la determinación del espacio social propio, de modo que dicho precepto no operaría en relación con buena parte de los derechos sociales (salvo la educación, en relación con el cual, por cierto, no ha sido muy invocado por el legislador) de acuerdo con la lógica de competencia horizontal que se le ha atribuido reiteradamente. En el caso de los principios y derechos del cap. III, el Estado central debería circunscribir su actuación a las competencias materiales específicas del art. 149.1 CE (como sanidad, Seguridad Social). En cualquier caso, las condiciones de igualdad del art. 149.1.1ª CE así como el art. 81.1 CE son, en palabras del Alto Tribunal, «garantes de las posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles respecto de los derechos constitucionales» (STC 247/2007, FJ 14), por lo que no operan con relación a los derechos estatutarios que no sean reproducción de los constitucionales.

Un caso notorio donde se pone en evidencia las consecuencias de uno u otro entendimiento del alcance del art. 149.1.1ª CE lo constituye la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. La ley regula lo que se autocalifica como «cuarto pilar del sistema de bienestar» (Exposición de motivos), introduciendo tres niveles de protección por parte de todas las

299. Una crítica a esta posición en CABELLOS, 2008, p. 119.

300. CABELLOS, 2001, p. 224.

301. CRUZ VILLALÓN, 1993, p. 108; y PEMÁN, 1992, pp. 235 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

administraciones públicas, de la estatal a la local, en forma de derechos subjetivos para ciudadanos en situaciones de necesidad: el primero –mínimo y general para toda España– corresponde definirlo y garantizarlo financieramente al Estado central; el segundo (complementario), depende de la cooperación –voluntaria– entre el Estado y las CC AA a través de convenios; y el tercer nivel –adicional– de protección corresponde a las CC AA en exclusiva, en la medida que lo estimen oportuno. La ley ha suscitado una relevante controversia jurídica desde el punto de vista competencial. Las Cortes aprobaron esta ley con base *exclusivamente* (de lo que existen escasos precedentes) en la competencia del art. 149.1.1ª CE (DF 8ª), quedando al margen de la competencia en Seguridad Social. Lo cierto es que todas las CC AA tienen asumidas competencias exclusivas en asistencia o bienestar social. En la medida en que dicha ley desarrolla principios rectores del cap. III del tít. I CE relacionados con discapacitados y personas mayores (arts. 49 y 50 CE), se ha discutido sobre la legitimidad constitucional del Estado central para aprobar esta ley, y también para imponer a las CC AA obligaciones que trascienden lo normativo y alcanzan la organización de servicios³⁰². De la respuesta que se dé a estos interrogantes dependerá en buena medida la magnitud de la intervención estatal y de las CC AA en el desarrollo del «cuarto pilar» del Estado social. Al mismo tiempo la ley crea instrumentos de colaboración entre el Estado, las CC AA y también los entes locales para implementar los contenidos de la norma.

Además de los límites derivados de las competencias estatales para los derechos sociales de las CC AA, los Estatutos, a partir del paso por el Congreso de la propuesta de reforma catalana de 2006, han incorporado una cláusula que deja claro que los derechos y principios estatutarios no comportan una alteración del régimen de distribución de competencias ni la atribución de nuevos títulos o modificación de los existentes (así art. 37.4 EAC); cláusula inspirada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Ello supone que los derechos estatutarios sólo actuarán dentro del marco competencial asumido por parte de la Comunidad Autónoma y que sólo si existe la competencia material autonómica correspondiente podrán ser exigidos tales derechos³⁰³.

3.4. DERECHOS SOCIALES Y ENTES LOCALES

Aunque muchas veces el debate sobre la responsabilidad en la concre-

302. Éstas son críticas que formuló el Dictamen n° 279 de 2007, del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya. En contra también LASAGABASTER, 2007, pp. 129 y ss. Una justificación en MONTILLA, 2007.

303. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2008, p. 8.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción del Estado social parece que quede reducido a la controversia entre el Estado y las CC AA, no se pueden soslayar la relevancia que han asumido los entes locales en general, y, de forma particular, los municipios, en dicha tarea³⁰⁴. En efecto, la prestación de servicios sociales y de otros servicios públicos que están relacionados con la actuación del Estado social, tales como sanidad y educación, es encomendada a los municipios, en una parte más o menos relevante según el caso de que se trate. Así, las competencias de los municipios a la hora de aplicar el Estado social son claras a la luz de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local: competencia en prestación de servicios sociales [art. 25.2.k]; en gestión de la atención primaria de salud [art. 25.2.i)]; o en programación de la enseñanza así como en la creación y gestión de centros [art. 25.2.n)]. A esta situación normativa debe añadirse ahora lo dispuesto en las reformas estatutarias a partir de 2006. En el caso catalán, seguido de cerca por Andalucía, se incluye de forma novedosa un listado de competencias «propias» de los municipios, algunas de las cuales relativas a asuntos sociales como la ordenación y prestación de servicios básicos a la comunidad, y la regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de políticas de acogida de los inmigrantes [así, art. 84.2.c) y m) EAC].

En vista de este cuadro normativo, se puede concluir que los entes locales llevan a cabo políticas sociales a partir de las competencias que ostentan. Tales competencias son de ejercicio obligatorio y, aunque tienen una naturaleza preferentemente objetiva (normas de organización y procedimiento), en algún caso pueden ser interpretadas (*ex* arts. 44.1 o 47 CE, entre otros; *infra* IV 4.4.3) como reconocedoras de derechos subjetivos; recuérdese que desde antiguo el Tribunal Supremo, con el solo apoyo de la LBRL, garantiza el derecho subjetivo de los vecinos a los servicios públicos municipales. Nos hallamos ante competencias básicamente de tipo reglamentario y ejecutivo, pero al mismo tiempo emanadas de órganos de representación y gobierno con una legitimidad democrática directa. Esto permite relativizar la polémica doctrinal acerca del carácter político o administrativo de la autonomía municipal. De entrada, corresponde a los legisladores competentes, sea el estatal o el autonómico, atribuir las competencias a los entes locales, que no enumera la propia Constitución, a diferencia de la técnica seguida por el bloque

304. Aunque lo cierto es que si se compara España con otros estados descentralizados el porcentaje de PIB correspondiente al sector público que gestionan los entes locales es inferior a la media. En España se sitúa alrededor del 15 %, no habiendo sufrido una variación sustancial en treinta años de Estado democrático y autonómico. Así se reconoce en el *Libro Blanco para la reforma del Gobierno local* de 2005.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

de la constitucionalidad en relación con las CC AA. La salvaguarda del principio de autonomía municipal (art. 137 CE) significa que se debe garantizar la gestión de los intereses propios a los entes locales mediante la enumeración legal de sus competencias (art. 2.1 LBRL). De entre los entes locales, ocupa un lugar particular el municipio, por ser el ente más cercano a la vida de los ciudadanos, cuyo sistema institucional se sustenta sobre la base de la legitimación popular directa. De ahí la relevancia que tiene la participación ciudadana a la hora de adoptar las medidas y también de verificar su implementación. Los demás entes locales asisten y colaboran con los municipios en la realización de sus competencias. Para el desempeño correcto de sus funciones, el cumplimiento del principio de suficiencia financiera (art. 142 CE) es capital. Otro principio que juega un papel relevante a partir de la ley (y ahora también en el Estatuto catalán) es el de diferenciación, por el que los municipios, en función de la población que tengan, están obligados a prestar ciertos servicios (art. 26 LBRL, art. 84.3 EAC), que los vecinos pueden exigir jurídicamente.

El Pacto local que dio lugar a las «Medidas para el desarrollo del Gobierno local» (1998), así como el «Libro blanco para la reforma del Gobierno Local» (2005) han abogado, en lo que ahora interesa, por la ampliación de las competencias a los entes locales y su financiación, además de los cambios en el sistema institucional. Pero precisamente en los dos primeros aspectos citados los logros han sido más reducidos que en el último. Al pacto estatal debían seguir los «segundos pactos locales» en las distintas CC AA, cuya negociación ha resultado ser más laboriosa, en la medida que emerge la tensión entre las administraciones autonómicas y las locales acerca de la llamada «segunda descentralización» desde las competencias de las CC AA a los entes locales, a la que las primeras son reticentes³⁰⁵. Algunos Estatutos han introducido el principio de subsidiariedad, siguiendo los pasos de la Carta Europea de la Autonomía local, como guía que ha de inspirar las relaciones entre los diferentes entes territoriales y que trata de compaginar cercanía a los ciudadanos con eficacia en la prestación del correspondiente servicio.

3.5. DERECHOS SOCIALES E IGUALDAD TERRITORIAL

Los derechos fundamentales, y entre ellos los derechos sociales, son la base del «estatus jurídico unitario para todos los españoles», entendido éste no en sentido absoluto sino como «posiciones jurídicas fundamentales» (STC

305. GALÁN, 2005, pp. 22 y ss. La Ley de la Comunidad de Madrid 3/2003, la primera en concretar el Pacto local, es cauta al respecto, y opta por la transferencia del ejercicio en lugar de la titularidad de las competencias a los municipios.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

37/1981). De ahí que se haya abogado por una equiparación sustancial jurídica de todos los ciudadanos del Estado como exigencia de su propia condición de miembros de la misma comunidad política³⁰⁶. Pero el Estado social autonómico trata de conjugar la autonomía de los territorios con la igualdad entre los españoles. Por tanto, no sería constitucionalmente adecuada una lectura de la forma de Estado que impusiera una uniformidad en las regulaciones sobre derechos sociales, a manos del Estado central, o una homogeneidad de posiciones jurídicas subjetivas que relegara a las CC AA a meros entes de gestión administrativa. Así pues la asimetría de regímenes jurídicos y de posiciones jurídicas forma parte de las consecuencias derivadas del ejercicio de la autonomía³⁰⁷. Se ha mencionado ya, como límites derivados de la Constitución a esta posible heterogeneidad de situaciones, la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (cuyo desarrollo corresponde a la ley orgánica), la concreta distribución competencial entre el Estado y las CC AA en materias como educación, sanidad o Seguridad Social, y en particular el art. 149.1.1^a CE, como competencia que tiende a asegurar la igualdad en las «condiciones básicas» para el ejercicio de los derechos entre todos los españoles. Falta ver si el principio de igualdad del art. 139.1 CE puede asimismo operar como límite a la autonomía de las CC AA. Dicho precepto contiene presupuestos y límites pero no títulos competenciales, aclaró la STC 61/1997.

La prohibición de discriminaciones entre los ciudadanos de las diferentes CC AA ha sido interpretado por la doctrina a partir de DE OTTO³⁰⁸ no como la prohibición de regímenes jurídicos diferenciados entre CC AA sino como la obligación de trato igual a todos los habitantes de la misma, sin discriminación por razón de procedencia, esto es, igualdad de los españoles ante cada ordenamiento autonómico. Al mismo tiempo, la STC 76/1983 interpretó la disposición del art. 138.2 CE, por la que las diferencias entre los Estatutos no podrán implicar privilegios económicos y sociales, en el sentido indicado: no afecta a la relación entre CC AA sino a la de cada una con las personas titulares de derechos y obligaciones. En la práctica, ello no ha impedido que las CC AA introdujeran algunas condiciones para el pleno disfrute de las prestaciones establecidas sobre todo ligadas a la necesidad de empadronamiento o su vinculación a la residencia por un período determinado de tiempo, lo cual parece razonable. A parte también de mencionar las indiscutidas diferencias respecto a ciertas normas civiles, forales o especiales, o en

306. SOLOZÁBAL, 2004, p. 158.

307. SÁENZ ROYO, 2003, califica la diversidad de modelos sociales como «nuevas asimetrías», frente a las derivadas de hechos diferenciales.

308. DE OTTO, 1986, p. 155.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

el ejercicio de derechos políticos, para los que se exige, respectivamente, la vecindad civil o administrativa. Interpretada en el sentido citado, la cláusula del art. 139 CE no parece que sea operativa en la consecución de la igualdad entre los ciudadanos de las diferentes CC AA, pues se limita a actuar en el plano intracomunitario. Esta doctrina de la igualdad entre residentes y no residentes es asumida claramente por el Alto Tribunal en la sentencia 247/2007, FJ 14, si bien los votos particulares de los magistrados Conde y Rodríguez-Zapata reivindican una relectura del principio que opere también en el plano extracomunitario. Así pues, de acuerdo con la doctrina citada, cuya vigencia parece que se mantiene en el nuevo contexto en el que nos encontramos –con la inclusión de derechos sociales en los Estatutos–, hay que tener en cuenta tanto el respeto a la autonomía de las CC AA por un lado, como a las posiciones jurídicas fundamentales homogéneas derivadas de los derechos constitucionales por otro. Más allá de dichas posiciones fundamentales comunes sí cabría un espacio para la heterogeneidad o diversidad de derechos sociales entre CC AA. En cualquier caso, creemos que hay que desterrar, por inadecuada al Estado autonómico, la idea tan arraigada en determinados sectores ideológicos y jurídicos, de que el Estado central es el verdadero y último garante del Estado social, y asumir con naturalidad que las CC AA y los entes locales son piezas imprescindibles en la concreción del Estado social.

3.6. CONSIDERACIONES FINALES

Dentro del respeto a los límites descritos (derechos fundamentales comunes, orden competencial y condiciones básicas para la igualdad, principio de igualdad territorial), hemos visto cómo consideramos posible que los Estatutos incorporen derechos sociales en sus cartas de derechos. Se trata de la forma concreta de trasladar el Estado social a las CC AA, que en los últimos tiempos parece destacarse en España sobre otras posibles o sobre la llevada a cabo hasta entonces (por vía legislativa, sustancialmente). Pero el debate sobre el fortalecimiento de los derechos sociales en el ámbito autonómico debe tener en cuenta una última y breve reflexión acerca de los efectos de la diversidad entre CC AA en la garantía del Estado social en España. Que las CC AA puedan emprender políticas propias en derechos sociales tiende a producir dos efectos de distintos orden. Por una parte, fomenta la circulación de políticas entre los territorios, lo cual tiene que ver con el efecto de «laboratorio» de estas políticas y el «círculo virtuoso» que de ello se deriva: si funcionan bien, si son aceptadas por la población, generan una emulación por las demás CC AA³⁰⁹, y a través de esta técnica de ensayo-error se van

309. TUDELA y ESCOBAR, 2007, p. 60.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

perfeccionando dichas políticas públicas. Ello supone, a partir de la tradición americana que considera los Estados como «laboratorios de democracia» (juez Brandeis, 1932), la aplicación de técnicas de federalismo competitivo al desarrollo del Estado social. Pero al mismo tiempo, es posible que la puesta en marcha de estas políticas propias genere un «círculo vicioso»: los movimientos de personas entre CC AA a favor de las que ofrezcan mejores prestaciones, puede acabar con una disminución de prestaciones a los habitantes de una Comunidad Autónoma receptora de tantos beneficiarios de sus medidas. Esto nos llevaría necesariamente tanto a la cuestión del sistema de financiación autonómica y a la consecución de una mayor autonomía de gastos y de ingresos y a una mayor corresponsabilidad³¹⁰, como a la articulación de instrumentos de colaboración entre CC AA y de éstas con el Estado para la solución de este tipo de situaciones, cuestiones en las que no podemos entrar aquí.

4. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA*

4.1. EL MODELO ECONÓMICO DE LA CE

El modelo económico de la CE se extrae no sólo de la interpretación de las normas de estricto significado económico sino también del conjunto de la Constitución, entendida en su contexto y bajo la perspectiva prevalente de los principios de la misma (arts. 1.1 y 10.1): la Economía se subordina a la dignidad y al Estado social y democrático de Derecho y no al revés.

De entrada, la apuesta por la economía de mercado (o, lo que viene a ser lo mismo, por el capitalismo, entendido en sentido estricto, como propiedad privada de los medios de producción en el contexto de un orden económico pluricéntrico³¹¹) no admite dudas, pues resulta expresa (art. 38), y ello implica ya una configuración relativamente concreta de los DFSP, que al menos limita concepciones maximalistas, voluntaristas o utópicas de los mismos (*infra*, IV, 2), las cuales sin duda caben, pero más bien como parte de su contenido adicional (, IV, 4.2.4). No creemos que en nuestro país la efectividad de los DFSP requiera sustituir el capitalismo por otro modo de produc-

310. Con base al art. 158 CE y al art. 15 LOFCA, correspondería al Estado asegurar un contenido necesario de los derechos de prestación y un nivel mínimo de servicios en todo el territorio nacional, lo que no impide que las CC AA puedan ir más allá del mismo.

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

311. Así, GARCÍA PELAYO, 1979, pp. 39-41. Para más detalles, CIDONCHA, 2006, pp. 109 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

ción, pero aunque así fuera, esa opción resultaría prohibida por nuestro orden constitucional positivo³¹².

En apretada síntesis y centrándonos de momento en las normas de más directo contenido económico³¹³ encontramos, sin jerarquía entre ellas³¹⁴, tres tipos básicos:

- a) Habilitaciones a los poderes públicos para intervenir en la Economía. La fórmula verbal normalmente empleada («podrán») deja a las claras su componente voluntario. El elenco es amplio y bien permite una política económica socialdemócrata, incluso en sus versiones más radicales. Sería el caso, entre otros, de los artículos 128.2 (empresas públicas, reserva al sector público –exclusión del mercado– de recursos y servicios esenciales e intervención de empresas) o 131 (planificación).
- b) Mandatos de actuación de los poderes públicos. La diferencia con las normas anteriores es clara, por mucho que parte de la doctrina haya intentado difuminarla o devaluar su fuerza vinculante. Esta interpretación, nada inocente, se produce también en materia de derechos sociales, y a su crítica remitimos (*supra*, 1.2). Aquí no se trata de una posibilidad sino de una obligación, que en caso de incumplirse (total o parcial) conllevaría inconstitucionalidad por omisión. Por ejemplo, los poderes públicos *deben* garantizar la productividad (art. 38), subordinar la riqueza del país al interés general (art. 128.1) o atender a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos (art. 130.1). El capítulo III del título I está plagado de obligaciones (insistimos, no habilitaciones) de esta naturaleza; por citar el precepto de más claro y directo significado económico, el artículo 40.1 impone al Estado la distribución equitativa de la renta regional y personal, una política de estabilidad económica y una política de pleno empleo. Casi todos los derechos sociales (al menos los incluidos en el capítulo precitado) incluyen mandatos claros de actuación

312. En esta dirección, resulta acertada la crítica de HEINIG (2008, pp. 40-41) a la conocida propuesta de ABENDROTH, referida a la LFB pero plenamente aplicable a la CE.

313. Dejamos fuera de esta síntesis la Constitución económica territorial, parcialmente ya abordada *supra*, 3.1, y que en todo caso carece de relevancia significativa para el tema que ahora abordamos.

314. Un influyente sector doctrinal ha destacado la centralidad de las normas del tipo c) en nuestro modelo constitucional económico, por encima de las demás. Críticamente, MAESTRO BUELGA (2002, p. 153) y su principal valedor (ARIÑO ORTIZ, 1999, p. 136) consideran esta tesis como mayoritaria; pues bien, no lo creemos así, ni mucho menos: como se irá demostrando, si hay unas normas más importantes que otras en nuestra Constitución económica, éstas son los DFSP.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de indirecta relevancia económica, complementarios de su configuración como derechos subjetivos (*infra*, IV, 4.2.2).

- c) Límites a la actuación de los poderes públicos, procedentes sobre todo de la naturaleza defensiva (en parte) de determinados derechos fundamentales. Los tres que cuentan con un significado económico más claro son la propiedad privada (art. 33), la libertad profesional (art. 35.1) y la libertad de empresa (art. 38). Después volveremos sobre ellos.

De la visión de conjunto de las normas referidas, y a la vista también de la concreción que hemos defendido del principio del Estado social (*supra*, 2.4) y del catálogo de DFSP (*supra*, 1.2 e *infra*, IV, 1), se deriva que nuestro modelo constitucional económico, aunque relativamente abierto, no es, como a veces se apunta, neutral³¹⁵ sino determinado³¹⁶: la economía social de mercado (en el sentido fuerte de la expresión³¹⁷), esto es, respeto al libre juego de la oferta y la demanda, pero con una intervención dirigente del Estado, muchas veces potestativa pero a veces obligatoria³¹⁸. Como sabemos (*supra*, 2.4), el Estado social no es sólo un Estado de prestaciones y distribuidor (comprometido, en principio, con la universalidad de las prestaciones –*infra*, IV, 5.1.1–, superando la anterior concepción asistencialista –*supra*, 1, 3–) sino también un Estado manager, que toma las riendas del proceso económico, afirmación indiscutible, al menos desde KEYNES, y que sigue resultando válida³¹⁹, hoy más que nunca. El liberalismo económico extremo está constitucionalmente prohibido. Resulta claro que el Estado ha de intervenir (directa o indirectamente, y para ello los instrumentos son múltiples) de manera obligatoria, limitando el mercado (y a veces cerrando el mismo), al menos, cuando resulte necesario para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, esto es, el núcleo duro, ya a nivel conceptual, del Estado social y de los DFSP (*infra*, IV, 2). En resumen, el mercado debe limitarse pero no puede desaparecer en su esencia (garantía institucional).

315. Bien que normalmente con matizaciones; por todos, ALBERTÍ ROVIRA, 2004, pp. 124-128.

316. Correcta y tempranamente, entre otros muchos, DE JUAN ASENJO, 1984, p. 69 o GARRORENA MORALES, 1984, pp. 93-99.

317. Las definiciones varían y al final es cuestión de grados. Nos acogemos a la de PORRAS NADALES (2010, pp. 645-646), quien habla incluso de modelo intermedio entre la economía de mercado y la economía planificada.

318. GARCÍA PELAYO (1979, p. 41) fue todavía más lejos, al señalar que nuestro modelo es la economía dirigida (o controlada) de mercado, pero el desarrollo constitucional y la doctrina mayoritaria no parecen haber asumido esta tesis. Ahora bien, quizás sólo se trate de una cuestión nominal o de grados y entonces la posición de GARCÍA PELAYO no está tan lejos de la de PORRAS NADALES citada en la nota anterior.

319. Para más detalles, GARCÍA PELAYO, 1987, pp. 26 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

La entrada en juego del Derecho de la Unión Europea ha sido vista en ocasiones como una mutación de nuestro modelo constitucional económico³²⁰; por lo que aquí interesa, como una reducción de sus componentes sociales. La tesis, en todo caso, resulta discutible³²¹, pues no cabe minusvalorar, al menos sobre el papel, la perspectiva social de la Unión Europea, presente con claridad, entre otros lugares, en la CDF. Aquí la dogmática no puede plegarse ante lo inevitable, más si tenemos en cuenta que la CE es jerárquicamente superior al Derecho de la Unión. Más adelante volveremos con más detalle, al final de este mismo capítulo, sobre este problema crucial (*infra*, 6).

4.2. DERECHOS ECONÓMICOS INDIVIDUALES «VERSUS» DERECHOS SOCIALES

Como hemos señalado, la CE reconoce como derechos fundamentales la propiedad privada, la libertad profesional y la libertad de empresa³²². Se trata sin embargo de derechos (básicamente defensivos) que, como derechos fundamentales, tienen un alcance reducido desde su misma configuración constitucional³²³. Si nos tomamos en serio la idea originaria de los derechos fundamentales y atendemos a su fundamento (al final, el criterio decisivo para resolver los casos difíciles, *supra*, IV, 3.1), sintetizado en la idea de dignidad de la persona, nos percatamos de que no hay propiedad privada (insistimos, como derecho fundamental) de todos los bienes posibles ni libertad para desarrollar todas las actividades económicas imaginables, sino en la medida necesaria para el libre desarrollo de la personalidad³²⁴. Es indigno prohibir a una persona que ponga en marcha una empresa para su sustento y la realización de sus proyectos personales pero no es indigno prohibir, por

320. P. ej., ALBERTÍ ROVIRA, 2004, pp. 130 y ss.

321. *Vid.*, p. ej., la acertada síntesis de CANO CAMPOS (2009, pp. 17 y ss.), donde tras exponerse la evolución y estado actual de la intervención del Estado en la Economía acaba reconociéndose que nos hallamos ante un cambio de los instrumentos, no de los fines.

322. Así lo admite con claridad la doctrina actual, tras algunas vacilaciones anteriores: por todos, sobre la propiedad privada, REY MARTÍNEZ, 1994, pp. 196 y ss.; sobre la libertad de empresa, CIDONCHA, 2006, pp. 196 y ss. Sobre las consecuencias de esta configuración, ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 26-28.

323. LÓPEZ PINA (1996, p. 21) resume bien esta idea, que creemos ya mayoritaria en nuestra doctrina, cuando afirma: «La propiedad y la libertad empresarial no albergan ya expectativas subjetivas que sean fines en sí mismos».

324. La tesis aparece en cierto modo, para la propiedad privada, en REY MARTÍNEZ, 1994, pp. 146 y ss., y, para la libertad de empresa, en GARCÍA VITORIA, 2008, pp. 111 y ss. pero en ambos autores echamos de menos un desarrollo posterior de este punto de partida, desarrollo que hubiera debido conducir, a nuestro juicio, a una delimitación más estrecha del contenido de ambos derechos.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ejemplo, que se dedique a una actividad concreta³²⁵. Al respecto, en la CE encontramos dos datos clave que sustentan esta tesis: la función social de la propiedad delimita (no limita) su contenido (art. 33.2)³²⁶ y se permite el monopolio, es decir, la exclusión de determinados recursos y servicios del mercado (art. 128.2). Es decir, en muchos casos determinadas formas de propiedad o determinadas actividades económicas pueden quedar fuera del contenido, respectivamente, de los derechos fundamentales de propiedad privada y libertad de empresa, sin necesidad de someter tales exclusiones a la carga de la justificación de las intervenciones³²⁷. Se trata de una peculiaridad significativa de los derechos económicos individuales que nos aporta una primera idea sobre su posición en el sistema de los derechos fundamentales.

No hay en la CE, como más adelante precisaremos, una jerarquía entre derechos fundamentales. Ésta es una de las consecuencias más claras del principio, procedente del Derecho internacional, de la indivisibilidad³²⁸ (*supra*, IV, 4.3.2). En caso de conflicto entre derechos fundamentales la regla de solución ha de ser, por tanto, la ponderación³²⁹ (*supra*, IV, 6.1).

325. Como es sabido, FERRAJOLI defiende que la propiedad privada no es un derecho fundamental; entre nosotros, en una dirección sustancialmente similar, GARCÍA MARRIQUE, 2008, pp. 597 y ss. Como criticamos en su momento (ESCOBAR ROCA, 2000, pp. 524-525), la tesis podría ser válida desde la Filosofía política pero resulta incompatible, al menos sin matizaciones, con nuestro orden constitucional positivo e incluso con el Derecho internacional; para una perspectiva más amplia, bien encaminado nos parece PALOMBELLA, 2006, pp. 56 y ss. Sin embargo, hay un argumento que nos interesa y que nos lleva a una concepción reduccionista del contenido de la propiedad: por definición, no puede ser de todos (*supra*, 2.2.3) y cabe dudar de la existencia de un derecho fundamental sin titularidad universal (argumento, que por cierto, no vale, para los derechos sociales: *infra*, IV, 5.1.1).

326. P. ej., SSTC 37/1987, FJ 2 ó 80/1994, FJ 4.

327. En la práctica, sin embargo, la jurisprudencia, cada vez más influida aquí por el Derecho europeo (CEDH y Derecho de la Unión) viene a someter estas intervenciones a control, pero en términos mucho más laxos de lo que habitualmente sucede con el resto de los derechos fundamentales; *vid.*, al respecto, GARCÍA VITORIA, 2009, pp. 485 y ss. En síntesis, lo que puede quedar fuera del derecho es su contenido no esencial, como bien señalan, para la propiedad, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2009, p. 910) y, para la libertad de empresa, PAZ-ARES RODRÍGUEZ y ALFARO ÁGUILA-REAL (2009, pp. 991 y ss.).

328. Más claramente todavía, del principio de interdependencia, como se destaca en AUSÍN, 2008, pp. 92-94.

329. En esta dirección, el planteamiento de RÜFNER (2006, pp. 691-692) nos parece revelador, pues no en vano buena parte de la doctrina alemana, como veremos, sigue repitiendo el lugar común de la sustancial oposición entre derechos sociales y libertad. Ahora bien, si como apunta el autor (y éste es, evidentemente, nuestro planteamiento) los DFSP son formulados de manera relativamente precisa, el mecanismo de la ponderación opera sin dificultad y permite otorgar a todos los intereses enfrentados el peso que constitucionalmente les corresponde.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Es un lugar común aludir, sin demasiada reflexión, a la sustancial conflictividad (a veces incluso llega a hablarse de incompatibilidad, pero la tesis puede considerarse superada) entre derechos económicos individuales y derechos sociales. Si los primeros son delimitados, en su contenido, de forma correcta, los supuestos de colisión se reducen considerablemente. Sin embargo, está claro que tales supuestos existen, y así se demostrará, sobre todo, en el apartado correspondiente de los distintos capítulos de la parte II de esta obra. Conviene en este lugar hacer referencia a los criterios generales de solución de los dos supuestos más significativos de colisión.

La primera forma de colisión (mejor dicho, hipotética colisión, pues como veremos ésta no llega realmente a producirse) entre derechos económicos individuales y derechos sociales tiene lugar en la determinación (legislativa pero antes constitucional) del contenido de estos últimos. El primer bloque de supuestos viene constituido por las prestaciones que normalmente son suministradas por el mercado: el trabajo y la vivienda. Resultaría difícilmente compatible con nuestro modelo constitucional económico que el Estado dispusiera del monopolio de ambas prestaciones. Se considera indiscutible que la libertad de empresa comprende la posibilidad de que el empresario elija a sus trabajadores³³⁰. La vivienda, por su parte, es un sector económico muy importante, uno de los motores de la Economía nacional (al respecto, STC 152/1988), por lo que excluirla totalmente del mercado implicaría un cambio significativo en la forma actual de entender las relaciones económicas. En ambos casos, la función del Estado parece resultar inevitablemente subsidiaria: por ejemplo, favorecer la conservación del puesto de trabajo, fomentar el pleno empleo, ayudar económicamente a quien no lo tiene u otorgar viviendas de emergencia.

El segundo bloque de supuestos de esta primera forma de colisión (en el sentido amplio del término) viene constituido por las prestaciones asociadas más bien a la libertad profesional, con una importancia económica menor (el mercado no se resentiría si estos bienes quedaran excluidos del mismo). Aquí la solución es mucho más discutible y no resulta del todo descartable una solución alternativa. Los dos ejemplos más claros son la educación y la salud. A la vista del ordenamiento vigente se entiende que no puede prohibirse a los particulares que desarrollen actividades educativas o sanitarias. Lo primero está claro jurídicamente (art. 27.6 CE) pero no ha de tener de manera necesaria un componente económico (puede permitirse la creación de centros docentes pero prohibirse su afán de lucro³³¹). En cuanto

330. P. ej., STC 147/1986, FJ 4.

331. En contra parece sin embargo la STC 77/1985, FJ 13.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a lo segundo, es más discutible. La sanidad está en el mercado pero, forzando mucho la letra de la CE, podría quedar fuera de él y los profesionales también podrían ser «libres» trabajando bajo la estructura del Estado, del mismo modo que tienen libertad de cátedra (incluso más) los profesores de la enseñanza pública. En todo caso, la prohibición de actividades educativas y sanitarias privadas no está en discusión y por tanto no merece la pena detenernos en este punto. Sea como fuere, el problema principal que se plantea (de forma simplificada, la existencia de dos servicios sanitarios y educativos, uno para quien puede pagarlo y otro para los demás) tiene una buena solución, al menos en la letra de la ley, que es el servicio público (*infra*, IV, 5.2.3).

La segunda forma (en términos estrictos, la única) de colisión entre derechos económicos individuales y derechos sociales tiene lugar en la aplicación de la ley en los casos concretos. Aquí los segundos actúan normalmente como límite de los primeros, como una manifestación de su carácter objetivo³³² (*infra*, IV, 4.2.2). Pues bien, en estos casos la jurisprudencia utiliza, diciéndolo o no, el criterio de ponderación, pero la línea dominante es otorgar prevalencia a los derechos sociales. La tendencia es significativa, pues a vista de pájaro pone de manifiesto que normalmente los derechos sociales resultan más importantes, en la práctica, para la dignidad de la persona que los derechos económicos individuales. No es éste el momento de abordar el tema en toda su extensión (pues, como decíamos, será detallado en los capítulos correspondientes) sino tan sólo de dar breve noticia de esta tendencia, que creemos revela un planteamiento teórico de fondo que va consolidándose.

A nuestros efectos, la línea que describimos aparece sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como es sabido, los derechos sociales no figuran en el CEDH (aunque muchas veces se reconocen por conexión con otros) pero aparecen en múltiples ocasiones limitando a los derechos económicos individuales. El caso más claro es la vivienda. Por ejemplo, en la Sentencia *James y otros* contra el Reino Unido, de 21 de febrero de 1986 (sobre la ley de reforma de la enfiteusis, que limitaba las facultades de los propietarios de inmuebles), la vivienda (que, a diferencia de la salud pública, no figura en el CEDH) es considerada una necesidad primordial cuya satisfacción no puede abandonarse del todo al mercado; por ello, para el Tribunal, la política de vivienda, en tanto política social, es un interés general que puede limitar el derecho de propiedad. En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en

332. De ahí que en estos casos suela hablarse de protección indirecta de DFSP; p. ej., SCHEININ, 2001, pp. 38-40 o ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 224 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

la Sentencia *Mellacher y otros* contra Austria, de 19 de diciembre de 1989, sobre la reducción de precios de los alquileres. Otra Sentencia interesante sobre ponderación de derechos es *Vélosa Barreto* contra Portugal, de 21 de noviembre de 1995, en la cual el derecho a la vivienda (concretamente, el derecho a continuar con el arrendamiento) de unos limita la vida privada de otros (los propietarios, que convivían con los arrendatarios, lo que perjudicaba su intimidad).

En cuanto a nuestro Tribunal Constitucional, la escasa jurisprudencia disponible (recordemos que tanto los derechos sociales –salvo la educación– como los económicos individuales quedan fuera del objeto del amparo) camina en la misma dirección. Así, por continuar con el ejemplo del derecho a la vivienda, en las SSTC 106/1994 y 130/1994 (consecuencia ambas de la STC 89/1994) se considera que la prórroga legal del contrato de arrendamiento, obligatoria para el arrendador y potestativa para el arrendatario, resulta constitucional; si bien el planteamiento se realiza desde el derecho a la igualdad, en el fondo lo que nuestro Alto Tribunal afirma es que el derecho a la vivienda prevalece en estos casos sobre el derecho de propiedad. En esta misma línea, el mayor número de Sentencias se refieren al derecho al trabajo (entendido en sentido amplio, como derecho al trabajo digno, *supra*, VII), normalmente prevalente, en los casos concretos, sobre la libertad de empresa. De nuevo, el derecho al trabajo se protege de manera indirecta pero la tendencia jurisprudencial es clara³³³.

5. LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA*

«Estos *gastos sociales* –que en gran medida son expresión de los principios rectores de la política social y económica reconocidos y garantizados por la Constitución en el capítulo 3º del Título I– han venido a configurar una especie de "salario social", de una gran parte de los ciudadanos que le garantiza, en definitiva, el acceso a determinados bienes de la calidad de vida, y que el Estado se compromete a prestar y garantizar. Y la vía de conculcación de estos derechos sociales y económicos, más que directa, se producirá *indirectamente*, bien a través de la inaplicación de los preceptos constitucionales que los protegen, o bien –y esto es lo que ahora nos interesa subrayar– a través de la política presupuestaria de gasto público, convirtiéndolos en una mera declaración retórica de buenos propósitos. De ahí el sentido que adquiere la norma constitucional contenida en el art. 31.2 (principio de justa y equitativa distribución del gasto público)

333. P. ej., SSTC 20/1994, 20/2002, 213/2002, 126/2003 ó 192/2003. Para más detalles, CIDONCHA, 2006, pp. 266 y ss., donde se concluye afirmando la «posición preeminente» del derecho al trabajo sobre la libertad de empresa en la jurisprudencia constitucional.

* Por Manuel LUCAS DURÁN.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

como instrumento de tutela y garantía jurídica para los ciudadanos frente a toda la *actividad prestacional* de la Administración pública, que garantice a estos niveles de prestación concretos en bienes y servicios públicos en función de datos objetivamente comprobables» (RODRÍGUEZ BEREJO, 1983).

5.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Los derechos sociales, como derechos de prestación que esencialmente son, han de contar con la disponibilidad de los medios económicos para la satisfacción de las necesidades que se pretenden cubrir. Se trata de algo evidente, y no en vano el artículo 2.1 PIDESC recoge que «[c]ada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos»³³⁴. O, dicho en otras palabras: la ausencia de medios económicos podría conllevar, en gran parte, la negación del derecho social.

El objeto del presente apartado se centra en determinar las implicaciones presupuestarias de los derechos sociales de prestación, dado que su conculcación puede provenir precisamente de ausencias de dotaciones presupuestarias (o de dotaciones insuficientes), así como de ejecuciones presupuestarias que no tengan en cuenta criterios redistributivos o de solidaridad (incluida la interterritorial), como se verá en su momento. Nuestra perspectiva será la propia del Derecho financiero (lógicamente inserto en el marco constitucional), esto es, de los ingresos públicos (básicamente tributarios), de los presupuestos de los distintos entes territoriales y de los gastos públicos³³⁵; o dicho en otras palabras, nuestra investigación versa sobre las interconexiones entre los citados derechos sociales y las finanzas de los entes públicos que habrán de dotar de viabilidad económica a los mismos.

El primer paso para determinar las obligaciones de un determinado ente público en nuestro país (principalmente Estado, comunidad autónoma o ente local), ya sea en general o en el concreto ámbito de sus finanzas públi-

334. Ver comentarios al citado precepto en la observación general n° 3, realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales, con fecha 14 de diciembre de 1990: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CESCR+Observacion+general+3.Sp?OpenDocument) (consultado el 15 de febrero de 2010). Asimismo, nos remitimos a los comentarios que sobre el citado precepto realizan ALSTON y QUEEN, 1987, pp. 156 y ss., esp. pp. 164 y ss.

335. Sobre la diferencia entre la institución jurídica del presupuesto y el gasto público, *vid.* BAYONA DE PEROGORDO, 1982, pp. 28-30.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

cas, viene determinado por la exigibilidad de los derechos invocados de modo que, en su caso, obliguen jurídicamente a tales entes a actuar. En principio cabría decir que todo derecho (por definición) ha de resultar exigible porque así lo prescribe la estructura de la norma jurídica en la que el mismo se inscribe, sin que para ello el artículo 53.3 CE imponga, como ya sabemos (*supra* 1.2), un obstáculo insalvable. Cabe señalar, por lo que aquí interesa, que los DFSP imponen, al menos en su contenido mínimo (*infra*, V, 3.7.2), una limitación al poder legislativo, como no podía ser de otra manera habida cuenta del rango constitucional que ostentan³³⁶, y que dicho contenido mínimo importará sustancialmente en el ámbito presupuestario y de los gastos públicos, en la medida en que pueda concretarse en una determinada cuantía económica. Asimismo, existe la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional para alegar su incumplimiento y, puesto que respecto de los derechos sociales (salvo la educación) no cabe recurso de amparo (a no ser que pudieran reconducirse a alguno de los derechos contemplados en los arts. 14 a 30 CE, *infra* V, 3.7.2)³³⁷, la garantía de los derechos en la jurisdicción constitucional quedaría únicamente asegurada por una posible interposición de recurso de inconstitucionalidad, que como es sabido sólo pueden llevar a cabo determinadas instituciones. Fuera de esto, resultaría vedada su invocación a toda persona natural o jurídica que alegue un interés legítimo, lo cual constituye una limitación procesal importante. Es más, en el particular ámbito financiero, y puesto que los presupuestos de las entidades locales se aprueban con normas que no ostentan rango de ley (y por tanto, impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo), el recurso contra dichos actos normativos con fundamento en los derechos sociales citados podría entenderse vedado³³⁸.

336. En el mismo sentido, y desde una perspectiva teórica sobre los derechos sociales, *vid.* ALEXY, 1993, p. 494.

337. P. ej., en la medida en que el derecho a la vida, contenido en el art. 15 CE, pudiera acoger en su seno el derecho a prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad (art. 41 CE).

338. Sin perjuicio de la reclamación administrativa que, a tenor del art. 171 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, pueden interponer «Los habitantes en el territorio de la respectiva entidad local [...]». Los que resulten directamente afectados, aunque no habiten en el territorio de la entidad local [...]. Los colegios oficiales, cámaras oficiales, sindicatos, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por intereses profesionales o económicos y vecinales, cuando actúen en defensa de los que les son propios» por, entre otros motivos, «omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo». Entiendo que las «obligaciones exigibles» aludidas por el citado no se circunscriben exclusivamente a aquellas a las que se refiere el art. 26 LBRL (donde, por cierto, se contiene la obligación de prestar servicios sociales para los municipios de más de 20.000 habi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Aunque se interpretara el artículo 53.3 CE en su sentido más restringido (que no es, como sabemos, el defendido en esta obra, *supra* 1.2), impidiendo el acceso a la jurisdicción ordinaria para reclamar el cumplimiento de determinados derechos sociales (los del capítulo III del título I CE), la doctrina del Derecho financiero en nuestro país ha entendido que, en ámbitos presupuestarios, la alegación de los derechos sociales de prestación puede realizarse por medio del artículo 31.2 CE. Dicho precepto recoge que «[e]l gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía», y se ha entendido como la vía de recepción de la cláusula del Estado Social en lo referido a los presupuestos de los entes públicos y, particularmente, de los citados derechos sociales de prestación³³⁹. Sin perjuicio de un análisis más detallado, que acometeremos inmediatamente, es preciso indicar en este momento (y en relación con la garantía jurídica de los derechos que ahora se examinan) que al no venir contenido el citado artículo 31 CE en el capítulo III del título I, no se veta el acceso a la jurisdicción ordinaria para alegar sus contenidos, con lo que se evitaría la restricción que el tan citado artículo 53.3 CE impone, a juicio de la doctrina que no compartimos, en cuanto al acceso a los jueces y tribunales para reclamar la plasmación de tales derechos en los presupuestos de los distintos entes públicos o en su ejecución presupuestaria.

Por último, es preciso atender a una reflexión que ha venido acompañando todo intento de aproximación a los derechos sociales de prestación desde el Derecho presupuestario y de los gastos públicos. Así resulta común la crítica (en contra de la exigibilidad de los citados derechos) de que los mismos, interpretados por el Poder Judicial o Tribunal Constitucional, podrían comprometer la función financiera del ente público, atribuida constitucionalmente (Estado y Comunidades Autónomas) al ejecutivo y legislativo, instando una suerte de desequilibrio constitucional y con grave peligro para las finanzas públicas. Al respecto resulta oportuno acudir a las palabras de ALEX, quien sobre este particular se ha expresado en los siguientes términos:

tantes, sin perjuicio de las competencias de las provincias y CC AA en este ámbito), sino también a las que obligan los derechos sociales de prestación o, como se verá seguidamente, el art. 31.2 CE.

339. BASSOLS COMA (1988, p. 101) ha señalado, refiriéndose a los principios rectores de la política social y económica contenidos en nuestra Constitución, que «[s]erá precisamente en los ámbitos presupuestarios y planificadores –pues ambos por exigencia constitucional deben tener rango de Ley formal– donde periódicamente podrán hacerse valer como directrices vinculantes o pretensiones jurídicas», con posteriores alusiones al art. 31.2 citado. *Vid.*, al respecto, asimismo, RODRÍGUEZ BEREJO, 1983, pp. 83 y ss.; ESCRIBANO LÓPEZ, 1981, pp. 330 y ss., así como ZORNOZA PÉREZ, 1988, pp. 44 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

«los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal [alemán], en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación, a fin de eliminar una desigualdad de tratamiento y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al Estado a facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionadamente larga. Todos los derechos fundamentales limitan las competencias del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para éste y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos»³⁴⁰.

Sobre este particular volveremos en los epígrafes que siguen con mención de algunos casos en los que los tribunales (sustancialmente constitucionales) han obligado a la modificación de leyes financieras y, por ende, al replanteamiento de la política económica de un determinado estado.

5.2. LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES DE JUSTICIA EN EL DERECHO FINANCIERO ESPAÑOL

La Constitución Española recoge lo que la doctrina ha considerado principios de justicia material en el ingreso (art. 31.1) y en el gasto público (31.2), que junto con el principio de reserva de Ley contemplado en los arts. 31.3 y 133 CE (justicia formal) vendrían a conformar los pilares básicos de la configuración constitucional del ordenamiento financiero público español.

Como ha señalado entre otros MARTÍN QUERALT³⁴¹, los principios de justicia formal y material en el ingreso público (básicamente tributario) vienen inspirados en las ideas liberales que pretenden una injerencia mínima del Estado en el patrimonio individual, y por ello mismo son los que primeramente se desarrollan en el ámbito de las constituciones de finales del siglo XVIII y decimonónicos. En ese momento histórico, los principios de justicia en el gasto público no se planteaban aún porque se consideraba una actividad meramente política, extramuros de cualquier consideración jurídica sobre la oportunidad de la programación del gasto o de su ejecución.

Sin embargo, con el advenimiento del Estado social, se incrementan las

340. ALEX, 1993, p. 495.

341. MARTÍN QUERALT, 1979, pp. 102 y ss.

preocupaciones por la vertiente del gasto público, en la medida que –con un desarrollo científico mayor– se plantea la actividad financiera del Estado como un todo en el que se incluyen sus dos vertientes (de ingreso y gasto), siendo así que los postulados de justicia se empiezan a predicar de la actividad financiera en su conjunto, en cuanto que una de las finalidades de la misma es la distribución más justa de la renta y de la riqueza (art. 131.1 CE). Y es entonces cuando los sectores científicos denuncian que la inexistencia de un principio de justicia material en el gasto público puede conllevar el incumplimiento de los postulados de redistribución (personal y territorial) que, como acaba de comentarse, tiene encomendada la función financiera del Estado y también otros entes territoriales³⁴².

Y coincidió que en el tiempo de aquellos debates doctrinales tan apasionados se estaba discutiendo el proyecto de Constitución que se promulgaría en 1978. Por esta razón, se incluyó un segundo apartado en el artículo 31 del texto constitucional que se estaba elaborando, en el cual se constitucionaliza la justicia en el gasto público con un precepto que no tiene parangón en el Derecho comparado y que será analizado en breve.

En consecuencia, nos referiremos a continuación a tres cuestiones relevantes en lo que respecta a los derechos sociales y sus implicaciones presupuestarias, cuales son: los principios de justicia en los ingresos tributarios a tenor del artículo 31.1 CE, los principios de justicia en el gasto público a tenor del artículo 31.2 CE y una mención particular al principio de solidaridad interterritorial como desarrollo del principio de justicia en el gasto público.

5.2.1. El artículo 31.1 CE y los principios de justicia en los ingresos tributarios

Como es conocido, el artículo 31.1 CE establece una serie de principios

342. RODRÍGUEZ BEREJO, 1978, p. 353; CORTÉS DOMÍNGUEZ y MARTÍN DELGADO, 1977, p. 93, escribieron al respecto: «el Estado gastaba y los súbditos contribuían a ese gasto "en proporción a sus haberes". Pero ahora los hacendistas se han dado cuenta de que, en realidad, la operación es más compleja. Saben que las consecuencias económicas que se derivan de la realización de aquel mecanismo, en apariencia simple, son muy importantes para la marcha de la economía, para el crecimiento y la distribución de la renta nacional. Y, sobre todo, han comprendido el poderoso motor que tienen en sus manos, y que, de lo contrario, exigirían cambios radicales en las estructuras políticas, económicas y sociales para que pudieran ser efectivas. En definitiva, la entrada del Estado en la vida económica, como principal protagonista, significa para el jurista una atención no sólo a la justicia de los tributos, sino también a la justicia en el gasto. En efecto, aun realizada la justicia tributaria en el momento de la obtención de los ingresos, fácilmente el gasto puede desequilibrar la balanza tan cuidadosamente nivelada. Por ello, SAINZ DE BUJANDA, con razón, dice que la justicia también ha de regir en el momento del gasto. En verdad, la justicia tributaria no tiene ningún sentido si no está asegurada la justicia financiera».

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

que deben informar la exacción de tributos para subvenir los gastos públicos, y particularmente prescribe que «[t]odos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio»³⁴³.

En lo que se refiere a este trabajo, dedicado principalmente a las condiciones presupuestarias que permitirán una prestación efectiva de los derechos sociales, poco debe decirse en relación con tales principios, excepto en lo que respecta a dos aspectos que se señalan a continuación:

En primer lugar, si para la realización de los derechos sociales de prestación el Estado debe necesariamente imponer tributos a los ciudadanos, a fin de obtener financiación para invertir en gastos sociales destinados en gran parte a las clases más desfavorecidas, lo cierto es que resultaría ilógico desde los más sencillos postulados de Justicia detraer tales recursos económicos de las personas desfavorecidas antes mencionadas, toda vez que éstas no pueden siquiera hacer frente por sí mismas a las necesidades vitales más perentorias. Por ello, la doctrina ha interpretado con razón que el principio de capacidad económica contenido en el artículo 31.1 CE conlleva la necesidad de declarar un mínimo vital a partir del cual tales personas físicas podrán ser gravadas con los tributos personales y directos, y principalmente en el ámbito del IRPF, pues lo contrario iría en contra del principio de capacidad económica³⁴⁴. La

343. Un tratamiento científico de tales principios puede encontrarse, entre otros, en RODRÍGUEZ BEREJO, 1992, pp. 9 y ss., y 1998, pp. 593 y ss.; CALVO ORTEGA, 2009, pp. 53 y ss. o MARTÍN QUERALT, LOZANO SERRANO, TEJERIZO LÓPEZ y CASADO OLLERO, G., 2009, pp. 95 y ss.

344. Sobre este particular, *vid.* CALVO ORTEGA, 2009, pp. 57-58, así como MARÍN-BARNUEVO FABO, 1996. Actualmente el mínimo personal en el IRPF está fijado en 5.151 euros (art. 57 Ley 35/2006) que puede ser incrementado en caso de edad superior a 65 ó 75 años (en 918 euros o 1.122 euros respectivamente) en el caso de discapacidad del contribuyente en 2.316 ó 7.038 euros, en función del grado de discapacidad que se tenga, más otros 2.316 euros adicionales en concepto de gastos de asistencia cuando acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida (art. 60 Ley 35/2006). En el caso de familias monoparentales se establecen reducciones adicionales de 2.150 euros anuales (art. 84 Ley 35/2006). Dicho mínimo personal se incrementará cuantías adicionales por mínimo familiar, cuando el contribuyente tenga descendientes o ascendientes a su cargo (arts. 58 y 59 Ley 35/2006). Con todo, el mínimo personal marcado por el legislador podrían entenderse netamente insuficiente, dado que una persona sin vínculo matrimonial y sin personas a su cargo difícilmente podrá financiar alojamiento, comida, vestido y desplazamientos por 5.151 euros al año, si bien teniendo en cuenta la reducción prevista para rentas de trabajo contenida en el art. 20 de la Ley 35/2006, las cuantías a partir de las cuales debe contribuirse al Erario Público podrían considerarse mayores; y todo ello sin tomar en consideración el límite de 22.000 euros anuales previsto en el art. 96 de la misma norma, pues el hecho de no tener que presentar autoliquidación por IRPF

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuantificación de este mínimo vital (sobre el que volveremos en el epígrafe siguiente) planteará normalmente dificultades y deberá atender a factores diversos, pero en todo caso debe entenderse por tal una cantidad de dinero suficiente para subvenir las necesidades más perentorias de toda persona física (básicamente comida, vestido y vivienda)³⁴⁵.

En segundo lugar, deben entenderse justificados los beneficios fiscales en los distintos tributos que hagan efectivos los derechos sociales de prestación que venimos aludiendo a largo de todo este trabajo. Ello es así por una razón sencilla: a los efectos económicos de inversión en gasto social, resulta equivalente una subvención (ingreso fiscal en una economía privada) que algún tipo de beneficio fiscal en los distintos impuestos (menor gasto fiscal de referida economía privada). Es más, en algunos casos es incluso preferible una deducción tributaria que una subvención, en la medida en que tales subvenciones (salvo que se instrumente la oportuna exención) tributarían en el IRPF como renta. Así, por poner algunos ejemplos, pueden citarse la deducción por adquisición de vivienda habitual y por alquiler en el IRPF (art. 68 Ley 35/2006) –en relación con el derecho a una vivienda digna–, deducciones por creación de empleo para trabajadores con discapacidad en el Impuesto sobre Sociedades (art. 41 del Real Decreto Legislativo 4/2004) –protección a personas con discapacidad–, etc. En este sentido, resulta preciso que los referidos beneficios fiscales no sean discriminatorios en cuanto que ello iría en contra del principio de igualdad recogido en el propio artículo 31.1 CE (y con carácter más genérico, en el art. 14 CE cuando las discriminaciones tengan carácter subjetivo) y, además, no cumpliría el objetivo (derecho social de prestación) que está llamado a satisfacer³⁴⁶.

5.2.2. El artículo 31.2 CE y los principios de justicia en el gasto público

El artículo 31.2 CE, como ya se ha indicado, establece que «[e]l gasto

no significa que no se haya contribuido ya vía retenciones giradas en los pagos percibidos.

345. Así parece derivarse del art. 11 del PIDESC, el cual establece lo siguiente: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia».

346. Ello ocurría en la legislación actual del IRPF en relación con la deducción por *inversión* en vivienda habitual, que beneficiaba fiscalmente a los propietarios (que al menos teóricamente tienen una capacidad económica mayor que quienes no pueden acceder a la propiedad de la vivienda) y sin embargo negaba el beneficio a todo aquel que pague un alquiler por su vivienda. Esta disfunción (que podría haber determinado la inconstitucionalidad de la deducción) fue corregida en primera instancia por algunas comunidades autónomas que fijaron deducciones autonómicas por alquiler de vivienda habitual y, finalmente, fue mitigada por la aprobación, mediante ley estatal, de una deducción por alquileres.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía». El precepto, que como hemos referido no tiene precedentes en el Derecho comparado, se incluyó en el texto constitucional en virtud de una enmienda presentada por el senador FUENTES QUINTANA en la Comisión Constitucional del Senado, después del debate doctrinal que se había generado en la doctrina del Derecho Financiero y particularmente por un trabajo de RODRÍGUEZ BEREJO, ya citado³⁴⁷. En efecto, antes de introducirse la citada enmienda, el artículo 31 sólo tenía 2 apartados (los actuales 1º y 3º), esto es, el principio de justicia material en el ingreso tributario y la reserva de Ley para las «prestaciones patrimoniales de carácter público», que resulta complementada por el tenor del artículo 133 CE³⁴⁸.

Pues bien, dejando a un lado a quienes entendieron que dicho precepto no tenía un contenido jurídico claro, por depender el gasto público de opcio-

347. RODRÍGUEZ BEREJO, 1978.

348. La enmienda, aprobada por unanimidad, fue defendida por el Prof. FUENTES QUINTANA con los siguientes argumentos que –en cuanto pueden ayudar a la interpretación de la norma– se reproducen resumidamente: «Se ha afirmado [...] que el conjunto de los impuestos vigentes en un país debe distribuirse con arreglo al principio de progresividad. Pero la Hacienda no solamente tiene la mano del impuesto para recaudar el conjunto de los fondos que necesita con objeto de satisfacer las necesidades públicas y atender a los gastos, sino la mano del gasto público que completa, como es lógico, la mano de la imposición. Constituye una incoherencia separar estas manos, ya que la Hacienda podría destruir con la mano del gasto público lo que ha construido y edificado con la mano del impuesto. [...] Lógicamente parece que si los principios de progresividad imperan en el campo del ingreso deben tener la misma traslación o aplicación en el campo correspondiente del gasto público, es decir, ingreso y gasto público deberían estar regidos por el mismo principio, y de aquí que la enmienda propuesta afirme que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos. Me importa puntualizar que esta asignación a la que el precepto obliga es una asignación que está construida de cara a los intereses individuales, porque el gasto público satisface necesidades de los individuos y, por tanto, cuando estamos defendiendo que el gasto público tenga esa asignación equitativa de los recursos públicos lo que, en definitiva, tratamos de posibilitar es que el ciudadano concreto tenga el derecho al acceso a un conjunto de suministros, de bienes públicos que ha conseguido o, mejor, que ha conseguido el Estado poder satisfacer gracias a la mano correspondiente de los ingresos. [...] Pero el gasto no solamente constituye en este sentido un derecho del ciudadano; mi derecho, en cuanto ciudadano, a los gastos públicos no es sólo a que prepondere la equidad en su distribución, sino también a que su programación, su presupuestación y su control tengan lugar con arreglo a principios de economicidad y eficiencia. La economicidad y eficiencia deben ser mandatos obligados para el gasto público y para el gasto privado y naturalmente son derechos de los individuos, porque en la medida en que el Estado despilfarra el contenido del conjunto en sus gastos públicos es evidente que lo que está haciendo es malbaratar el conjunto, no defender el conjunto de los derechos individuales y de los ciudadanos».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes básicamente políticas³⁴⁹, la generalidad de la doctrina acogió muy favorablemente dicha norma³⁵⁰, pues por mucho que el contenido de la misma podría haberse extraído doctrinalmente del artículo 1.1 de nuestra Carta Magna (Estado social), lo cierto es que la plasmación específica que realiza el citado artículo 31.2 CE pone las bases explícitas para la construcción de un derecho a la justicia en los gastos públicos.

Así pues, son básicamente dos postulados los que deberán estudiarse:

– Por un lado, la referencia a la «equitativa distribución de los recursos públicos». Se trata de un postulado de justicia que por su indefinición hace referencia a un contenido metajurídico que deberá determinarse doctrinalmente. Salvando –como se comentó más atrás– posiciones que hacen descansar la proposición anterior en postulados meramente políticos y fácticos, entiendo que debería apuntarse una justicia formal que atendiera básicamente a los siguientes puntos:

1) *Satisfacción de las necesidades mínimas* de la comunidad. En relación con los derechos sociales de prestación que venimos examinando, resulta obvio que el contenido esencial o mínimo deberá ser definido para cada derecho de acuerdo con la debida elaboración doctrinal, como se comentó más atrás, aunque en todo caso habrán de tenerse en cuenta los caracteres sin los cuales dichos derechos no resultarían reconocibles; pues bien, en el supuesto de que esos contenidos no se garantizaran en los presupuestos aprobados y, fundamentalmente, en la ejecución de los mismos, entonces se estaría conculcando el derecho a la equitativa distribución de los recursos públicos³⁵¹.

349. *Vid.* ALBIÑA GARCÍA-QUINTANA, 1983, p. 441.

350. Además de los ya citados, deben mencionarse los siguientes: BAYONA DE PEROGORDO, 1982 y 1991, así como ORÓN MORATAL, 1995. *Vid.*, asimismo, más recientemente, los comentarios al art. 31.2 CE de CAZORLA PRIETO y BLASCO DELGADO, 2001, pp. 739 y ss., así como el trabajo de RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA PÉREZ, 2004, pp. 641 y ss.

351. Así lo reconoce BAYONA DE PEROGORDO (1982, p. 32), al destacar que una de las exigencias de la asignación equitativa de los recursos públicos es «la de garantizar una satisfacción mínima de las necesidades públicas». Por su parte, también CAZORLA PRIETO y BLASCO DELGADO (2001, p. 745) indican: «Recordemos que el apartado 2 del artículo 31 está emplazado dentro de la sección 2, capítulo segundo, título I de la Constitución, consagrada a los "derechos y deberes de los ciudadanos". En la citada norma se impone una obligación a los poderes públicos, de la que se desprende un correlativo derecho de los ciudadanos. Esta afirmación se basa, además del emplazamiento formal de aquella y de su propia naturaleza, en la intención del legislador al respecto, que quedó bien plasmada en los *Diarios de Sesiones del Senado*» (como de hecho ya hemos reproducido más atrás). Finalmente, es preciso citar asimismo a RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA PÉREZ (2004, pp. 645-648), quienes indican: «creemos que el principio de equitativa distribución del gasto público contenido en el art. 31.2 de la Constitución española de 1978, sólo adquiere todo su sentido en conexión con el catálogo de derechos económicos y sociales consagrados en la misma, como ins-

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Pongamos como ejemplo uno de los derechos de mayor calado en relación con el tema que venimos desarrollando: el derecho a un mínimo vital. Dicho concepto ya ha sido utilizado anteriormente al hablar de la justicia en los ingresos tributarios y en cierto modo guarda una correspondencia con el mismo: por un lado resulta un postulado de justicia que quien no alcance la renta considerada como mínima para subsistir por sus propios medios (habida cuenta de un nivel determinado de prestación de servicios por parte del Estado –sanidad, etc.–) no deba contribuir para sostener las cargas públicas; pero por otro lado, si no se llegara a dicho nivel considerado de subsistencia independiente, el Estado debería transferir a dicho sujeto los medios necesarios (en forma de prestaciones o de recursos monetarios) para que el referido umbral sea superado³⁵².

Las dificultades provendrían de la forma en que la exigencia del mínimo vital podría exigirse, pues la exigencia a través del poder judicial de una prestación positiva a un ente público en el ámbito de los derechos sociales parece producir un vértigo insalvable habida cuenta de la necesidad de dotaciones presupuestarias. Esto lo han advertido, entre otros, VÍCTOR ABRAMOVICH y CHRISTIAN COURTIS al indicar: «debemos señalar otro obstáculo de índole cultural, que potencia algunos de los anteriores: la ausencia de tradición de exigencia de estos derechos –en especial en los casos de derechos que se

trumento de tutela y garantía jurídica para los ciudadanos frente a toda la actividad prestacional de los poderes públicos, *garantizando niveles mínimos de prestación de bienes y servicios públicos* y unas determinadas preferencias y prioridades; precisamente las que el texto constitucional define al recibir dicho catálogo de derechos [...] lo que entronca con el contenido esencial mínimo e indispensable de los derechos de prestación a que se refería la STC 16/1994» (cursivas nuestras, MLD).

352. En sentido similar, RUIZ ALMENDRAL y ZORNOZA PÉREZ (2004, p. 648) señalan: «ello supondría afirmar la existencia de una garantía constitucional de un mínimo existencial, conectado al reconocimiento de la dignidad de la persona, de un mínimo de servicios sociales y de atenciones; lo que no debe parecer excesivo si tenemos presente con STARCK, que, aunque el ámbito del mínimo existencial dependerá de los estándares económicos y financieros generales, la exigencia de ese mínimo existencial no constituye una pretensión desmesurada respecto del Presupuesto del Estado». En tiempos recientes, se ha venido desarrollando el concepto de *renta básica* como idea que en gran medida sustituiría el mínimo vital que ahora comentamos y que tendría básicamente el siguiente postulado: «La Renta Básica es un ingreso pagado por el Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro de pleno derecho o residente de la sociedad incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta, y sin importar con quien conviva». Vid. al respecto: <http://www.nodo50.org/redrentabasica/home.php> (consultada el 24 de febrero de 2010). En este sentido existen ayudas a nivel asistencial previstas en la normativa de Seguridad Social (v. gr., arts. 215 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

definen fundamentalmente por una prestación, como los derechos a la salud, educación, vivienda, entre otros— a través de mecanismos judiciales. Pese a la existencia de normas de jerarquía constitucional que consagran estos derechos, concepciones conservadoras acerca del papel institucional del Poder Judicial y de la separación de poderes, han provocado una escasa práctica de exigencia judicial de estos derechos, y un menosprecio de las normas que los instituyen»³⁵³.

Pues bien, a pesar de las inercias judiciales citadas, se conoce en el derecho comparado algún pronunciamiento referido precisamente a la protección jurisdiccional de los derechos sociales.

Así, Mariano G. MORELLI menciona y comenta una sentencia concreta que hizo historia en la región argentina del Paraná ya en el siglo XXI. Resume el autor referido la resolución judicial en los términos que siguen: «Tres niños morían de hambre. Sus padres, residentes en la ciudad de Paraná, habían intentado infructuosamente procurarles alimento, buscando

353. ABRAMOVICH y COURTIS (2005) señalan asimismo que «aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos, cabe resaltar el valor de una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos sociales. Las sentencias obtenidas pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, p. ej., a través de actividades de lobby o demanda político-partidaria. Como dice José Reinaldo de Lima Lopes, "el Poder Judicial, provocado adecuadamente, puede ser un poderoso instrumento de formación de políticas públicas. Ejemplo de eso es el caso de la Seguridad Social brasileña. Si no fuese por la actitud de los ciudadanos de reivindicar judicialmente y en masa sus intereses o derechos, estaríamos más o menos donde estuvimos siempre". No cabe duda de que la implementación de derechos sociales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que el Poder Judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos. Ahora bien, uno de los sentidos de la adopción de cláusulas constitucionales o de tratados que establecen derechos para las personas y obligaciones o compromisos para el Estado, consiste en la posibilidad de reclamo de cumplimiento de esos compromisos no como concesión graciosa, sino en tanto que programa de gobierno asumido tanto interna como internacionalmente. Parece evidente que, en este contexto, es importante establecer mecanismos de comunicación, debate y diálogo a través de los cuales se "recuerde" a los poderes públicos los compromisos asumidos, forzándolos a incorporar dentro de las prioridades de gobierno la toma de medidas destinadas a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos sociales. Resulta especialmente relevante a este respecto que sea el propio Poder Judicial el que "comunique" a los poderes políticos el incumplimiento de sus obligaciones en esta materia. Cuando el poder político no cumpla con las obligaciones frente a las que es "puesto en mora" por el Poder Judicial, se enfrentará a la correspondiente responsabilidad política que derive de su actuación morosa ante su propia población».

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

trabajo, mendigando ayuda y planes sociales. Inician, a través del Defensor de Menores, una acción de amparo contra el gobierno provincial para que los incluya en algún programa alimentario. El tribunal acogió la demanda y como medida cautelar resolvió ordenar la provisión de alimentos mínimos para el grupo familiar a través de un supermercado cuyo costo podría descontar de sus obligaciones impositivas frente a la provincia, si ésta no abonaba los alimentos dentro de un plazo preestablecido. Además ofició a la Cámara de la Construcción para que invite a las empresas a dar trabajo al padre de la familia»³⁵⁴.

Y en un sentido similar pueden mencionarse los casos de Hungría y Rusia, donde los respectivos tribunales constitucionales se pronunciaron en contra de leyes presupuestarias restrictivas, en momentos de crisis, por vulneración de los derechos sociales³⁵⁵. Y también cabe mencionar en este sentido la resolución del Tribunal Constitucional alemán de 9 de febrero de 2010³⁵⁶, en la que se declaró inconstitucional determinadas ayudas de asistencia social (*Arbeitslosenhilfe*) por insuficientes y contrarias a la cláusula de Estado Social.

En todo caso, en nuestro ordenamiento jurídico –como hemos tenido oportunidad de comentar más atrás– la garantía jurisdiccional de las necesidades esenciales que configuran los mínimos de los derechos sociales pueden garantizarse, al menos, a través del tantas veces mencionado 31.2 CE, por lo que podría declararse inconstitucional un determinado presupuesto público ya sea en los créditos autorizados o requeridos³⁵⁷, bien en su forma de ejecución, desprendiendo evidentes consecuencias en el ámbito presupuestario.

Lo anterior debe entenderse tanto en relación con los presupuestos del Estado como de sus divisiones territoriales, para lo cual habrá que estar a la normativa que prevé la impugnación de tales presupuestos en el ámbito subestatal, sobre todo cuando la norma de aprobación no haya sido la ley y quepa, por ende, recurso administrativo o judicial ordinario.

Así por ejemplo, en el ámbito local español (municipios y provincias), el artículo 170 del Real Decreto Legislativo 2/2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Haciendas Locales, prevé la posibilidad de reclamación administrativa por «omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo» antes de la aprobación definitiva de los presupuestos del ente local; y el artículo 171 del citado texto, por su

354. MORELLI, 2003/2004, p. 93.

355. SCHEPPELE, 2003-2004, pp. 1927 y ss.

356. BVerfG, 1 BvL 1/09, Absatz-Num. (1-220).

357. MENDONÇA, 2008, pp. 231 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

parte, prevé la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra los presupuestos. Pues bien, en ambos casos (recurso administrativo y judicial) podría alegarse la vulneración del tantas veces citado artículo 31.2 CE en cuanto que no se haya producido una asignación equitativa de los recursos públicos por no haberse contemplado en los presupuestos asignaciones económicas en relación con los derechos de prestación respecto de los cuales deba entenderse responsable o garante el ente local.

Ahora bien, partiendo de la exigibilidad de los derechos fundamentales de prestación en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que existe otra vía para lograr la aprobación de determinados créditos presupuestarios inicialmente no previstos en el plan económico del ente público. Si nos centramos en el ámbito español, el artículo 21.1 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, establece que «Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas»; y en el artículo 23.2 se recoge: «El cumplimiento de las resoluciones judiciales que determinen obligaciones a cargo de la Hacienda Pública estatal corresponderá al órgano administrativo que sea competente por razón de la materia, sin perjuicio de la posibilidad de instar, en su caso, otras modalidades de ejecución de acuerdo con la Constitución y las leyes»; y seguidamente en el párrafo 3 del mismo precepto se indica: «El órgano administrativo encargado del cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente, en la forma y con los límites del respectivo presupuesto. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial». En consecuencia cabría a los justiciables lograr el reconocimiento judicial de un derecho de prestación para, seguidamente, instar a los entes públicos obligados a prestarlos a modificar la ejecución de sus presupuestos en función de lo anteriormente indicado.

Del mismo modo, en el supuesto extremo citado más arriba por MORELLI, no cabría descartar la invocación de otros derechos (como el derecho a la vida) en cuyo caso por la ubicación constitucional del mismo quedaría en todo caso clara la exigibilidad judicial de una prestación por parte del ente público, lo que también conllevaría implicaciones presupuestarias³⁵⁸.

358. Así p. ej., en el ámbito estatal, el art. 21.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria recoge que las sentencias judiciales firmes son fuentes de obligaciones –como no podía ser de otro modo– para la Hacienda Pública estatal, lo que permitiría a su vez utilizar el mecanismo de la compensación como forma de extinción de la obligación tributaria (arts. 71 y ss. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria).

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

2) En segundo lugar, para realizar una equitativa distribución de los recursos públicos es preciso verificar la *ausencia de arbitrariedades y desviaciones de poder*. Dicho requisito también se considera de justicia formal en el sentido anteriormente indicado³⁵⁹. Una arbitrariedad contraria a los principios que informan el gasto público podría producirse, por ejemplo, cuando el ente público asignara un contrato de obra a un particular por su especial relación con quien realiza dicha asignación, pues de este modo se prescindiría del procedimiento reglado, así como de la debida publicidad y concurrencia, lo cual redundará contra los intereses de otras empresas y administrados. Pues bien, son muchos los ejemplos que podrían facilitarse, aunque el supuesto de la concesión de obras públicas citada podría relacionarse también con derechos sociales de prestación (*v. gr.*, construcción de viviendas sociales); en el fondo, toda arbitrariedad y desviación de poder en ámbitos presupuestarios, además de ser intrínsecamente ilegítima, acaba habitualmente encareciendo los bienes y servicios que de otra manera hubieran resultado posiblemente menos costosos o de mayor calidad.

3) Finalmente, para que se produzca una equitativa distribución de los recursos públicos debe verificarse asimismo el *principio de igualdad*. El citado principio puede examinarse desde una doble perspectiva: la *perspectiva horizontal* o de igualdad de trato en las mismas condiciones salvo que exista justificación suficiente (principio de no discriminación) y la perspectiva vertical o necesidad de un tratamiento diferenciado en cuanto que las circunstancias de partida sean distintas (diferente grado de capacidad económica, grado de marginalidad diverso, etc.).

Pues bien, en relación con la primera perspectiva citada, se impiden discriminaciones injustificadas ya sea entre distintos gastos públicos, ya sea en la ejecución de partidas presupuestarias³⁶⁰.

En relación con la segunda de las perspectivas examinadas del derecho de igualdad, existiría una suerte de principio de beneficiar con las prestaciones sociales a las personas con menores ingresos (sentido inverso al principio de capacidad económica aplicable a los tributos) o pertenecientes a un grupo

359. *Vid.* al respecto lo que señala BAYONA DE PEROGORDO, 1982, p. 32.

360. En particular, la OG 3 del Comité DESC, comenta el art. 2.1 PIDESC, establece al respecto lo siguiente: «aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas, que se analiza en una observación general aparte, que será examinada por el Comité en su sexto período de sesiones, consiste en que los Estados se "comprometen a garantizar" que los derechos pertinentes se ejercerán "sin discriminación..."».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

especialmente desfavorecido por motivos diversos (principio de igualdad efectiva, art. 9.2 CE). Asimismo, podría incluirse en esta perspectiva del principio de igualdad la solidaridad interterritorial concebida, en relación con los derechos sociales de prestación, como una necesidad de transferencia de fondos recaudados (normalmente a través de la figura del tributo) desde las comunidades autónomas más ricas a las más pobres para garantizar así un grado similar de prestación de servicios sociales. Sobre ello volveremos en el epígrafe siguiente.

– En otro orden de cosas, también es preciso aludir a los «criterios de eficiencia y economía», igualmente mencionados en el artículo 31.2 CE, que se refieren a un eficaz cumplimiento de los objetivos predeterminados por el presupuesto (necesidades públicas) con la optimización máxima de los recursos disponibles³⁶¹.

Con todo, y en relación con los principios citados en el artículo 31.2 CE, es preciso señalar que los mismos, aparte de tener una presencia y efectividad claras en el momento de aprobación de los presupuestos de los entes públicos, tendrán una presencia muy significativa en el instante de la ejecución presupuestaria. Ello facilita, además, la impugnación de ejecuciones concretas de determinadas partidas, lo que significa una vía adicional de protección de la equidad en la distribución del gasto público.

5.3. LA SOLIDARIDAD INTERTERRITORIAL

Una cuestión importante en el ámbito de los derechos sociales y su financiación es la solidaridad interterritorial. Ello es así porque el Estado español está conformado por territorios de distinta riqueza y ello, unido a los criterios de corresponsabilidad de las comunidades autónomas en lo que respecta a su financiación (en cuanto que recaudan parte de la riqueza tributaria que se genera en su territorio), podría conllevar que los derechos sociales tuvieran más vigencia –por estar mejor financiados– en unos territorios que en otros y, por ello mismo, establecer diferencias en la prestación de los referidos derechos en función de la riqueza del lugar donde hayan de ser ejercidos.

5.3.1. Solidaridad interterritorial y Constitución

Como no podía ser de otra forma, nuestra Constitución ha sido también sensible a esta cuestión y no son pocos los preceptos de la misma que hacen

361. *Vid.* al respecto los comentarios al art. 31.2 CE de CAZORLA PRIETO y BLASCO DELGADO, 2001, pp. 739 y ss. y BORGIA SORROSAL, 2004, pp. 41 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

referencia a una solidaridad interterritorial para evitar un indeseable escenario de desigualdades entre las diversas partes del Estado.

Así, el artículo 2 de nuestra Carta Magna garantiza, de forma genérica, «el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas», de manera que ya desde los primeros preceptos de nuestra Norma Suprema se percibe la tensión entre autonomía y solidaridad³⁶² de tal manera que la solidaridad no sólo constituye un límite a la autonomía financiera de las comunidades autónomas, sino que también requiere de un comportamiento positivo por parte de los poderes que deben garantizarla³⁶³. Asimismo, el artículo 40 del mismo texto legal, recoge que «[l]os poderes públicos promoverán las condiciones [...] para una distribución de la renta regional y personal más equitativa», y el artículo 131.1 CE explicita que «[e]l Estado, mediante Ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución».

Por otro lado, ya en el título VIII de la Constitución (referido a la organización territorial del Estado), recoge el artículo 138.1 que «[e]l Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular», y seguidamente el artículo 149.1.1ª fija como competencia exclusiva del Estado «[l]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», que puede entenderse referido –como pondremos de manifiesto más adelante– a los derechos sociales.

Finalmente, nuestro texto constitucional hace una serie de referencias a la financiación de las comunidades autónomas y el principio de solidaridad. Así, en primer lugar, el artículo 156.1 CE recuerda el tenor del artículo 2 CE, ya citado, al declarar que «[l]as Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles». Seguidamente, el artículo 157.1 de la Carta Magna señala, entre otros recursos financieros de las comunidades autónomas (dentro de los que cabe destacar los impuestos cedidos, sus propios tributos, los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de dere-

362. Vid. DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, 1998, pp. 9 y ss.

363. SÁNCHEZ SERRANO, 1997, pp. 320-321.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cho privado y el producto de las operaciones de crédito) las «[t]ransferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los presupuestos Generales del Estado». Y cerrando el capítulo de la financiación autonómica, debe destacarse un precepto fundamental para el tema que ahora desarrollamos, y que no es otro que el artículo 158 de nuestra norma suprema, el cual recoge lo siguiente: «1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español. 2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso».

Después de este recorrido por diversos preceptos de nuestra Constitución, resulta evidente que en la misma se presta una atención especial a la necesidad de un desarrollo económico armonizado de todas las comunidades autónomas, evitando en lo posible la existencia de desequilibrios territoriales, desde una perspectiva solidaria como garantía de una deseable paz social³⁶⁴. Se trata sin duda de una idea acertada que, por otra parte, es común en nuestro entorno socio-político³⁶⁵ y, sin ir más lejos, la propia Unión Europea prevé fondos para promover la cohesión entre los distintos territorios que la componen³⁶⁶.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el principio de solidaridad

-
364. Ha destacado GARCÍA ROCA (1997, p. 54) que «Un federalismo fundado en las desigualdades –fácticas y normativas– entre entes territoriales es previsible que tenga serios problemas de cohesión social y de gobernabilidad, pues cierto grado de asimetría o heterogeneidad puede llegar a generar privilegios o agravios e impedir alcanzar una deseable uniformidad sustancial de las condiciones de vida de los ciudadanos, lo cual constituye un objetivo irrenunciable de cualquier Estado con aspectos unitarios, por no decir que de cualquier Estado».
365. *Vid.* art. 227.2 de la Constitución portuguesa de 1976, a cuyo tenor «La autonomía de las regiones se propone la participación democrática de los ciudadanos, el desarrollo económico-social y la promoción y defensa de los intereses regionales, así como el refuerzo de la unidad nacional y de los lazos de solidaridad entre todos los portugueses». Asimismo, en el art. 2 de la Constitución italiana de 1947 se recoge que la República «exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social». *Vid.* GARCÍA ROCA, 1997, p. 75.
366. Así, los así llamados fondos estructurales, actualmente el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Cohesión. Pueden consultarse al respecto los siguientes trabajos: para una visión reciente aunque más histórica *vid.* MANCHA NAVARRO, 2001, pp. 13 y ss., y para una visión más actual, GARRIDO YSERTE y MANCHA NAVARRO, 2006, pp. 1 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

con un contenido básicamente financiero³⁶⁷, aunque no exclusivamente, como se puso de manifiesto en la STC 247/2007, que declaró que el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana no era contrario a la Constitución por reconocer «el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal»; particularmente, en el FJ 3 de la Sentencia citada, se recoge (con alusiones a sentencias anteriores del Alto Tribunal) ideas importantes sobre del principio de solidaridad que merece la pena en este momento reproducir, por cuanto que compendian en gran parte la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto. Así, ha declarado dicho Tribunal que: «el principio de solidaridad complementa e integra los principios de unidad y de autonomía (art. 2 CE), pues este Tribunal se ha referido con reiteración a la existencia de un "deber de auxilio recíproco" (STC 18/1982, FJ 14), "de recíproco apoyo y mutua lealtad" (STC 96/1986, FJ 3), "concreción, a su vez, del más amplio deber de fidelidad a la Constitución" (STC 11/1986, FJ 5). Y aunque, en los supuestos en que así ha tenido ocasión de hacerlo, lo haya identificado como regla a la que debe acomodarse el proceder entre autoridades estatales y autonómicas, igualmente está vigente y ha de ser atendido entre los poderes de las diversas Comunidades Autónomas, a las que, en efecto, el principio de solidaridad, que en el artículo 2 CE encuentra general formulación y en el artículo 138 de la misma se refleja como equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español y prohibición entre éstas de privilegios económicos o sociales, requiere que, en el ejercicio de sus competencias, se abstengan de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturban el interés general y tengan, por el contrario, en cuenta la comunidad de intereses que las vincula entre sí y que no puede resultar disgregada o menoscabada a consecuencia de una gestión insolidaria de los propios intereses. La autonomía (ha dicho la STC 4/1981) no se garantiza por la Constitución (como es obvio) para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o sobre intereses generales distintos de los de la propia entidad (FJ 10). El principio de solidaridad es su corolario (STC 25/1981, FJ 3)» (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 7). Importa insistir en que el art. 138 CE

367. Así en su STC 135/1992 expresa que «Su contenido más importante es el financiero y en tal aspecto parcial se le alude más adelante con carácter genérico (art. 156.1) y también con un talante instrumental, como fundamento del Fondo de Compensación, con la finalidad de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad (art. 158.2), cuya salvaguardia se encomienda al Estado, que ha de velar por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español, con particular atención a su componente insular (art. 138.1)» (FJ 7).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

hace garante al Estado de «la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el art. 2 de la Constitución, velando por un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español». Dicho principio, que también vincula a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias (art. 156.1 CE), trasciende la señalada perspectiva económica y financiera y se proyecta en las diferentes áreas de la actuación pública. En este sentido, hemos señalado que «la virtualidad propia del principio constitucional de solidaridad, que aspira a unos resultados globales para todo el territorio español, recuerda la técnica de los vasos comunicantes» (STC 109/2004, de 30 de junio, F. 3). En definitiva, el art. 138.1 CE, que incorpora el principio de solidaridad, «no puede ser reducid[o] al carácter de un precepto programático, o tan siquiera al de elemento interpretativo de las normas competenciales. Es, por el contrario, un precepto con peso y significados propios, que debe ser interpretado, eso sí, en coherencia con las normas competenciales que resultan de la Constitución y de los Estatutos» (STC 146/1992, de 16 de octubre, F. 1), toda vez que dicho principio ha de constituirse en la práctica en «un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades y regiones y la indisoluble unidad de la Nación española (art. 2)» (STC 135/1992, FJ 7).

Como es sabido, el artículo 2.2 LOFCA recoge que la autonomía financiera de las comunidades autónomas se ejercerá con arreglo al principio de solidaridad, señalándose expresamente que cada Comunidad Autónoma está obligada a velar por su propio equilibrio territorial y por la realización interna del principio de solidaridad, con lo que resulta claro que tanto el Estado como por las propias comunidades autónomas quedan obligados por tal principio, como por otra parte lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional³⁶⁸.

368. Además de en la STC 247/2007, así lo ha entendido el TC en su STC 150/1990, al expresar que «[e]s cierto que los principios de igualdad material y solidaridad que sancionan los arts. 2, 9.2, 40, 138.1 y 2 y 139 de la Constitución y concordantes de los Estatutos de Autonomía, y que reitera el art. 2 LOFCA, no suponen por sí mismos la atribución de competencia a las Comunidades Autónomas. Pero es asimismo evidente que tales principios vinculan a todos los poderes públicos, en el ejercicio de sus respectivas competencias, y no sólo al Estado, sin que pueda entenderse que se oponga a esta conclusión la mención que el art. 138.1 de la Constitución hace del Estado como garante del principio de solidaridad, ni la reserva al Estado de la competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª de la Constitución), o el expreso encargo de adoptar las medidas oportunas para conseguir el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español que el art. 2 LOFCA asigna asimismo al Estado. Una interpretación semejante chocaría con lo dispuesto en otros preceptos constitucionales, en los Estatutos de Autonomía y en el propio art. 2.2 LOFCA, que obliga expresamente a cada Comunidad Autónoma a velar por su propio equilibrio territo-

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Pues bien, una vez examinada la configuración constitucional del principio de solidaridad en lo que respecta a los distintos territorios que componen España, es preciso aludir a la forma en que tal principio se ha desarrollado y, particularmente –en lo que respecta al aspecto que aquí nos interesa– cuál es su repercusión en una prestación más o menos uniforme de los derechos sociales. Para ello acudiremos a la Ley Orgánica 8/1980 de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y las Leyes 22/2009 y 22/2002, complementarias de aquélla, y particularmente en lo que respecta a los fondos de compensación interterritorial y otros fondos. Nos referimos en el epígrafe siguiente a todas estas cuestiones.

5.3.2. Instrumentos vertebradores del principio de solidaridad: el Fondo de Suficiencia, la garantía de un nivel mínimo de prestación de servicios fundamentales y los Fondos de Compensación Interterritorial

Aunque, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, el principio de solidaridad no se agota con la instrumentación de fondos de compensación a las comunidades autónomas y territorios con menor renta y en la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales³⁶⁹, lo cierto es que suponen herramientas de la máxima importancia a la hora realizar el citado principio³⁷⁰.

El artículo 11 LOFCA recoge una serie de recursos tributarios configurados por el Estado y cuya recaudación se encuentra total o parcialmente cedida a las comunidades autónomas para su adecuada financiación y que constituirán la principal fuente de ingresos con las que hacer frente al gasto público (y particularmente al gasto público relacionado con derechos sociales).

Ahora bien, pudiera ocurrir que tales recursos no bastaran para financiar los gastos que tiene contraídos una determinada comunidad autónoma.

rial y por la realización interna del principio de solidaridad. En consecuencia, si bien las Comunidades Autónomas carecen de una competencia específica para desarrollar, con cualquier alcance, los principios constitucionales de solidaridad e igualdad material, sí pueden, e incluso deben, por mandato constitucional, estatutario y legal, atender a la realización de tales principios en el ejercicio de sus competencias propias» (FJ 11). Y en sentido similar, expresa la STC 331/1993, que «Cataluña no sólo tiene competencia exclusiva en materia de régimen local (sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18ª CE), sino que al igual que el resto de las Comunidades Autónomas está obligada a velar por su propio equilibrio territorial y por la realización interna del principio de solidaridad» (FJ 5).

369. GARCÍA ROCA, 1997, p. 78.

370. Vid. SÁNCHEZ SERRANO, 1997, p. 381; DOMÍNGUEZ ZORRERO y SÁNCHEZ PINO, 2003, pp. 153 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En tales casos, la Ley 21/2001 contemplaba un fondo de suficiencia [*vid.* art. 13 LOFCA y arts. 6.j), 15 y 16] entendido como mecanismo de cierre del sistema de financiación y que «se configura como una transferencia del Estado en la cuantía necesaria para subsanar, en su caso, la diferencia entre las necesidades de gastos de cada Comunidad Autónoma [...] y la suma de recursos provenientes de los tributos cedidos total o parcialmente, los tributos propios y el Fondo del "Programa de ahorro en incapacidad temporal"»³⁷¹.

Pero además de dicho fondo, y como ya se contempló más atrás, el artículo 158.1 CE prevé la posibilidad de que los Presupuestos Generales del Estado establezcan asignaciones a las comunidades autónomas para garantizar «un nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español». En dicho precepto quedan indefinidos dos conceptos: lo que debe entenderse por «servicios públicos fundamentales» y lo que significa «nivel mínimo». En lo que respecta al primer interrogante planteado, la doctrina puso de manifiesto que por «servicios públicos fundamentales» podría entenderse, aun reconociendo que puede resultar un poco descriptivo, «los que de algún modo afecten a los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos»³⁷². Probablemente, habida cuenta de la cláusula del Estado Social, podría extenderse la referencia a los derechos, obligaciones y principios rectores de la política social y económica contenidos en los capítulos II y III del título I del texto constitucional. Pues bien, ciñéndonos al Derecho positivo es preciso el artículo 15.1 LOFCA (en redacción anterior a su modificación por la Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas) definió dicho término entendiendo que «se considerarán servicios públicos fundamentales la educación y la sanidad» (nótese que el derecho a la salud, relacionado con los servicios de sanidad, viene contenido en el capítulo III del título II antes mencionado). Posiblemente se trataba de una definición un tanto restrictiva, pues aun reconociéndolos como dos de los servicios fundamentales de nuestro Estado, quedaban fuera otro tipo de derechos sociales de prestación que cada vez son más importantes relacionados con el derecho a la vivienda, o con la atención de sectores marginados y desfavorecidos, discapacitados y dependientes, sobre todo si se tiene en cuenta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, cuya financiación va a ser posiblemente uno de los caballos de batalla de los años venideros. En aras a conseguir una mejor igualdad real entre los españoles con independencia de su lugar de

371. *Vid.* DOMÍNGUEZ ZORRERO y SÁNCHEZ PINO, 2003, p. 159.

372. *Vid.* SÁNCHEZ SERRANO, 1997, p. 329.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

residencia, parece que la definición de «servicios públicos fundamentales» exigía una ampliación que ha venido de la mano de la Ley Orgánica 3/2009 y la Ley 22/2009, como veremos a continuación. En todo caso el fondo de compensación interterritorial –que seguidamente analizamos– también prevé transferencias para la realización de inversiones que tengan que ver con sanidad, vivienda, educación y algunos otros conceptos ya aludidos.

En otro orden de cosas, y en lo que respecta al «nivel mínimo» de los servicios antes citados, el artículo 15.3 LOFCA en su redacción anterior a la Ley Orgánica 3/2009 entendía que «[s]e considerará que no se llega a cubrir el nivel mínimo de prestación de los servicios públicos a los que hacen referencia los apartados anteriores, cuando su cobertura se desvíe, en la cuantía que disponga la ley del nivel medio de los mismos en el territorio nacional». Y por su parte el artículo 15.2 LOFCA (en la redacción anterior a la Ley Orgánica 3/2009) indicaba que «[c]uando una Comunidad Autónoma, con la utilización de los recursos financieros regulados en los artículos 11 y 13 de la presente Ley Orgánica, no llegara a cubrir el nivel mínimo de la prestación del conjunto de los servicios públicos fundamentales que haya asumido, se establecerá, a través de los Presupuestos Generales del Estado, previo el correspondiente estudio y con especificación de su destino, una asignación complementaria cuya finalidad será la de garantizar el nivel de dicha prestación en los términos que señala el artículo 158.1 de la Constitución», esto es, se igualaba «nivel mínimo» con «nivel medio», lo cual levantó alguna crítica doctrinal³⁷³; y seguidamente, el apartado 4 del mismo artículo recogía que «[s]i estas asignaciones en favor de las Comunidades Autónomas hubieren de reiterarse en un espacio de tiempo inferior a cinco años, el Gobierno propondrá, previa deliberación del Consejo de Política Fiscal y Financiera, a las Cortes Generales la corrección del Fondo de suficiencia establecido en el artículo 13 de la presente Ley Orgánica».

Pues bien, a partir del sistema de financiación aprobado en 2009 se configuran una serie de fondos que sirven a la solidaridad interterritorial pero que se dirigen no tanto a un intento de equilibrio entre las distintas partes del territorio español en lo que respecta a los gastos de inversión (cuestión a la que, como veremos posteriormente, se ocupan los Fondos de Compensación Interterritorial) sino en lo que corresponde a los gastos de financiación per cápita. Así, se crea un Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales (art. 15 LOFCA) que como hemos destacado responde al mandato del artículo 158.1 CE de cobertura de nivel mínimo de servicios

373. Argumentando en contra de esta equiparación, *vid.* SÁNCHEZ SERRANO, 1997, p. 330. Al respecto, nos remitimos a lo comentado con anterioridad sobre el contenido mínimo de los derechos sociales de prestación.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

fundamentales e incluye entre los mismos no sólo la educación y la sanidad sino también los «servicios sociales esenciales», entendiendo por tales los servicios públicos fundamentales de educación, sanidad y servicios sociales esenciales. Por ello, el actual artículo 15.1 LOFCA recoge en sentido similar a lo que ya hiciera la normativa anterior que «[s]e considerará que no se llega a cubrir el nivel de prestación de los servicios públicos al que hace referencia este apartado, cuando su cobertura se desvíe del nivel medio de los mismos en el territorio nacional» y, seguidamente en el apartado 2 del mismo artículo, se indica que «el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales tendrá por objeto garantizar que cada Comunidad recibe, en los términos fijados por la Ley, los mismos recursos por habitante, ajustados en función de sus necesidades diferenciales, para financiar los servicios públicos fundamentales, garantizando la cobertura del nivel mínimo de los servicios fundamentales en todo el territorio. *Participarán en la constitución del mismo las Comunidades Autónomas con un porcentaje de sus tributos cedidos, en términos normativos, y el Estado con su aportación, en los porcentajes y cuantías que marque la Ley*». En consecuencia, existiría un compromiso de solidaridad que vendría cubierto por aportaciones del Estado y de las comunidades autónomas con mayores recursos del régimen común (esto es, excluyendo las comunidades forales del País Vasco y Navarra)³⁷⁴. En este sentido, parece apreciarse un cierto déficit de solidaridad de las comunidades forales respecto del resto del territorios de régimen común en cuanto a la financiación de los servicios públicos fundamentales.

Asimismo, el actual artículo 13 LOFCA prevé un Fondo de Suficiencia Global, que «cubrirá la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía y la suma de su capacidad tributaria y la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales» que acaba de citarse³⁷⁵.

374. *Vid.* art. 54 de la Ley 25/2003, de 15 de julio, que aprueba la modificación del convenio económico entre el Estado y la Comunidad Navarra, circunstancia que no parece vaya a variar en el recientemente firmado Acuerdo de 16 de febrero de 2001 del Gobierno y la Comunidad Foral de Navarra sobre el convenio económico para el período 2010-2014; *vid.*, asimismo, art. 52 de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

375. Y por otro lado, los arts. 22 a 24 de la Ley 22/2009 recogen otros dos fondos de convergencia autonómica que se han dado en llamar Fondo de Competitividad, previsto para reducir las diferencias de financiación homogénea (principalmente como garantía de corrección para las comunidades autónomas más ricas y que más aportan al sistema de financiación) y, por otro lado, Fondo de Cooperación, del que serán beneficiarias las comunidades autónomas que tengan un PIB per cápita inferior a la media de las CC AA de régimen común, tengan una densidad de población inferior al 50 por 100 de la densidad media y que tengan un crecimiento de población inferior al 90 por 100 y una densidad de población por kilómetro cuadrado

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

De lo anterior se deriva que el sistema de financiación autonómico y el principio de solidaridad se encuentran, como no podía ser de otro modo, estrechamente vinculados. Y ello aunque en algunos momentos (así, p. ej., al aprobar la Ley 29/1990) el legislador ha querido desvincular la idea de solidaridad relacionada con el Fondo de Compensación Interterritorial del resto del sistema de financiación autonómica. Debe indicarse que ello encierra una cierta lógica porque, en puridad, se trata de cuestiones diversas: por un lado el sistema de financiación autonómica pretende una suficiencia de ingresos respecto de los gastos que han de realizar las distintas comunidades autónomas, debiendo respetarse unos niveles mínimos en la prestación de servicios públicos fundamentales; por otro lado, el Fondo de Compensación Interterritorial, como veremos seguidamente, pretende una convergencia en cuanto a la riqueza de las distintas comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía, esto es, de las distintas partes que componen el territorio español.

Finalmente, deben destacarse por su importancia los denominados Fondo de Compensación Interterritorial y fondo complementario al anterior, previstos en los artículos 157.1.c) y 158.2 CE³⁷⁶. El artículo 16 LOFCA prevé la dotación e instrumentación de estos dos fondos. A tenor de dicho precepto, el fondo de compensación se dotará anualmente con una cantidad que no podrá ser inferior al 22,5 por 100 de la inversión pública aprobada por los Presupuestos Generales del Estado (entendida como inversiones reales nuevas de carácter civil según el art. 3 de la Ley 22/2001), más cuantías adicionales para las ciudades de Ceuta y Melilla y para Canarias, cuantías que se destinan a gastos de inversión entre los territorios comparativamente menos desarrollados; el fondo complementario está dotado con un 33,33 por 100 de la cuantía prevista para el fondo de compensación, que también se destinará a gastos de inversión salvo que a solicitud de los territorios beneficiarios del mismo, se destine a financiar gastos de funcionamiento asociados a las inversiones financiadas con cargo al fondo de compensación o a dicho fondo complementario.

De conformidad con el artículo 4 de la Ley 22/2001, la distribución del Fondo de Compensación a las Comunidades Autónomas perceptoras del mismo se efectuará de acuerdo con los siguientes porcentajes:

- El 87,5 % del mismo de forma directamente proporcional a la población relativa.
- El 1,6 % de forma directamente proporcional al saldo migratorio.
- El 1 % de forma directamente proporcional al paro.

inferior a la densidad media por 1,25, dirigido a regiones pobres, como podría ser el caso de Extremadura o Castilla-La Mancha.

376. *Vid.* LUCAS DURÁN, 2011, y bibliografía allí citada.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- El 3 % de forma directamente proporcional a la superficie de cada territorio.
- El 6,9 % de forma directamente proporcional a la dispersión de la población en el territorio.

Y una vez efectuado el reparto del Fondo de Compensación con los criterios y ponderaciones del número 3 anterior, el resultado obtenido se corregirá con los siguientes criterios:

- La inversa de la renta por habitante de cada territorio.
- La insularidad, considerándose incrementando en un 63,1 % la cantidad que le haya correspondido a la Comunidad Autónoma de Canarias por el conjunto de los criterios anteriores, siendo así que el incremento que ello suponga le será deducido a las restantes Comunidades Autónomas en proporción a las cantidades que les hubiesen correspondido por los mismos apartados antes citados.

Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, los criterios para determinar la distribución del fondo de compensación interterritorial deben ser fijados por Las Cortes, habiendo declarado dicho órgano su incompetencia para pronunciarse sobre este particular³⁷⁷. Ello resulta a todas luces

377. Así recoge la STC 183/1988 que «Las críticas que el recurso expresa respecto a los porcentajes del FCI atribuidas a cada criterio (70 por 100 al constituido por la renta por cabeza, 20 por 100 a la tasa de emigración, 5 por 100 al porcentaje de desempleo), si bien pueden resultar fundamento para una discusión respecto a la mayor o menor oportunidad y acierto de esos criterios –cuestión sobre la que este Tribunal no tiene jurisdicción– no resultan aceptables como fundamento de la inconstitucionalidad de los correspondientes preceptos, ya que como la misma LOFCA prevé, es a las Cortes Generales a quienes corresponde la determinación del peso respectivo de cada criterio de distribución del FCI, en apreciación que no puede verse sustituida por la de este Tribunal» (FJ 4). Y en lo que respecta al criterio de solidaridad intraterritorial a la hora de fijar las prioridades del Fondo, recoge la misma sentencia que «El que las Cortes Generales [...] en el desarrollo de las previsiones constitucionales y de la LOFCA, interpreten el principio de solidaridad en el reparto del FCI que ellas deben efectuar en el sentido de remediar también desequilibrios intraterritoriales, queda dentro de las facultades del legislador estatal, en virtud de la habilitación constitucional del art. 158.2: sin que resulte contradictoria con esa habilitación la obligación, establecida en el art. 2.2 LOFCA de cada CA de "velar por su propio equilibrio territorial y por la realización interna del principio de solidaridad"; pues esta obligación no excluye la correlativa de los poderes públicos estatales» (FJ 5). Recientemente, la STC 13/2007 ha vuelto a recoger esta idea en relación con la pretensión de la Comunidad autónoma Andaluza de que de que la variable representada por el coeficiente de población se determine tomando como base de la misma la población censada en 1996 y no la reconocida en 1988; recoge, pues, la resolución citada que «es de competencia exclusiva del Estado, en ejercicio de la que le atribuye al efecto el art. 149.1.14ª CE, no sólo el señalamiento de los criterios para el reparto de la participación que se les conceda a las Comunidades Autónomas

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

cuestionable pues el poder legislativo está sujeto a la Constitución, y en su labor de determinación de los criterios antes fijados podría caer en algún tipo de infracción del principio de solidaridad o de cualesquiera otros que residen en nuestra Carta Magna³⁷⁸.

A fin de poder tener una imagen aproximada de las cuantías (absolutas y relativas) distribuidas por los fondos de compensación interterritorial (fondo de compensación y complementario) se reproducen las siguientes tablas referidas a los últimos años:

FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL (valores absolutos)									
CCAA	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ANDALUCÍA	360.521,41	377.548,16	398.818,60	419.498,88	449.327,74	457.584,22	481.618,05	478.131,18	436.918,16
ASTURIAS	37.577,80	42.570,85	44.671,58	48.579,83	51.525,33	53.905,11	56.564,87	56.006,11	43.964,55
CANARIAS	34.036,72	41.573,40	45.239,07	44.962,74	62.431,05	73.278,79	90.564,38	101.082,90	102.555,81
CANTABRIA	9.892,14	9.532,33	8.910,43	9.753,60	9.626,75	9.735,57	10.630,61	10.769,38	7.989,17
CASTILLA Y LEÓN	61.246,71	68.175,49	70.058,82	73.052,68	75.300,97	81.881,19	85.058,06	83.902,54	66.387,33
CASTILLA-LA MANCHA	68.117,48	71.770,10	78.919,47	82.754,01	92.761,56	103.484,67	114.341,62	113.958,17	107.660,66
C. VALENCIANA	56.930,46	58.069,13	61.994,65	70.460,09	82.403,97	95.905,78	116.884,02	134.044,13	130.071,37
EXTREMADURA	73.314,59	76.569,20	81.269,04	83.548,52	87.794,03	92.091,96	97.203,57	95.911,47	82.148,44
GALICIA	140.595,24	155.274,46	163.941,83	170.180,99	183.536,12	195.856,88	203.298,90	197.220,95	169.606,89
REGIÓN DE MURCIA	38.634,84	39.917,25	41.754,54	42.610,59	47.254,38	54.745,85	61.135,90	61.817,31	59.520,50
CEUTA	6.914,64	7.386,67	7.815,29	8.206,41	8.964,40	9.564,99	10.340,81	10.462,83	9.473,56
MELILLA	6.914,64	7.386,67	7.815,29	8.206,41	8.964,40	9.564,99	10.340,81	10.462,83	9.473,56
TOTAL	894.696,7	955.773,7	1.011.208,6	1.061.814,7	1.159.890,7	1.237.600	1.337.981,6	1.353.769,8	1.225.770

en los ingresos estatales, sino también la concreción por Ley de esa participación» (FJ 6). En sentido similar, *vid.* la STC 238/2007, FJ 4.

378. En el voto particular del Magistrado PÉREZ TREMPA a la STC 13/2007, antes citada, se recoge que «no cabe olvidar que el sistema de financiación, y por tanto la concreción de ésta, partía de una premisa que es utilizada por la mayoría para fundamentar su juicio: la asunción de que el sistema de financiación debía diferenciar en cuanto al método de su concreción entre aquellas Comunidades Autónomas que lo aceptaban y aquellas que no lo habían hecho. Creo que esa diferencia es radicalmente contraria al principio de igualdad institucional de la Comunidades Autónomas, reconocido por la jurisprudencia de este Tribunal a partir de distintos preceptos de la Norma Fundamental y que vincula "a todos los poderes públicos en el ejercicio de sus respectivas competencias" (STC 150/1990, FJ 11). Ese principio de igualdad, la solidaridad que se proyecta sobre las relaciones horizontales y verticales entre Estado y Comunidades Autónomas, y de éstas entre sí (arts. 2 y 138.1 CE), y la propia unidad del Estado no toleran la existencia de sistemas de financiación diversos salvo en los supuestos en que constitucional o estatutariamente se prevén singularidades generales (territorios históricos del País Vasco y Navarra –disposición adicional pri-

FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL

(Euros por habitante)

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
C.A. ANDALUCÍA	50,30	52,41	55,06	57,23	60,52	60,87	63,20	61,80	55,61
PRINCIPADO DE ASTURIAS	35,40	40,25	42,38	45,91	48,55	50,83	53,39	52,88	41,52
C.A. CANARIAS	21,00	25,12	26,73	26,49	34,70	39,74	47,99	52,35	51,95
C.A. CANTABRIA	18,78	18,07	16,86	18,28	17,87	17,92	19,38	19,43	14,25
C. CASTILLA Y LEÓN	24,63	27,51	28,35	29,66	30,61	33,25	34,48	33,91	26,73
C.A. CASTILLA-LA MANCHA	40,06	42,06	46,06	47,30	52,07	57,19	62,10	60,73	56,21
COMUNIDAD VALENCIANA	14,35	14,51	15,34	17,01	19,45	22,08	26,21	29,27	27,67
C.A. EXTREMADURA	68,41	71,35	75,59	78,53	82,71	86,55	91,13	89,63	76,54
C.A. GALICIA	51,83	57,22	60,33	62,96	68,00	72,43	75,05	72,63	62,30
REGIÓN DE MURCIA	35,05	35,85	37,09	36,21	38,79	43,80	47,64	46,88	42,93
TOTAL	37,44	39,99	42,07	43,71	47,03	49,53	52,81	52,65	46,95

Fuente: Elaborado con datos del los PGE, de la DG de Fondos Comunitarios y de la DG de Cooperación Autonómica. SG de Análisis Económico de las CC AA.

El destino de los recursos de los Fondos de Compensación Interterritorial a los distintos proyectos de inversión se efectúa «de común acuerdo» entre la Administración General del Estado, las comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía (Ceuta y Melilla) en el seno del Comité de Inversiones Públicas (*vid.* artículo 16.7 de la LOFCA y art. 7 de la Ley 22/2001). El indicado «acuerdo» al que tienen que llegar el Estado y las comunidades autónomas –y la posterior rendición de cuentas que éstas deberán hacer ante las Cortes Generales en virtud de lo dispuesto en el artículo 16.8 LOFCA y el artículo 10 de la Ley 22/2001– ha sido visto por algún autor como una injerencia en la autonomía financiera constitucionalmente reconocida a las CC AA³⁷⁹; sin embargo, no parece que ello haya planteado grandes problemas hasta el momento posiblemente porque el papel del Estado (en el acuerdo al que deba llegarse para definir los proyectos en que debe materializarse la inversión) haya sido más orientador que impositivo.

Por otro lado, en relación con los proyectos citados, y a tenor del artículo 16.6 LOFCA, «[l]as transferencias de los Fondos de Compensación Interterritorial recibidas deberán destinarse a financiar proyectos de carácter

mera CE–, archipiélago canario –disposición adicional tercera CE– y Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla)» (FJ 2).

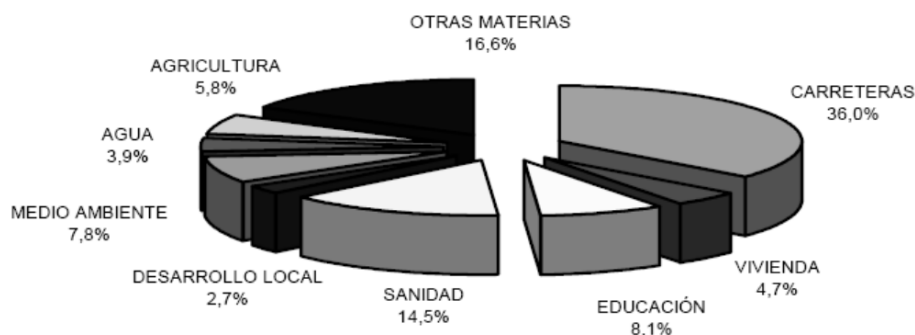
379. *Vid.* SÁNCHEZ SERRANO, 1997, p. 386.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

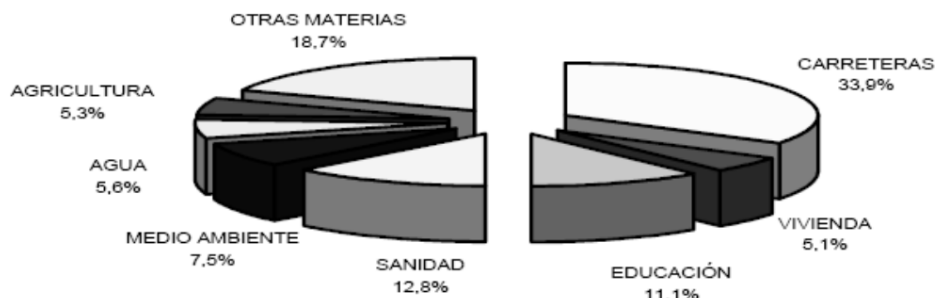
local, comarcal, provincial o regional de infraestructura, obras públicas, regadíos, ordenación del territorio, vivienda y equipamiento colectivo, mejora del hábitat rural, transportes y comunicaciones y, en general, aquellas inversiones que coadyuven a disminuir las diferencias de renta y riqueza en el territorio español. No obstante lo anterior, las transferencias recibidas del Fondo Complementario podrán destinarse a financiar gastos de funcionamiento asociados a los proyectos de inversión relacionados anteriormente».

A los efectos de ilustrar los programas de inversión que financian los fondos de compensación citados, se incluyen los siguientes gráficos:

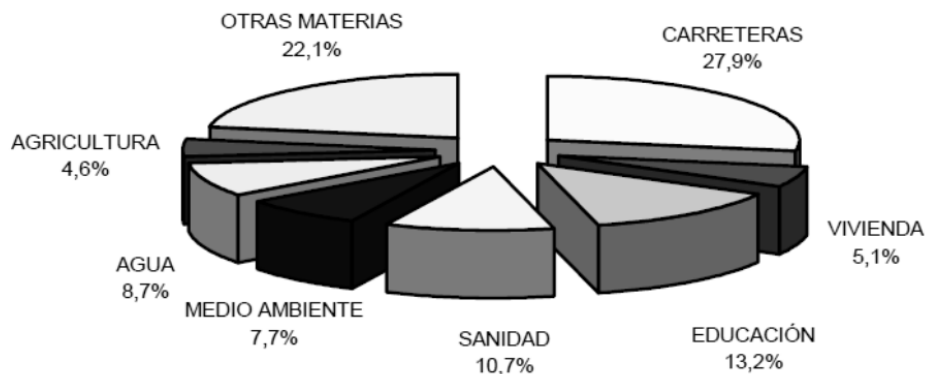
FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL (Año 2008)
DISTRIBUCIÓN POR PROGRAMAS DE INVERSIÓN



FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL (Año 2009)



FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL (Año 2010)



Fuente: Informes febrero de 2008 y 2009 y marzo de 2010. Ministerio de Administraciones públicas. Dirección General de Cooperación Autonómica. Subdirección General de Análisis Económico de las CC AA.

5.3.3. Principio de solidaridad y derechos sociales: reflexiones y perspectivas de futuro

Una vez analizados los mecanismos de solidaridad previstos en nuestro sistema de financiación autonómico, es preciso ponerlo en relación con lo indicado con anterioridad en este trabajo: la oportunidad de la financiación de los derechos sociales estudiados, los recursos jurídicos existentes ante el incumplimiento de la garantía del nivel mínimo de tales servicios públicos fundamentales y, finalmente, perspectivas de futuro en lo que respecta a todo el sistema de financiación examinado.

Pues bien, de acuerdo con todo lo anterior puede indicarse que la igualdad en la prestación de los derechos sociales en todo el territorio nacional vendría en principio cubierta por los fondos de compensación interterritorial (en lo que respecta a las inversiones necesarias así como para financiar los gastos asociados al funcionamiento de las mismas, como ya se vio), por el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales y por el Fondo de Suficiencia Global.

En este sentido, el sistema actual de financiación autonómica parece más consolidado en términos de solidaridad que los anteriores y particularmente que el previsto para el período 1997-2001, precisamente porque los mecanismos previstos para garantizar el principio de solidaridad, ya examinados, han permitido alcanzar una cierta paz social entre las distintas CC AA.

Sin embargo, los gastos crecientes de las comunidades autónomas (sobre todo en lo que respecta la sanidad y, actualmente, de la dependencia), unido

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

a la demanda de algunas comunidades como Cataluña dirigidas a lograr mayores dosis de autonomía financiera respecto de los ingresos tributarios recaudados en su territorio han llevado en el último sistema de financiación aprobado a replantearse el modelo de financiación aumentando los porcentajes de cesión en el IRPF e IVA al 50 %, así como los de algunos otros tributos.

Otra cuestión que debe destacarse en la actualidad es el empeño que los estatutos recientemente aprobados –así como los que previsiblemente se aprobarán en un futuro– han puesto en garantizarse un cierto nivel de inversiones en su territorio, que no hacen depender por otro lado de los fondos de compensación ni del principio de solidaridad que, a tenor del artículo 16.10 LOFCA deberá informar a las inversiones que efectúe directamente el Estado y el Sector Público Estatal³⁸⁰. Ciertamente, los preceptos referidos a

380. En la DT 2ª del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (redactado por la Ley Orgánica 1/2006 de reforma del mismo) se recoge: «Al fijar las transferencias para inversiones se tendrá en cuenta, en la forma progresiva que se acuerde, la conveniencia de equiparar los niveles de servicios en todo el territorio del Estado, estableciéndose, en su caso, las transferencias necesarias para el funcionamiento de los servicios. La financiación a la que se refiere este apartado tendrá en cuenta las aportaciones que se realicen a la Generalitat, partiendo del Fondo de Compensación al que se refiere el artículo 158 de la Constitución, así como la acción inversora del Estado en la Comunitat Valenciana que no sea aplicación de dicho fondo». Más polémica ha sido la disposición adicional tercera del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña (aprobado por Ley Orgánica 6/2006) de la «La inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equipará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un período de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas». El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (modificado por la Ley 1/2007), en su disposición transitoria novena recoge que «en un plazo no superior a siete años, la inversión del Estado se establecerá atendiendo a la inversión media per cápita realizada en las Comunidades Autónomas de régimen común, determinada con arreglo a la normativa estatal, homogeneizando las actuaciones inversoras realizadas en dichas comunidades para permitir su comparabilidad y teniendo presentes las circunstancias derivadas de los hechos diferenciales y excepcionales de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears con incidencia en la cuantificación de la inversión pública». El Estatuto de Autonomía de Andalucía (reformado por Ley Orgánica 2/2007) recoge en su disposición adicional tercera que «La inversión destinada a Andalucía será equivalente al peso de la población andaluza sobre el conjunto del Estado para un período de siete años»; y en un sentido similar, el Estatuto de Autonomía de Aragón (reformado por Ley Orgánica 5/2007) recoge en su disposición adicional sexta que «Para la fijación de las inversiones del Estado en Aragón en infraestructuras, se ponderarán, con carácter prioritario, la superficie del territorio, los costes diferenciales de construcción derivados de la orografía, así como su condición de comunidad fronteriza, y se incorporarán criterios de equilibrio territorial a favor de las zonas más despobladas. Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León (reformado por Ley Orgánica 14/2007), al tiempo

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las inversiones del Estado en las distintas CC AA podrían significar alteraciones en las inversiones en infraestructuras realizadas aparte de los fondos de compensación interterritorial, si bien parecen estar más enfocados a la obra pública civil que a inversiones en elementos que sirvan de soporte a los derechos sociales.

Así, por ejemplo, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006) previó en su disposición adicional tercera una obligación para el Estado de invertir en infraestructuras en dicha comunidad autónoma y para un período de 7 años de forma equivalente a la participación relativa del PIB Catalán en el PIB español³⁸¹. Tal disposición había sido recurrida (entre otras muchas) por más de 50 diputados del Partido Popular alegando que ello constituiría, por un lado, la manifestación de un privilegio económico inconstitucional por oponerse a los artículos 138.2 CE y 2 LOFCA; por otro lado y según los recurrentes, plantearía también problemas desde el punto de vista presupuestario al vincular a las Cortes Generales durante siete años infringiendo con ello el principio de anualidad contemplado en el artículo 134.1 CE; y, finalmente, se planteaba en el recurso la vulneración de otros preceptos constitucionales que consagran la asignación equitativa del gasto público y la equitativa redistribución regional de la riqueza (arts. 31.2, 40.1, 131.1, 138.1 CE).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha entendido en su Sentencia 31/

de reforzar el principio de solidaridad interterritorial en su disposición adicional segunda (donde advierte que "[e]n el ejercicio de sus competencias, la Junta de Castilla y León elaborará un Plan Plurianual de Convergencia Interior con el objetivo de eliminar progresivamente los desequilibrios económicos y demográficos entre las provincias y territorios de la Comunidad"), recoge en su art. 83.8 que "[p]ara la fijación de las inversiones del Estado en Castilla y León en infraestructuras, se tendrá en consideración, con carácter prioritario, la superficie del territorio de la Comunidad y se incorporarán criterios de equilibrio territorial a favor de las zonas más desfavorecidas". Finalmente, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (texto aprobado por la asamblea autonómica y en proceso de aprobación por las Cortes Generales al cierre de este trabajo) recoge en su disposición adicional que «La inversión anual en infraestructuras del Estado en Castilla-La Mancha, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, será al menos equivalente al porcentaje medio que resulte de considerar el peso de la población regional sobre el conjunto del Estado, la participación relativa del producto interior bruto de Castilla-La Mancha con relación al del Estado y el porcentaje que representa la extensión territorial de la Comunidad Autónoma sobre la extensión territorial del Estado».

381. Recoge textualmente dicha DA 3ª: «1. La inversión del Estado en Cataluña en infraestructuras, excluido el Fondo de Compensación Interterritorial, se equipará a la participación relativa del producto interior bruto de Cataluña con relación al producto interior bruto del Estado para un período de siete años. Dichas inversiones podrán también utilizarse para la liberación de peajes o construcción de autovías alternativas. 2. Con esta finalidad se constituirá una comisión, integrada por las Administraciones estatal, autonómica y local».

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

2010 que «La disposición adicional tercera, apartado 1, debe, pues, interpretarse en el sentido de que no vincula al Estado en la definición de su política de inversiones, ni menoscaba la plena libertad de las Cortes Generales para decidir sobre la existencia y cuantía de dichas inversiones», lo cual es tanto como negar la eficacia normativa de una disposición contenida en una Ley Orgánica y ello sin declararla inconstitucional, cuestión que no parece muy loable desde una perspectiva jurídica. Sin poder ahora entrar en profundidad en el tema, sí que parece que los compromisos plurianuales de gasto (p. ej., de infraestructuras que han de llevarse a cabo en varios años) no deben reputarse sin más incompatibles con el principio presupuestario de anualidad, y serían en todo caso otras razones de justicia en la distribución territorial del gasto público las que podrían servir de parámetro para evaluar la eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

En otro orden de cosas, debe señalarse que los territorios forales de País Vasco y Navarra no son ajenos a la solidaridad interterritorial en cuanto a la aportación que les corresponde por la misma con la consideración de carga del Estado no asumida por el territorio foral en lo que concierne a los Fondos de Compensación Interterritorial, dado que se prevé la aportación solidaria de los territorios forales³⁸². Sin embargo, dicha afirmación no puede decirse tan claramente en relación con el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales y el Fondo de Suficiencia Global, en el que como se ha visto podría destacarse –en la medida que dichos fondos no aparezcan explícitamente entre las cargas del Estado no asumidas por dichos territorios forales– una quiebra del principio de solidaridad interterritorial. Y tal quiebra de solidaridad, en cuanto contravención de los artículos 2, 131.1, 138.1, 149.1.1^a y 156.1 CE, no puede pretenderse amparada en lo dispuesto en la disposición adicional 1^a de la Constitución, en cuanto que dicha disposición referida a los «derechos históricos de los territorios forales» debe entenderse que alude al sistema de gestión de las finanzas públicas de tales territorios forales (recaudación por sus órganos tributarios y aportación de un cupo al Estado) y no concreta cuestiones que, en buena lógica, han de venir determinadas por la legislación (concierto y convenio), como la propia cuantía del cupo o aportación y de los gastos que han de entenderse como carga del Estado, entre las cuales se incluye la solidaridad interterritorial en relación con la prestación de servicios públicos fundamentales; y, por otro lado, a mayor abundamiento, porque en la disposición adicional primera se indica

382. Cfr. art. 54.2.a) de la Ley 25/2003, de 15 de julio, que aprueba la modificación del convenio económico entre el Estado y la Comunidad Navarra y art. 52.3.a) de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, que aprueba el concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco.

que «[l]a actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía», marco en el que no puede negarse la solidaridad interterritorial antes comentada, y que no parece encontrarse actualizado con las recientes reformas en el sistema de financiación autonómica.

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

A modo de conclusiones del trabajo que precede, se podrían citar al menos las siguientes:

1. A pesar de la discusión doctrinal al respecto, entendemos que los derechos sociales de prestación otorgan derechos subjetivos a los ciudadanos, al menos en cuanto al contenido mínimo de tales derechos³⁸³.
2. La garantía de estos derechos viene reconocida por la posibilidad de juicio de constitucionalidad de las leyes (o normas de rango reglamentario, en el caso de las ordenanzas municipales) que regulen tales derechos y, más allá de ello, por el acceso a los tribunales ordinarios gracias a la reconducción de tales derechos en otros derechos fundamentales del capítulo II del título I CE, o bien por la invocación del artículo 31.2 CE.
3. La tradicional objeción de que los derechos sociales de prestación podrán ser realidad en tanto que así lo permitan los oportunos recursos públicos no puede defenderse en la actualidad: en cuanto que otorgan derechos subjetivos cuyo contenido mínimo podría ser fijado por la jurisdicción ordinaria o constitucional, configurarían obligaciones para el ente que tenga atribuida la competencia respectiva (Estado, comunidades autónomas o entes locales) que deberían ser incluidas en sus presupuestos: bien recogidos en el presupuesto del siguiente ejercicio, o bien –si no puede demorarse hasta el ejercicio siguiente y cuando no exista crédito adecuado, o sea insuficiente y no ampliable el consignado– por medio de la tramitación de un crédito extraordinario o suplementario con cargo al fondo de contingencia de ejecución presupuestaria³⁸⁴.
4. En cualquier caso, la aprobación, ejecución y control de los presupuestos de los entes públicos debe estar regida por los principios de

383. Cabe recordar que no se trata de una cuestión pacífica. Así, p. ej., tal afirmación es negada –entre otros y recientemente– por CALVO ORTEGA, 2007, p. 622.

384. Vid. arts. 42-60 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y correlativos de las leyes de haciendas autonómicas y locales.

justicia referidos a la actividad financiera contenidos en el artículo 31 CE (tanto en cuanto a los ingresos tributarios como a los gastos públicos).

5. En la actualidad una cuestión de elevada importancia concierne a la solidaridad interterritorial entre las distintas comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía (o incluso dentro de una determinada comunidad autónoma) para mantener una prestación similar de los derechos sociales en las distintas partes del Estado, con independencia del nivel de riqueza de cada territorio. La existencia de fondos de garantías de servicios públicos fundamentales y fondo de suficiencia, así como los fondos de compensación interterritorial han favorecido esta solidaridad *inter* (e *intra*) regional, y en la actualidad existe un grado de satisfacción más o menos generalizado en cuanto al nivel de prestación de los servicios públicos considerados como fundamentales. Y ello a pesar de que los regímenes forales del País Vasco y Navarra muestren carencias de solidaridad interterritorial que podrían merecer críticas desde la perspectiva del principio constitucional de solidaridad.

6. LA CONSTITUCIÓN INTEGRADA*

6.1. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL PERICLITADO

Tiende la doctrina a realizar una interpretación excesivamente estática sobre el concepto de derechos sociales, lo que en muchas ocasiones no permite una correcta comprensión de sus transformaciones en lo que respecta a su contenido, las garantías y la naturaleza de las obligaciones que de ellos se derivan. Los derechos sociales encuentran su verdadera razón de ser en el marco del Estado social, en el que aparecen como una categoría constitucional autónoma en el contexto de unas determinadas relaciones entre lo público y lo privado³⁸⁵. Derechos de prestación ha habido antes y después del Estado social, pero su caracterización objetiva es muy diferente en el Estado liberal de Derecho y en el marco de lo que ahora viene a denominarse como Estado globalizado³⁸⁶.

Resulta evidente que no existe un consenso histórico y jurídico sobre la proyección del modelo de «Estado social», por ello GIANNINI señaló ya hace

* POR JOSU DE MIGUEL BÁRCENA.

385. BALDASSARRE, 1989, p. 1 y ss.

386. PISARELLO, 2007, en especial el primer capítulo y MAESTRO BUELGA, 2001, pp. 137-172.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

casi medio siglo que comenzaba a ser una noción inútil³⁸⁷, en la medida en que los cambios políticos y económicos indicaban que la capacidad de las estructuras estatales para condicionar la economía y el mercado era cada vez menor. Durante buena parte de lo que HOBSBAWN denominó «el siglo corto», los derechos sociales fueron considerados la expresión de la interiorización constitucional de las insuficiencias del sistema capitalista para ofrecer bienestar al conjunto de la ciudadanía. Bienestar que aspiraba (y aspira) a permitir el despliegue, sin trabas, de las potencialidades humanas, en un contexto de integración y participación social de individuos y colectivos, tal y como por ejemplo expresan los arts. 10.1 y 9.2 CE³⁸⁸.

A pesar de lo que suele señalarse, el capitalismo también tuvo un interés evidente en la configuración estatal de una serie de políticas y servicios públicos destinados a satisfacer los propios derechos sociales. Los derechos sociales que se constitucionalizaron a partir de 1950 en diferentes sistemas políticos europeos (y con posterioridad en Latinoamérica) contribuyeron indudablemente a costear la reproducción de la fuerza de trabajo (tal es el carácter que tienen gran parte de las actuaciones del Estado en materia de sanidad, seguridad y asistencia social, vivienda, urbanismo), a mejorar la cualificación de los trabajadores (toda la enseñanza o formación pública que ayudará posteriormente a la prestación de una serie de servicios en el ámbito de lo privado) y a reducir la sobreacumulación y el recalentamiento económico (en tanto en cuanto el aumento de la demanda agregada, del consumo)³⁸⁹.

La transición del Estado social al Estado integrado (europeo) competitivo, tal y como lo caracteriza JESSOP³⁹⁰, implica sin embargo un cambio en la consideración de los propios derechos sociales, pues una vez se ha consolidado un Estado del bienestar más enfocado a lo que LUHMANN denomina compensación de las desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida³⁹¹, aquéllos comienzan a ser considerados como un obstáculo en la nueva relación que se produce entre la política y la economía (lo público y lo privado antes citado) en el marco de la globalización. La globalización aparece así como el fundamento legitimador de un nuevo modelo constitucional que sin duda se *materializa* en la UE, y que ha hecho envejecer de forma perentoria lo que tradicionalmente se denominaba como constitucionalismo social³⁹².

387. GIANNINI, 1986.

388. GARRORENA, 1984.

389. CABO MARTÍN, p. 88 y ss.

390. JESSOP, 2008.

391. LUHMANN, 1993, p. 31.

392. ABENDROTH, FORSTHOFF y DOEHRING, 1986 y CABO MARTÍN, 1997, pp. 317-318 y NEGRI, 2003.

Resulta aventurado definir el tipo de constitucionalismo (económico) que dota de sentido al conjunto de instrumentos jurídicos que vertebran la Unión Europea (e adelante UE)³⁹³. Sin embargo, hay un cierto consenso en que el proceso de integración comunitaria produce una transición desde el primado de la política sobre el mercado, hacia un modelo en el que se desnaturalizan los contenidos de la constitución económica del Estado social a través del progresivo desmantelamiento de los vínculos que la Constitución podría imponer al propio mercado, con el objetivo de satisfacer los derechos sociales. Estamos por tanto, ante un modelo de cambio que produce no sólo cambios formales a nivel comunitario y nacional, sino que exige una comprensión material que explique la actualidad de los derechos sociales en el marco de la dialéctica entre el ordenamiento de la UE y los diversos ordenamientos estatales, particularmente el español³⁹⁴.

6.2. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COMUNITARIO

No se trata de hacer un análisis histórico del reconocimiento de los derechos sociales en el sistema constitucional comunitario: se trata por el contrario de dar las claves fundamentales sobre los mismos, un mapa de la Europa social y de los derechos de acuerdo a lo establecido en el conjunto de Tratados actuales (sobre todo en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (en adelante TJUE)³⁹⁵. Para ello distinguiremos entre dos niveles de comprensión, el primero de ellos relacionado con el espacio que ocupa «lo social» en los Tratados, el segundo lógicamente con lo que son propiamente los derechos sociales.

6.2.1. El espacio de lo social en los Tratados comunitarios

En la UE, lo social tiene una función que en buena medida ya tenía en el marco del Estado del bienestar: los objetivos sociales son funcionales a la realización de un mercado único, la economía y su funcionamiento competitivo es en realidad la verdadera política social comunitaria, es decir, ésta se subordina y se realiza en el interior de aquella. Es lo que STREECK denominó hace más de una década como la solidaridad competitiva, y que hoy ha to-

393. Constitucionalismo regulador es el concepto elaborado por LA SPINA y MAJONE, 2000.

394. La transición material provocada por la UE, en LABRIOLA, 2001, pp. 239-278.

395. Sobre la incorporación histórica de los derechos sociales y las políticas sociales al ordenamiento comunitario, ver MAESTRO BUELGA, 2000, pp. 123-154; SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, 1997; BAQUERO CRUZ, 1998; CANTARO, 2006; SCIARRA, 1999 y HARRIS, 1996, entre otros.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mado una inusitada actualidad como consecuencia de las reformas del gobierno económico comunitario en el marco de la crisis³⁹⁶. Es verdad que el art. 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) señala como valores fundamentales de la UE a la solidaridad, la igualdad, la dignidad o la justicia, pero no es menos cierto que tales valores no pueden adquirir un significado similar en una Constitución producto de un poder constituyente, que tiene por objetivo establecer una forma concreta de reproducción social, que en un Tratado de raigambre internacional, que tiene como objetivo el crear un mercado único.

El Tratado de Lisboa ha querido expresar de una manera más clara la mayor ligazón entre la economía y la sociedad, pero lo ha hecho consolidando la preeminencia de las libertades e instrumentos económicos sobre los objetivos sociales³⁹⁷. Los objetivos sociales reconocidos de forma expresa en el artículo 3.3 TUE, tienen un condicionamiento fundamental: se deben realizar mediante el mercado interior, la Unión Económica y Monetaria y las previsiones del «Protocolo sobre mercado interior y competencia»³⁹⁸. Es decir, los medios rígidamente vinculados a los principios de mercado y de la Unión Económica y Monetaria determinan el alcance de los fines sociales de la UE, como bien se ha podido comprobar en el conjunto de medidas que durante el año 2010 se han adoptado en el contexto de los Consejos Europeos contra la crisis, y que finalmente se han transformado en un conjunto de normas nacionales de emergencia, restrictivas de derechos sociales³⁹⁹.

En este sentido, la «economía social de mercado altamente competitiva» recogida en el artículo 3.3 TUE, debe de ser contextualizada en los esfuerzos doctrinales y políticos por imponer las tesis ordoliberales en el conjunto de la UE y los Estados miembros, a pesar de que cada Estado miembro, como bien se sabe, goza en principio de autonomía para organizar sus instituciones económicas, y más en concreto la política social⁴⁰⁰. La referencia a la economía social de mercado competitiva, lejos de permitir la socialización de los objetivos generales establecidos en el artículo 3 TUE, expresa la imposibilidad de intervenciones públicas en la economía más allá de la coordinación de elementos comunes que impidan la distorsión de las libertades económicas fundamentales. La historia de la UE, no es una historia muy diferente a

396. STREECK, 2000, p. 14.

397. OLESTI RAYO, 2008, p. 587.

398. LASA LÓPEZ, 2010, p. 298.

399. Sobre la forma del gobierno económico comunitario, la crisis y su influencia en las constituciones económicas de los Estados miembros, ver nuestro trabajo DE MIGUEL BÁRCENA y RAMOS TRUCHERO, 2011.

400. Sobre la proyección del ordoliberalismo en la constitución económica europea, ver JOERGES, 2005, pp. 9-53.

la historia de la creación del Estado liberal federal⁴⁰¹. En todo caso, ello no resulta adecuado para un correcto desarrollo de una verdadera política de derechos sociales, pues estos quedan limitados por un constitucionalismo de mercado enfocado a la libre concurrencia de factores y a un monetarismo verdaderamente indisimulado.

6.2.2. Los derechos sociales en el ordenamiento constitucional comunitario: la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y la jurisprudencia del TJUE

Sin menospreciar la importante aportación del TJUE, la radical novedad sobre derechos sociales en la última década en el ámbito comunitario, ha venido de la mano de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante CDF) firmada en Niza en el año 2000, e incorporada a finales de 2009 al ordenamiento comunitario a través del Tratado de Lisboa. La inclusión de los mismos en capítulos referidos a la igualdad o la solidaridad, ha hecho pensar que puedan convertirse en un mecanismo de compensación y reequilibrio del imperativo dominante de las exigencias económicas. Sin embargo, es importante recordar que la CDF se vincula lógicamente con las bases materiales de la integración recogidas a lo largo de los Tratados, que son las que al final van a determinar el verdadero alcance y significado de los derechos sociales que en ella se recogen, de los valores y objetivos que los informan y de los mecanismos previstos para su efectiva actuación⁴⁰². De ello dan perfectamente cuenta las explicaciones realizadas por la Convención encargada de realizar la CDF, que en cada uno de los artículos se remite al origen preferentemente comunitario de cada uno de los derechos reconocidos (también los sociales) en la misma.

A. Caracterización de los derechos sociales en la CDF

El grueso de derechos sociales aparece en la CDF bajo la rúbrica «solidaridad», pero también hay algunos derechos sociales en otros capítulos por haberse entendido que primaba en ellos el aspecto de libertad o igualdad⁴⁰³. Así, en relación con la Libertad, se enuncian el derecho de reunión y asociación, libertad de educación y formación profesional, la libertad profesional y el derecho a trabajar. Y relacionados con la Igualdad, el derecho de las personas mayores en la vida social y cultural y la integración de las personas discapacitadas. A lo largo de la CDF, desaparece la referencia a derechos económicos en sentido estricto, si exceptuamos la alusión a los tradicionales

401. QUADRA-SALCEDO JANINI, 2004.

402. BESSELINK, 1998, pp. 629-680.

403. Sobre todos ello, ver BIFULCO, CARTABIA y CELOTTO, 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derechos de propiedad y a la libertad de empresa, adquiriendo fuerza la idea de que las cuatro libertades fundamentales relacionadas con el mercado, resultan dotadas de un carácter supraconstitucional consecuencia de su profuso reconocimiento en el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante TFUE)⁴⁰⁴.

En la CDF, los derechos sociales adquieren, al menos retóricamente, naturaleza de derechos fundamentales⁴⁰⁵. Ello es consecuencia de la unidad estructural de la misma, que los consagra en un nivel constitucional con la posibilidad implícita de ser protegidos jurisdiccionalmente, si no fuese por las limitaciones que impone expresamente el contenido del artículo 52.5 CDF, que impone una diferenciación entre derechos y principios, dirigida a limitar su régimen de garantías⁴⁰⁶. Por lo demás, la fundamentalidad de todos los derechos que reconoce la CDF tiene su origen en los valores universales e indivisibles que sostienen materialmente la misma, y que según el Preámbulo de la carta son la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad⁴⁰⁷. Valores comunes que encontrarían sus raíces en la historia de la civilización europea: por ello, se explica y racionaliza cada derecho en base al CEDH, la CSE y la Carta comunitaria de los Derechos de los Trabajadores, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto a la inclusión de los derechos sociales en un capítulo denominado como *solidaridad*, ciertamente este concepto evoca significaciones que no siempre tienen que ver con lo jurídico, por lo que se impregna de connotaciones morales. La solidaridad a la que alude la CE (arts. 2 y 138) responde a la idea de un principio que trata de limitar los poderes individuales en nombre de intereses comunes, intereses que se imponen por razones de interdependencia y exigencias de justicia⁴⁰⁸. En el marco de la UE, su inclusión hace suponer sin embargo que existe un mero pacto de cooperación subyacente sobre valores comunes, que son ya objetivos de una construcción política. Formalizarlos supone impedir, en principio, su regresión y orientar la legislación futura comunitaria hacia obligaciones futuras de hacer, tanto en el nivel estatal como comunitario.

404. Sobre la posición de las libertades económicas fundamentales en el ordenamiento comunitario, también con respecto al concepto de ciudadanía, ver EVERSON, 1995, pp. 73-89 y REICH, 2003, pp. 54 y ss.

405. BOGDANDY, 2000, pp. 1307-1338.

406. BRAIBANT, 2001, pp. 44 y ss. y SHUTTER y NIHOUL, 2004, p. 110 y ss.

407. Sobre los valores en los Preámbulos de los Tratados comunitarios, ver BOGDANDY, 2004 y PINELLI, 2003.

408. CABO MARTÍN, 2006.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

Formalmente, la CDF consigna reglas de distinto alcance, lo que ha hecho distinguir entre derechos y principios sociales, como ya hemos señalado con anterioridad⁴⁰⁹. Según el artículo 52.5 CDF, los principios serían una categoría jurídica cuya aplicación está obviamente subordinada a la adopción de una interpretación previa de los poderes públicos. Ello no puede significar, como ha puesto de manifiesto la doctrina⁴¹⁰, que se trate simplemente de elementos programáticos, pues aunque no son directamente exigibles pueden ser invocados para utilizar objetivamente intervenciones sobre otros derechos fundamentales o para interpretar extensivamente el contenido de los mismos. Su justiciabilidad únicamente es posible de modo indirecto, acudiendo a métodos de interpretación similar a la fórmula *Standstill*⁴¹¹, de carácter finalista, o la búsqueda de efecto útil, métodos frecuentemente utilizados por el TJUE para superar la oposición binaria entre aplicabilidad directa y efecto directo de una parte, y la ausencia de todo efecto jurídico por otra. De este modo, el juez comunitario podría incluso admitir una acción de responsabilidad contra la autoridad que no tradujese, en términos de derechos subjetivos invocables, los objetivos que se había comprometido a realizar mediante principios. Tal responsabilidad derivaría del daño causado por pasividad u omisión⁴¹².

El resto de los derechos sociales recogidos en la CDF pueden ser caracterizados como auténticos derechos subjetivos, pues crean obligaciones de hacer para las autoridades nacionales y comunitarias⁴¹³. Repiten en la mayor parte de las ocasiones, las obligaciones constitucionales clásicas de comportamiento, pero corregidas por el imperativo de consumir una posibilidad de acción para el titular. Su límite real está, por tanto, en su dimensión objetiva, que implica la actuación primordial de los poderes públicos para que la prestación correspondiente pueda ser efectivamente satisfecha. Y aquí entran en

409. En puridad, encontramos principios con un cierto contenido social en los arts. 23.2º párrafo (principio de discriminación positiva por razón de sexo), 33 (principio de protección de la familia), 35, 2ª frase (principio de protección a la salud), 37 (principio de protección del medio ambiente) y 38 (principio de protección de los consumidores).

410. ESCOBAR, 2008, pp. 377-378.

411. Como se sabe, los Estados miembros deben abstenerse de establecer entre sí derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente y de incrementar los que ya estaban aplicando en sus relaciones comerciales recíprocas. Esta cláusula, denominada «Standstill» (art. 30 TFUE), ha sido extendida a otros ámbitos del derecho comunitario como la libre circulación de trabajadores, y utilizada de forma imaginativa por el TJUE para articular lo que más adelante llamaremos como «constitución antidiscriminatoria».

412. ESPADA, 2001, p. 47

413. Sobre la disyuntiva derechos fundamentales – derechos subjetivos, ver ESCOBAR, 2005, pp. 30 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

juego, lógicamente, las mismas reservas dogmáticas que se han formulado con respecto a los derechos sociales en el marco del constitucionalismo estatal: la necesidad de establecer prioridades financieras, el problema de las condiciones de realización (entre las que cabe distinguir las omisiones del legislador y la regresividad) y las insuficiencias de las garantías jurisdiccionales⁴¹⁴.

Ciertamente, no todos los derechos sociales reconocidos en la CDF adolecen de indeterminación o están mediatizados por la discrecionalidad operativa de la autoridad. Algunos de ellos gozan de un nivel mayor de suficiencia en el ejercicio individual (derecho a elegir y ejercer una profesión, el derecho de asociación y sindicación, la protección contra el despido injusto e incluso la igualdad de trato). Sin embargo, la característica dominante de los Capítulos dedicados a la solidaridad y la igualdad, es que en la mayor parte de los casos da la posibilidad de concretar el contenido de los derechos sociales al legislador. Es cierto que ello también era propio del constitucionalismo social, pero es importante señalar que en tal caso se producía una fuerte vinculación del legislador al dictado constitucional, limitando la disponibilidad de los derechos por los poderes públicos⁴¹⁵.

Es fundamentalmente en el ámbito de la solidaridad donde la CDF reconoce una serie de derechos mediante la imposible confluencia de las leyes, legislaciones y prácticas nacionales y el propio derecho comunitario sobre la materia (derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas, derecho de negociación y acción colectiva, derecho a la protección en caso de despido injustificado, derecho a la Seguridad Social, derecho a la prevención y asistencia sanitaria y el derecho a acceder a los servicios de interés económico general). El objetivo de los reenvíos, no es lograr una plena adecuación del catálogo de derechos de la CDF a los catálogos nacionales, sino la eliminación de los conflictos que puedan surgir entre los sistemas nacionales y el sistema creado en torno a la propia CDF. Es decir, cumple la misma función que han cumplido las tradiciones constitucionales de los Estados miembros en la jurisprudencia del TJUE en materia de derechos fundamentales, la de servir como criterio hermenéutico para afirmar la virtualidad del derecho en sede comunitaria, no para definir sustancialmente su contenido⁴¹⁶. Por ello, no se puede descartar que una norma nacida en el seno de la UE, o una interpretación realizada por el TJUE, no contravenga un

414. Sobre estas cuestiones, ver CASCAJO, 2009, pp. 21-42; ABRAMOVICH y COURTIS, 2002; PORRAS RAMÍREZ, 2004, pp. 662 y 663; COSSÍO DÍAZ, 1989, pp. 175 y ss. y GAVARA DE CARA, 2010.

415. AZZARITTI, 2002, p. 31.

416. FERRARO, 2005, p. 566 y ss.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

derecho social fundamental reconocido por la Constitución de un Estado miembro⁴¹⁷.

B. Los derechos sociales en la jurisprudencia del TJUE

Como bien se conoce, los Tratados originarios no previeron un sistema de derechos más allá de las libertades económicas fundamentales y el principio de no discriminación. Por ello, tuvo que ser el TJUE el que construyera jurisprudencialmente, a través de los principios generales del derecho, un mecanismo de defensa de los derechos fundamentales basado en las tradiciones constitucionales comunes y el acervo producido en la órbita del CEDH⁴¹⁸. Este mecanismo, donde los derechos pueden ser extraídos de otros instrumentos protección de derechos fundamentales de maneras casuística, convierte a la CDF en un catálogo poroso y transparente, cuya significación tendrá que ser delimitada por el TJUE y legislador comunitario con el paso del tiempo⁴¹⁹.

En materia de derechos sociales, la jurisprudencia del TJUE, al menos hasta la formalización (que no incorporación al ordenamiento) de la CDF, puede ser calificada como escasa y refractaria a realizar algún tipo de reconocimiento que pudiera hacer pensar sobre la incorporación de elementos propios del Estado social al proyecto de integración.

En lo relativo a los fines y los objetivos que en los Tratados expresan la solidaridad social, en especial los artículos 2, 136, 137 y 138 del antiguo TCE, la jurisprudencia del TJUE no fue muy abundante y en parte adoleció de un problema fundamental: el carácter periférico de las argumentaciones del TJUE respecto a estas cuestiones, producto de la naturaleza de los problemas que habían suscitado sus pronunciamientos. En todo caso, de su jurisprudencia inicial⁴²⁰, que posteriormente ha sido la que se ha mantenido a lo largo del tiempo, pueden extraerse dos conclusiones muy claras: la primera, que los objetivos sociales expresados en los Tratados, eran el fruto del mercado,

417. DÍAZ CREGO, 2009, p. 195.

418. Ésta ha sido una construcción polémica, pues implicaba inseguridad jurídica y relajaba las fuentes del derecho sobre las que debe asentarse cualquier forma de ciudadanía, por embrionaria que sea; al respecto, ALLOTT, 2003.

419. El art. 6.3 TUE da plena efectividad a la construcción pretoriana del sistema de derechos, que aunque quedará ciertamente reducida como consecuencia de presencia de catálogos que identifican los propios derechos de la UE (CDF y CEDH), no desaparecerá en absoluto. Ningún catálogo es total por definición, y el TJUE seguirá desempeñando una labor decisiva en lo tocante al estándar de protección, MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, 2010, p. 132.

420. Sentencias *Defrenne*, C-149/77, 15 de junio de 1977 y *Giménez Zaera*, C-126/86, 29 de septiembre de 1987, entre otras.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

una de las consecuencias del nuevo espacio económico. Esta dependencia expresaba la subordinación de las cláusulas sociales que perdían autonomía y no adquirirían ninguna dimensión tutelar.

Vinculado con ello aparecía la segunda de las consecuencias: los objetivos sociales tenían un carácter programático en relación a los derechos sociales, formulación que suponía situarse fuera del estatus jurídico de estos derechos en el constitucionalismo del Estado social⁴²¹. Los efectos jurídicos que la interpretación de los objetivos sociales pudiera producir resultaban especialmente atenuados por un doble vínculo, primero el mercado como ratio primaria de la acción comunitaria y, segundo, los instrumentos de actuación de los objetivos sociales previstos en los Tratados. La aproximación de las políticas económicas y los instrumentos de derecho blando antes aludidos, privados de eficacia jurídica y alcance tutelar, eran especialmente poco idóneos para recibir la influencia interpretativa de estos objetivos.

La jurisprudencia del TJUE en materia de Seguridad Social, sirvió igualmente para mostrar la inoperancia del ordenamiento comunitario para interiorizar la idea de derechos sociales⁴²². En 1972, a través de la Sentencia *Frilli*, C-1/72, de 22 de junio, el TJUE extendió la cobertura de protección incluida dentro del Reglamento 1408/71/CE, relativo a las prestaciones incluidas exclusivamente al ámbito contributivo, a prestaciones asistenciales, entendiendo que era suficiente que una norma brindase protección contra alguno de los riesgos enumerados en el Reglamento, aunque no tuviera naturaleza contributiva para calificarla de Seguridad Social. La práctica extensión por esta vía, de la protección a los trabajadores inmigrantes de las prestaciones asistenciales sin límite, provocó la reacción normativa del Reglamento 1247/92/CE, que impuso los correspondientes límites a la fuga del sistema operada jurisprudencialmente. El ordenamiento comunitario reaccionó así a una dinámica expansiva de los mecanismos de protección, en este caso, con medidas de contención que limitaban la comunicación de los sistemas de Seguridad Social nacionales a la lógica del mercado.

La situación de la jurisprudencia del TJUE con respecto a los derechos sociales clásicos parece haber cambiado, aunque no en los aspectos sustanciales antes citados, en la última década. La aprobación de la CDF ha propiciado que la acción del TJUE en materia de derechos en general cambie cuantitativa y cualitativamente, hasta tal punto que alguna doctrina vuelve a hablar de una nueva estación de «activismo constitucional», parangonable en importancia a la jurisprudencia que se desarrolló en la década de 1960 y 1970 en

421. CASCAJO CASTRO, 1988, p. 21.

422. RECIO LAZA, 1997, pp. 52 y 53.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

materia de fuentes y de relación entre ordenamientos, y que ahora se retoma en un terreno distinto: el de los derechos⁴²³. Es importante señalar que los críticos del TJUE siempre han manifestado (y manifiestan) sospechas sobre el uso instrumental que este ha hecho de los derechos en relación no tanto con el reforzamiento de los valores de por sí merecedores de tutela, como sobre todo por el reforzamiento de la integración económica⁴²⁴.

Así por ejemplo, en las recientes y consecutivas sentencias *Laval* (C-341/05), *Viking* (C-438/05) y *Rüffert* (C-346/06), el TJUE señala que el derecho a la acción colectiva y a un salario mínimo establecido en las legislaciones (en ocasiones constitucionales) de los Estados miembros, no puede desplegar efectos restrictivos ilimitados en la libertad de circulación de trabajadores. En cada caso, corresponderá al juez ordinario buscar un equilibrio concreto entre los derechos que han venido caracterizando al Estado social y la Constitución económica de la UE, teniendo en cuenta que «[...] el ordenamiento económico europeo está firmemente anclado en un contrato social: los trabajadores de toda Europa deben aceptar las consecuencias negativas recurrentes que son inherentes a la creación de una prosperidad creciente por el mercado común, a cambio de lo cual la sociedad debe comprometerse a la mejora general de sus condiciones de vida y de trabajo [...]»⁴²⁵.

Buena parte de la doctrina y la opinión pública europea, ha criticado con dureza las sentencias *Laval*, *Viking* y *Rüffert* porque someten los logros del Estado social a los imperativos económicos liberales del proceso de integración y legalizan el *dumping* social dentro de la UE⁴²⁶. Como aspecto positivo de esta jurisprudencia, es importante llamar la atención sobre una cuestión que no ha sido aún suficientemente analizada, y que tendrá que valorarse en perspectiva: varias de las sentencias aludidas ratifican que los derechos de acción colectiva o a recibir un salario mínimo forman parte de los principios generales del derecho comunitario⁴²⁷. Estamos ante un cambio de tendencia apreciable, no carente de problemas, pero en el que el TJUE comienza a utilizar otro lenguaje, al categorizar implícitamente a los derechos sociales como derechos fundamentales y al integrarlos en el ordenamiento comunitario a través de la fuente de los principios generales del derecho. De este modo, el considerando n° 44 de la sentencia *Viking* (C-438/05) señala que: «[...] el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, in-

423. LAZARI, 2009.

424. CARTABIA, 2009, p. 544.

425. FJ 59 de la Conclusiones del Abogado General Miguel Poiares Maduro, presentadas el 23 de mayo de 2007, asunto C-438/05.

426. LO FARO, 2008 y JOERGES y RÖDL, 2008.

427. QUADRA-SALCEDO JANINI, 2008, pp. 1026 y QUADRA-SALCEDO JANINI, 2008, pp. 847 y 848.

cluido el derecho de huelga, debe ser, por tanto, reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia [...]».

6.3. LA CONSTITUCIÓN (ESPAÑOLA) INTEGRADA Y LOS DERECHOS SOCIALES

En general, la integración de las Constituciones europeas en el proyecto comunitario ha implicado la generación de una serie de tensiones, relativas a la supremacía constitucional, que afecta a nuestro modo de ver de una forma más grave a los elementos materiales que a los propiamente formales⁴²⁸. Es bien conocido que la presunta indiferencia del TJUE hacia el tema de los derechos, propició durante la década de 1960 y 1970, la aparición de un discurso jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de Alemania e Italia, en el que se amenazaba con controlar el derecho comunitario, si se diese la posibilidad (ciertamente difícil) de que aquél lesionase los derechos fundamentales de los particulares reconocidos en sus respectivos textos constitucionales.

Nacía así la teoría de los contralímites, que indicaba que la cesión del ejercicio de competencias de los Estados a la Comunidad Europea, no podía implicar la destrucción de la soberanía constitucional conquistada después de la II Guerra Mundial. Es decir, siempre existía la posibilidad de controlar el derecho comunitario si en un momento dado éste pretendiese liquidar el principio democrático o dismantelar la propia estatalidad⁴²⁹. El tema de los derechos fundamentales fue considerado especialmente relevante por ambas jurisdicciones constitucionales, aunque para ser justos, parece que fue Constantino MORTATI el impulsor de la idea de que los derechos constitucionales podían oponerse en momentos determinados al derecho comunitario⁴³⁰. El maestro italiano, que había definido los derechos como principios constitucionales intangibles no susceptibles de ser violados por la legislación estatal o internacional⁴³¹, formaba parte de la Corte Constitucional que en la sentencia n° 98/1965, consideró el derecho a la tutela judicial efectiva como «un derecho entre los inviolables del hombre, que el ordenamiento del Tratado CEEA *debe* garantizar y que de hecho garantiza adecuadamente»⁴³². Con

428. Un análisis comparado sobre estas cuestiones, en LÓPEZ CASTILLO, 1996.

429. Una dimensión comparada de esta cuestión, en TAJADURA TEJADA y DE MIGUEL BÁRCENA, 2008.

430. Tesis que sostiene ITZCOVITZ, 2006.

431. MORTATI, 1972.

432. MORTATI, 1952, p. 684. Aquí el autor italiano señaló que las posibles limitaciones devenidas del art. 11 de la Constitución italiana, son asumibles siempre que no se impongan modificaciones a la organización constitucional, mutaciones en las funciones de los órganos supremos o alteraciones en las declaraciones fundamentales

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

este pronunciamiento, ciertamente curioso pues en aquellos años era bastante complicado extraer del ordenamiento europeo un derecho a la tutela judicial efectiva, se abría la posibilidad, siempre teórica, de un control jurisdiccional sobre el derecho comunitario. Control de naturaleza abstracta, pues durante mucho tiempo se han evitado los conflictos concretos entre jurisdicciones mientras el derecho de la Comunidad satisficiera los principios básicos de la Constitución italiana y alemana.

Se fundaba así un diálogo indirecto pero tremendamente fructífero entre el TJUE y los Altos Tribunales nacionales, sobre la relación entre ordenamientos, sus elementos constitutivos y los principios que deben regir dicha relación. Fruto de este diálogo y de la presión ejercida por el Parlamento Europeo y la Comisión a partir de la década de 1970, el TJUE construyó, como ya hemos señalado con anterioridad, un sistema de derechos para la UE⁴³³. Sistema que en todo caso se basaba en una actitud precavida del TJUE en lo que respecta al objeto de análisis jurisprudencial, pues durante bastantes décadas trabajó con la idea subyacente de que existía un dualismo ordinamental que impedía un análisis aislado del derecho y los derechos fundamentales nacionales, cuando su origen implicaba una conexión directa con la Constitución correspondiente. Fue el principio de no discriminación, reconocido en el artículo 18 TFUE, la llave que permitió al TJUE penetrar en los ordenamientos constitucionales nacionales y comenzar a construir la idea de una Constitución integrada (por los Tratados comunitarios y las Constituciones de los Estados miembros) en lo que respecta a los derechos fundamentales en general, y sociales en particular⁴³⁴. En este sentido, las sentencias *Martínez Sala* (C-85/96) y *Baumbast* (C-433/99), han sido consideradas como los *leading cases* paradigmáticos que otorgan un nuevo contenido subjetivo y objetivo a la libertad de circulación, en base a la ciudadanía y al principio de no discriminación contenidos en los Tratados comunitarios⁴³⁵. El contenido de estas sentencias, indica que el TJUE (y con posterioridad la legislación derivada) no ha procedido a reemplazar el concepto de «trabajador» por el de «ciudadano» como categoría central que delimita la esfera de aplicación del derecho comunitario, sino que en su lugar ha favorecido la

relativas a la posición del ciudadano en el Estado. En la edición de la obra de 1969, una vez producida la sentencia n° 98/1965, MORTATI precisa el parámetro limitativo más claramente: éste está constituido por todos los principios fundamentales, formales o materiales, escritos o implícitos, de la Constitución y por los principios de «nuestro Estado de Derecho, democrático y social».

433. ALONSO GARCÍA, 2007, pp. 247-267.

434. Sobre el concepto de constitución integrada, en su variante multinivel, compuesta, o pluralista, recomendamos ver nuestro trabajo DE MIGUEL BÁRCENA, 2010.

435. MENÉNDEZ, 2010.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de ciudadano supranacional de forma abstracta. En el ámbito puramente objetivo, «el efecto constitucional horizontal de la libertad de circulación»⁴³⁶ ha tenido un impacto sustancial en los diseños de los sistemas de bienestar nacionales y, particularmente, en las prestaciones no contributivas⁴³⁷. La principal consecuencia de la vuelta de tuerca jurisprudencial de las sentencias anteriormente citadas, es que el ciudadano supranacional ha tenido acceso concreto a beneficios sociales no contributivos, precisamente el tipo de prestaciones que básicamente permanecían al margen del ámbito de aplicación del derecho comunitario hasta el Tratado de Maastricht⁴³⁸.

Bien puede decirse que la retórica de la ciudadanía europea ha edulcorado el proceso de transformación de las libertades económicas, partiendo de las concreciones del principio de no discriminación para llegar a las libertades trascendentes que exigen dejar a un lado todas las normas nacionales que pueden constituir un obstáculo para la realización del mercado común. Pero esta operación tiene un precio: emancipar el parámetro comunitario de revisión constitucional nacional e implícitamente construir un estándar supranacional trascendental diseñado por el TJUE, a partir de las disposiciones de los Tratados. Como bien se sabe, este estándar, referido a los derechos fundamentales, plantea pocos problemas (o problemas relativos) cuando se mueve en el terreno común de las tradiciones constitucionales nacionales, la CDF y la jurisprudencia del propio TJUE⁴³⁹.

Por ello, el TJ no ha tenido problemas en dar prioridad a la libertad de expresión o a la dignidad humana cuando éstas se contraponían a las libertades económicas fundamentales comunitarias (sentencias *Schmidberger*, C-112/00 y *Omega*, C-36/02). Tampoco cuando lo que se trataba era de dar rienda suelta al principio de no discriminación, en cualquiera de los ámbitos materiales donde opera: el TJUE declaró contrario al derecho comunitario el artículo 12 LFB, que prohibía a las mujeres de aquel país desarrollar en el ejército funciones que comportaban el uso de armas (*Tanja Kreil*, C-258/98) y otorgó pensiones de jubilación a transexuales, a costa de modificar las reglas del registro civil en el Reino Unido (C-117/01 y C-423/04).

Al margen de los problemas competenciales que pudiese plantear la anterior jurisprudencia del TJUE, lo realmente relevante de la misma es que entra a valorar decisiones de las autoridades nacionales basadas en derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros,

436. Terminología de la Abogada General Kokott en las conclusiones del asunto *Tas Hagen*, C-192/05.

437. Sobre éstas en general, ver GARCÍA HERRERA y MAESTRO BUELGA, 1999.

438. OFFE, 2000.

439. DE MIGUEL BÁRCENA, 2008 y MORIJN, 2006.

Capítulo III. Presupuestos de teoría y dogmática...

teniendo en cuenta el ámbito material y axiológico que proporcionan los Tratados comunitarios. Se rompe de esta forma la tradicional posición jurisprudencial, por la que la actuación comunitaria en materia de derechos se realizaba en el marco *exclusivo* del derecho comunitario y sus competencias⁴⁴⁰.

En este sentido, parece que el cambio de parámetro (de las Constituciones nacionales hacia los Tratados) tiene que tener consecuencias allí donde la naturaleza material de los ordenamientos no es convergente. Esto ocurre, obviamente, aunque no sólo, con el constitucionalismo social, que como ya hemos advertido se constituye como el contexto jurídico particular donde entran en conflictivo las libertades económicas fundamentales contenidas en los Tratados, y los derechos sociales de las Constituciones nacionales.

En la sentencia *Mangold* (C-144/04), que la doctrina suele incluir en la misma saga jurisprudencial que las sentencias *Laval*, *Viking*, y *Rüffert* antes aludidas, el TJUE consideró contraria al principio de no discriminación por razón de edad, la legislación alemana que permitía la rebaja de la edad de los trabajadores próximos a su jubilación, necesaria para la realización de contratos de carácter temporal que incentivasen su inserción laboral⁴⁴¹. Éste es un buen ejemplo de cómo la «constitución antidiscriminatoria europea» permite una mayor conexión material entre ordenamientos, a pesar de que ello implique la entrada en áreas constitucionales especialmente sensibles al consenso político y a las tradiciones constitucionales particulares de cada Estado miembro, como es el caso de los derechos sociales. Áreas muy distintas, pues mientras en los Tratados comunitarios sigue existiendo una desconexión evidente entre la integración económica y la integración social, las Constituciones nacionales, entre ellas la española, siguen permaneciendo como los espacios donde se desarrollan las prerrogativas sociales de forma sustantiva.

Los problemas están destinados a persistir porque en el fondo de la cuestión que venimos analizando, hay una transferencia de los poderes de adopción de decisiones de los procedimientos políticos y representativos a los judiciales. Ello seguirá provocando una desconexión estructural entre la

440. CARROZZA, 2006.

441. El pronunciamiento *Mangold* ha llegado al Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha tenido que enfrentarse al asunto después de volver a deslindar en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa, los límites de la identidad constitucional del ordenamiento jurídico alemán, especialmente en lo relativo al sistema competencial. El resultado fue el de considerar que el TJUE, en su tarea exclusiva de interpretar y guardar la coherencia del ordenamiento comunitario, no había traspasado ningún límite competencial de forma *intolerable*. Al respecto, MAHLMANN, 2010.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

adjudicación constitucional europea y los procesos políticos nacionales, cuestión que si antes sólo era percibida por los estudiosos y los profesionales de derecho, hoy comienza a ser descubierta por los ciudadanos como consecuencia de la crisis económica y financiera.

Capítulo IV

Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)*

1. FUENTES

1.1. PRECISIONES PREVIAS SOBRE EL CATÁLOGO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En el comienzo de esta obra realizamos una aproximación preliminar al objeto de nuestro estudio (*supra*, I, 1.1) y en el capítulo anterior identificamos los tipos básicos de normas constitucionales relativas a dicho objeto, con especial atención al concepto de derecho subjetivo fundamental (*supra*, III, 1). Conviene ahora volver sobre ambos temas y establecer con mayor detalle y precisión cuáles son los derechos sociales que estudiaremos en la segunda parte. En realidad, el título de la obra («Derechos sociales») es engañoso y si se eligió así fue por simplificar. A nosotros nos interesan sólo los derechos fundamentales sociales de prestación (en adelante, DFSP), categoría compuesta por cuatro elementos; aun a riesgo de enumerar lo obvio: 1) derechos (subjetivos), 2) fundamentales, 3) sociales y 4) de prestación. A los dos primeros aludimos en el capítulo anterior. Sobre los dos segundos trataremos en los apartados siguientes de este mismo capítulo.

En primer lugar, debemos abordar la problemática de las fuentes de los

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA. Agradecemos los comentarios generales de José Luis CASCAJO, Ricardo GARCÍA MANRIQUE y Ana SALADO a una primera versión de este capítulo, así como los comentarios puntuales a algunas tesis específicas de Roberto BLANCO, Christian COURTIS, María DÍAZ CREGO, Ignacio GUTIÉRREZ, Fernando LOZANO, Juan MESTRE, Francisco PASCUAL, Alejandro SAIZ y Pablo SANTOLAYA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

DFSP o, si se quiere, del catálogo de los mismos, necesario paso previo de cualquier estudio de dogmática jurídica.

Si hablamos de derechos fundamentales, la fuente a estudiar no puede ser otra que la Constitución (*supra*, III, 1.2), que en su concepto actual (sin duda hay otros anteriores y seguramente el concepto evolucionará en el futuro) es la Constitución nacional, formal, normativa y suprema¹. Veamos:

- a) La Constitución es nacional y hoy por hoy no hay otra Constitución que no sea la nacional. El fracasado «Tratado por el que se establece una Constitución para Europa», popularmente denominado «Constitución europea», no parece que fuera una auténtica Constitución, a menos que alteráramos la esencia del concepto tradicional de la misma, asumido por la práctica totalidad de los juristas desde mediados del siglo XX². No tiene ya sentido retomar la polémica sobre la llamada Constitución europea, pero sí quizás recordar que su sucesor, el TFUE tampoco es, propiamente, una Constitución³.

1. A estos cuatro elementos del concepto de Constitución suelen añadirse elementos materiales, como los enunciados en el famoso art. 16 de la Declaración francesa de 1789 (división de poderes y garantía de los derechos), a los que hoy agregaríamos al menos el principio democrático. No entraremos ahora en esta cuestión, más bien pacífica, por resultar innecesaria para este capítulo.
2. Un jurista de prestigio, CRUZ VILLALÓN (2004) señala al respecto lo siguiente: «Si en su día [la llamada Constitución europea] llega a prosperar, será Constitución porque todos los Estados miembros habrán querido que lo sea, y hay que suponer que son Estados que saben lo que es una Constitución. Si el Tratado se aprueba como Constitución de la Unión de veinticinco Estados miembros, y puede que para entonces incluso más, no veo autoridad o competencia técnica para decir que no "es" una Constitución» (p. 138). Más adelante, señala el autor que del art. I.6 del malogrado texto («La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que se le atribuyen a ésta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros») no cabe deducir que la llamada Constitución europea sea jerárquicamente superior a las Constituciones de los Estados, sino que «la realidad [...] es que seguimos con la regla de primacía de aplicación» (p. 139). Por ello, finalmente, CRUZ VILLALÓN no tiene más remedio que proponer, de forma indirecta (lo hace mediante referencias a distintos autores alemanes, sin definirse de forma clara al respecto), un nuevo concepto de Constitución, aceptando que pueda hablarse de Constitución aun sin existir supremacía incondicionada (pp. 146-149).
3. Pese a ser una norma jurídica con un contenido político similar al propio de las Constituciones carecería de dos elementos esenciales de las mismas, mutuamente implicados: la aprobación popular y, sobre todo, la supremacía incondicionada. Bien es cierto que, por parte sobre todo de los constitucionalistas estudiosos del Derecho de la Unión Europea (que son ya legión), van apareciendo propuestas de redefinición de lo constitucional, que minimizan la centralidad de la supremacía (la aprobación popular parece que interesa menos, pero para nosotros es irrenunciable), noción ésta construida pensando en un único ordenamiento y no en la situación actual de pluralidad de ordenamientos. Entre la amplia bibliografía, últimamente, por todos, MÖLLERS, 2007, pp. 183 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

Pese a ello, desde 2010 está en vigor en España una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF), con rango de tratado (art. 6.1 TUE, redactado por el Tratado de Lisboa). Pues bien, como hemos señalado en otra ocasión, los llamados derechos fundamentales comunitarios (en rigor, derechos fundamentales de la Unión Europea) no son propiamente derechos fundamentales, pues no vinculan incondicionadamente a los Estados, sino sólo en la medida en que apliquen el Derecho de la Unión (art. 51.1 CDF)⁴. La CDF, en consecuencia, no sirve para crear derechos fundamentales y por tanto no ayuda a configurar el catálogo de los DFSP, aunque puede contribuir a determinar (normalmente ampliándolo) el contenido de los mismos (*supra*, III, 6.3 e *infra*, 4.3.2).

- b) La Constitución es formal, es decir, un texto escrito aprobado con ese nombre. No hay DFSP que no deriven expresa o tácitamente del texto aprobado en 1978.
- c) La Constitución es normativa. Ninguna duda cabe, desde los primeros estudios en la materia y, sobre todo, desde la puesta en marcha de nuestro Tribunal Constitucional, que la CE es plenamente normativa en todo su articulado. Que todos y cada uno de sus preceptos se cumplan o no es otra cuestión. Aquí hemos de dar la razón a FERRAJOLI, cuando viene a señalar que un derecho existe cuando es reconocido, y de ese reconocimiento automáticamente se deriva una garantía, aunque ésta no se encuentre explicitada; habría, en ese caso, un problema de interpretación, no de validez⁵.
- d) La Constitución es suprema, y por definición la supremacía, como la soberanía, es única, no compartida. En nuestro sistema, el TFUE está subordinado a la CE (*infra*, III, 6.3) y es objeto, no parámetro, de control, por el Tribunal Constitucional [arts. 161.1.a) CE y 27.2.c) LOTC y Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004].

Como sabemos (*supra*, III, 1.2), para la exacta determinación del catálogo de los derechos fundamentales (y por tanto también del catálogo de DFSP), esto es, de qué figuras concretas pueden, en nuestro ordenamiento, ser calificadas como pertenecientes a dicha categoría, no parece relevante

4. ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 387 y ss.

5. FERRAJOLI, 1999, pp. 60 y ss. y 2008, pp. 71 y ss. En términos de este autor en estos casos existen lagunas que necesariamente el legislador debe colmar. Si no le hemos entendido mal, se trata de un problema de interpretación, no de validez ni de vigencia, pues la norma que impone la obligación (en nuestro caso la CE) es válida y está vigente.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

acudir al simple criterio de la ubicación sistemática en una u otra parte del texto constitucional. Si un derecho cuenta con las dos garantías típicas de la Constitución normativa (vinculación del legislador y tutela judicial directa), es ya un derecho fundamental, con independencia del lugar de la Constitución donde se encuentre. La circunstancia de que un derecho, por ubicarse fuera de la llamada parte dogmática de la Constitución o de un apartado de la misma especialmente reforzado, cuente con un nivel menor de garantías (careciendo, p. ej., del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional) no impide que sea considerado, en términos conceptuales, un derecho fundamental.

Como se advierte, las categorías derechos fundamentales y derechos constitucionales resultan idénticas⁶. Dentro de la CE hay sin duda muchas normas que en apariencia no reconocen derechos fundamentales. Pretender encontrar éstos en aquéllas exige un esfuerzo complementario de argumentación (una especie de carga de la prueba de quien sostiene esa tesis), pues va más allá del método más claro de interpretación, la interpretación literal.

El catálogo de derechos de la CE es cerrado, pues la CE, a diferencia de otros textos constitucionales (el precepto clásico es la IX enmienda a la Constitución de Estados Unidos), no contiene cláusulas de apertura. Ello no impide, sin embargo, que indirectamente y con carácter excepcional, pueda ampliarse el catálogo sobre la base de la interpretación extensiva y evolutiva de las figuras expresamente reconocidas.

Si, por definición, la CE es la única fuente de los derechos fundamentales, la posibilidad de reconocerlos sólo por ley no cabe en nuestro sistema. Si aun así el legislador lo hiciera⁷, la dogmática debería incardinar, mediante la interpretación, ese pretendido derecho fundamental en una de las figuras del catálogo de la CE y, en caso de no resultar posible, corregir el exceso semántico del legislador.

1.2. LOS DERECHOS EXPLÍCITOS

Si la CE habla expresamente de derechos, entonces hay derechos (subje-

6. Rectificamos así la tesis que sostuvimos en ESCOBAR ROCA (1997, p. 672) de distinguir ambas categorías, «con el exclusivo fin de no añadir más confusión a la ya reinante». Intentamos entonces plegarnos al sentir dominante pero ahora nos damos cuenta de que la dualidad es innecesaria y contraproducente.
7. Normalmente, de forma tácita, como en los catálogos de derechos de los nuevos estatutos de autonomía (sobre esta cuestión, *supra*, III, 3.2) o al enumerar derechos en leyes que aparentemente pretenden regular derechos fundamentales, como la LE o la LD. Como ejemplo de la necesidad de incardinar derechos legales en normas constitucionales específicas para atribuir a aquéllos fundamentalidad, *vid.* El FJ 11 (sobre el derecho a la reagrupación familiar) de la STC 236/2007.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

tivos), con las consecuencias que de esta adscripción se derivan, y ya demostramos en su momento que el artículo 53.3 CE no era obstáculo para ello (*supra*, III, 1.2). Despejado este problema, ninguna duda cabe de que son DFSP, al menos, los cinco siguientes: educación («derecho a», art. 27.1), trabajo («derecho al», art. 35.1), protección de la salud («derecho a», art. 43.1), cultura («a la que todos tienen derecho», art. 44.1) y vivienda («derecho a disfrutar de una», art. 47). La interpretación literal no ofrece dudas.

Antes de continuar con la búsqueda de otras figuras de DFSP, conviene detenerse brevemente en la cuestión de la igual o desigual naturaleza de estas cinco figuras. Ya hemos destacado que su ubicación en tres lugares distintos (secciones 1ª y 2ª del capítulo II y capítulo III) del título I carece de consecuencias significativas (nuevamente, *supra*, III, 1.2), y lo reiteraremos en otros apartados de este capítulo y del siguiente. Recientemente, GAVARA DE CARA parece (decimos parece, pues el autor no se expresa con contundencia y claridad) distinguir entre dos tipos de derechos de prestación, y ello sin acudir al consabido criterio de la ubicación sistemática, lo que hace más original su tesis⁸. Conviene transcribir literalmente las afirmaciones de este autor: «Generalmente, cuando [los derechos de prestación] son incluidos en la Constitución y dan lugar a pretensiones que sean aplicables directamente a favor de los ciudadanos, responden a necesidades sociales que se quieren superar de forma permanente o que ya hayan sido superadas, de modo que la prestación se realiza sin dificultades económicas o materiales para los poderes públicos, tal como sucede con el derecho a la educación básica, obligatoria y gratuita o con la tutela judicial efectiva, que cuentan con una organización y ordenación procedimental y procesal suficiente para la efectiva realización y satisfacción de dichos derechos. En cambio, para otros derechos como los vinculados a la Seguridad Social que se relacionan con una realidad cambiante, la formulación concreta desde un punto de vista constitucional debe posibilitar el cambio de situación sin necesidad de reforma constitucional mediante un reconocimiento relativo y una configuración abierta, de forma que los presupuestos y condiciones de la prestación se configuran y concretan a partir de una decisión legislativa»⁹. Como se advierte, GAVARA, muy sutilmente, viene a trazar una línea de separación importante entre derechos de aplicación directa (desde la CE) y derechos de aplicación diferida a su desarrollo legislativo. En términos conceptuales, la tesis de GAVARA

8. Una idea similar aparece en BALDASSARRE (1997, pp. 214 y ss.), quien inicialmente distingue entre derechos sociales condicionados e incondicionados. Sin embargo, de manera algo incoherente, este autor al final relativiza esta distinción (pp. 219 y ss.), reconociendo la naturaleza «unitaria» de la categoría derechos sociales.

9. GAVARA DE CARA, 2010, pp. 31-32.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

implica que los primeros (la educación y no sabemos cuál más) son DFSP y los segundos (la Seguridad Social y no sabemos cuál más) no. A nuestro entender, al menos los cinco derechos explícitos que antes enumeramos son DFSP y GAVARA comete un doble error:

- a) Asociar validez (existencia como DFSP) con previsión de eficacia. El criterio de distinción es, de entrada, discutible, pues no es fácil determinar objetivamente (al menos, GAVARA no aporta datos empíricos al respecto) qué derechos «cuentan con una organización y ordenación procedimental y procesal suficiente para [su] efectiva realización y satisfacción». Sea como fuere, para nosotros, como para Kelsen¹⁰, las normas son válidas con independencia de su eficacia real o de sus mayores o menores posibilidades de eficacia¹¹. Es más, cuantas más dificultades de eficacia tenga una norma, mayor importancia tendrá como norma y mayor vinculación proyectará sobre sus destinatarios.
- b) Asociar validez (existencia como DFSP) con invariabilidad (de contenido de los DFSP, entendemos). Nuevamente, el mismo criterio de distinción resulta discutible, pues, como veremos en la segunda parte de esta obra, no parece que el derecho a la Seguridad Social sea más indeterminado en su contenido que el derecho a la educación, por seguir los mismos ejemplos propuestos por GAVARA. Sea como fuere, para nosotros, las normas son válidas con independencia de la mayor o menor apertura de su contenido normativo. En los casos de mayor apertura existirá mayor necesidad de interpretación, doctrinal, jurisprudencial o legislativa, pero no una desaparición de su naturaleza normativa, en nuestro caso de su naturaleza de DFSP.

1.3. LOS DERECHOS DEDUCIDOS

Como adelantamos en su momento, la ubicación de una norma en uno de los cuatro tipos básicos de normas constitucionales es una cuestión en ocasiones interpretativa y por tanto discutible (*supra*, III, 1.1). De entrada, para poder afirmar la existencia de un derecho fundamental será preciso encontrar un precepto que, con expresiones del tipo «todos tienen derecho», «se garantiza», «se reconoce» o similares, permita entender que el constitu-

10. Kelsen, 1998, pp. 217 y ss. La cuestión, en todo caso, es mucho más compleja, pero en ella no podemos detenernos ahora. Para un primer esbozo problemático, PALOMBE-LLA, 2006, pp. 29 y ss.

11. Para nuestro tema, p. ej., PISARELLO, 2007, p. 81, o REY PÉREZ, 2007, p. 141, con acertada crítica a PECES-BARBA.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

yente¹² está aludiendo a un derecho subjetivo. Sin embargo, a veces se han identificado también derechos fundamentales a partir de expresiones no tan claras, contenidas en preceptos que aparentemente incluían normas de otro tipo. Veamos:

- a) Si las normas de principio son sólo las nucleares (concepción estricta), a saber, los valores superiores y los elementos definidores de la forma de Estado (*supra*, III, 1.1), no será fácil encontrar ejemplos de creación jurisprudencial de derechos a partir de dichas normas. La explicación es obvia: la vaguedad característica de las mismas. El candidato más idóneo, el principio de dignidad de la persona¹³ (en el que podría integrarse el de libre desarrollo de la personalidad), no ha servido como fundamento claro de creación de derechos nuevos¹⁴. Tampoco es fácil encontrar este tipo de argumentación en otros sistemas jurídicos¹⁵, al menos en los que apuestan por los catálogos cerrados¹⁶.
- b) De normas de mandato se han deducido con naturalidad derechos fundamentales en algunos casos, en los cuales el texto constitucional no empleaba los términos habituales de reconocimiento de derechos. Así sucede, por ejemplo, con la expresión «La ley regulará» y otras similares: en coherencia con la vinculación positiva del legisla-

12. No basta el Derecho internacional; últimamente, por todas, STC 38/2011, FJ 2.

13. Como es sabido, el Tribunal Constitucional viene considerando que la dignidad de la persona no es un derecho fundamental sino un principio, con consecuencias sobre todo interpretativas (sobre nuestro tema, *supra*, III, 2.1.2). Aquí no nos detendremos en discutir esta tesis, ciertamente discutible.

14. La más directa y menos retórica aplicación del principio que hemos encontrado es la STC 192/2003, en la que viene a reconocerse, bajo la artificiosa cobertura del art. 24.1 CE, un derecho fundamental a la libertad de trabajar en período vacacional, pero este derecho no es en realidad nuevo, pues bien puede deducirse del art. 35.1 CE (si el Tribunal no lo cita es porque está fuera de los tutelables en amparo). Resulta significativo que en uno de los más penetrantes y completos estudios sobre el principio en nuestra doctrina se expongan ejemplos de la dignidad como principio aglutinador, delimitador y limitador de derechos, más no de la dignidad como principio creador de derechos (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2005, pp. 101 y ss.).

15. El caso estadounidense sería el candidato más idóneo, dada la antigüedad de su Constitución, lo que la hacía propicia a la creación de nuevos derechos. Sin embargo, estos se han deducido más bien de otras normas de derechos (las enmiendas 9ª y 14ª), no de normas de principio. En cuanto al caso alemán, tampoco serviría de ejemplo, al menos en relación con la dignidad, pues allí ésta no es principio sino derecho.

16. En América Latina son más frecuentes los catálogos abiertos, de ahí que los respectivos Tribunales Constitucionales hayan reconocido generosamente derechos nuevos, con algún riesgo, creemos nosotros, para la misma estabilidad del sistema de derechos fundamentales.

dor a la Constitución, si existe el deber constitucional de legislar a favor de un determinado derecho, ese derecho existe, como derecho fundamental, desde la misma entrada en vigor de la Constitución, se haya dictado o no la ley correspondiente. Aquí contamos, al menos, con dos ejemplos claros, que no plantean problema a nuestra doctrina: el derecho a la autodeterminación informativa¹⁷ y el derecho a la objeción de conciencia¹⁸.

La ubicación sistemática no parece relevante a los efectos mencionados. Véase si no el artículo 120.1 y 3, que se halla en el Título VI. En este caso, de normas de mandato, la jurisprudencia ha deducido, nuevamente sin problemas, derechos fundamentales, respectivamente, a la publicidad¹⁹ y a la motivación²⁰ de las sentencias. Que ambos derechos se integren luego en el contenido del artículo 24 CE no resulta relevante a nuestros efectos.

- c) Las normas orgánicas (de organización y procedimiento) plantean una problemática especial. Si sólo regulan órganos y procedimientos parecen más bien garantías de otros derechos, a menos que estemos en presencia de derechos que consistan esencialmente en pretensiones de órganos y procedimientos y que no encuentren otra norma más adecuada de reconocimiento. Apenas hay normas orgánicas directamente relacionadas con los DFSP (*supra*, III, 1.3) y ninguna de ellas parece candidata a configurar un DFSP específico. No insistiremos por tanto sobre este punto.

El paréntesis era necesario, para demostrar que la creación de derechos a partir de normas que expresamente no los reconocen es algo aceptado por la jurisprudencia constitucional. Ningún problema debería haber, en consecuencia, en aplicar esta misma forma de razonar a nuestro ámbito de estudio. Ahora bien, la deducción debe ser demostrada²¹. Sin perjuicio de volver más

-
17. Inicialmente el Tribunal Constitucional incardinó este derecho en el art. 18.1, pero más tarde (al menos desde la STC 11/1998) acabó haciéndolo en el art. 18.4, que expresamente no menciona derecho alguno.
18. STC 15/1982. ESCOBAR ROCA, 1993, pp. 173-174 y 269 y ss.
19. STC 96/1987 y muchas otras posteriores.
20. STC 24/1990 y muchas otras posteriores.
21. La jurisprudencia a veces no justifica demasiado esta deducción pero la doctrina está obligada a hacerlo; de interés sobre este punto, REY MARTÍNEZ, 2009, esp. pp. 351-352. No podemos aceptar sin más la afirmación de SCHMIDT, referida por CASCAJO CASTRO (1988, pp. 82-83), según la cual «toda norma constitucional objetiva puede transformarse en la tutela subjetiva de un derecho fundamental» y no le falta gran parte de razón a LINDNER cuando afirma que si el constituyente estableció un mandato y no un derecho, por algo sería, de lo que este autor deriva un principio interpretativo de respeto a la separación de las categorías sistemático-normativas presentes en la Constitución (2005, pp. 162-164). Ahora bien, entendemos que el principio admite

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

adelante, en los capítulos correspondientes, sobre el tema, encontramos dos figuras de DFSP derivables sin especial dificultad de normas de mandato:

- a) La Seguridad Social no figura expresamente reconocida como derecho en la CE. El artículo 41 CE contiene una norma de mandato («Los poderes públicos mantendrán...») pero ni la jurisprudencia ni la doctrina parecen dudar de que del precepto cabe deducir la existencia de un derecho. El razonamiento suele ser endeble e incluso inexistente pero la conclusión es clara. Como más adelante se precisará (*infra*, VIII, 4.1), el argumento principal se encuentra doblemente en el artículo 10 CE: la Seguridad Social deriva, como los demás derechos fundamentales, de la dignidad de la persona (art. 10.1) y es reconocida expresamente como derecho en los tratados internacionales que vinculan al intérprete de la CE (art. 10.2), y especialmente en los artículos 9 PIDESC y 12 CSE.
- b) El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad tampoco se encuentra reconocido como tal por la CE, pero de la interpretación de la misma se puede deducir la existencia de un derecho fundamental (*infra*, XII, 1.3), y así lo ha hecho el propio legislador (art. 1.1 y DF 8ª LD). En efecto, como en el caso anterior, el artículo 49 CE contiene un mandato de actuación («Los poderes públicos realizarán...») pero del precepto puede deducirse, sin excesivos problemas, un derecho²². Nuevamente, la interpretación sistemática (con el art. 10 CE) parece el argumento más fuerte: el derecho cuya existencia defendemos deriva doblemente de la dignidad de la persona y del Derecho internacional.

1.4. LOS DERECHOS TRANSVERSALES

Si el catálogo de los derechos es cerrado, con las matizaciones señaladas, y si sólo cabe hablar de derechos cuando éstos aparecen, expresamente o por deducción, en la CE, no parece fácil hablar de nuevos derechos, y ello pese a la casi natural tendencia expansiva de los DFSP²³. Sin embargo, excepcionalmente, lo cierto es que éstos aparecen, y así lo demuestra la lectura detenida de los tribunales que cuentan con un parámetro de control jurídica-

excepciones, permitidas precisamente por la entrada en juego de otros principios, también interpretativos. Para una defensa general de la subjetivización de las obligaciones de protección, desde el necesario respeto a la discrecionalidad del legislador al respecto, KRINGS, 2003, pp. 234 y ss.

22. La no configuración automática de derechos a partir de preceptos similares (mandatos de protección de colectivos desfavorecidos) fue justificada *supra*, III, 1.
23. Así, SARLET, 2007, p. 301.

mente limitado: el Tribunal Constitucional (sólo juez de la CE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sólo juez del CEDH). En ocasiones ambos tribunales reconocen derechos con una cierta novedad y autonomía y derivados del único texto que pueden aplicar, incluso identificando derechos ya reconocidos como tales en las normas que no pueden aplicar²⁴. Este modo de razonar no es correcto para la dogmática española de los derechos fundamentales: si una facultad forma parte, con naturalidad, del contenido de un derecho reconocido en la CE, no puede incardinarse, forzosamente, en el contenido de un derecho diferente²⁵. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ven obligados a ello, por razones competenciales, pero nosotros no.

La agrupación de intereses en una figura concreta de derecho y su delimitación frente a otras figuras es una cuestión meramente convencional, útil sobre todo para el análisis dogmático. Lo importante es delinear con la mayor precisión posible el círculo de lo fundamental, no tanto diferenciar una figura de otras pertenecientes al mismo círculo. Ahora bien, no caben figuras que caminen libremente, sin asidero en precepto constitucional alguno. En nuestro sistema, la adscripción de cada figura a un precepto es imprescindible, y tiene consecuencias.

La enumeración de las figuras (nueve en nuestro caso), correspondiente cada una de ellas a un capítulo de la segunda parte de esta obra, se realiza identificando bloques de facultades que responden a una cierta unidad. Ya hemos visto cinco figuras de derechos explícitos y dos figuras deducidas de normas de mandato. Nos quedarían por ver dos figuras más, que cabe calificar como derechos transversales, por usar la terminología de la doctrina italiana²⁶. Ambos se deducen de un conjunto de normas constitucionales²⁷:

a) El derecho a los servicios sociales aparece expresamente, como dere-

24. El ejemplo más claro en el TEDH es el derecho al medio ambiente, artificiosamente deducido del art. 8 CEDH. En relación con nuestro tema, el Tribunal Constitucional ha deducido el derecho a la salud del art. 15 CE (p. ej., SSTC 62/2007, 160/2007 o 37/2011); para más detalles, *infra*, IX, 1.2.2. Bien es cierto que ninguno de los dos Tribunales reconoce expresamente estos derechos, manteniéndose siempre dentro de la interpretación de las figuras reconocidas.

25. Hay otros problemas derivados de esta metodología, y en especial la pérdida de estabilidad de la dogmática, como han criticado AUGSBERG y AUGSBERG (2007), en su análisis de la jurisprudencia sobre los llamados derechos combinados (*kombinationsgrundrechte*) del Tribunal Constitucional alemán.

26. CORCHETE MARTÍN, 2007, pp. 551-553.

27. Podríamos hablar aquí de un Derecho constitucional no escrito, admisible, según los restrictivos requisitos de LINDNER (2005, pp. 169-173), con dos condiciones: hay razones suficientes que evidencian que el constituyente quiso incluirlo y tales razones pueden cimentarse sobre el texto constitucional.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

cho autónomo, en el artículo 14 CSE (y en otros tratados, *infra*, XIII, 1.4) pero no en la CE. Sin embargo, puede deducirse, como figura dotada de perfiles propios, de diversos preceptos de la misma (*infra*, XIII, 1.3), no sólo de una norma concreta de mandato, de ahí que prefiramos usar para él la categoría de derecho transversal.

- b) En la misma situación se encuentra el derecho al mínimo vital. Como también se verá (*infra*, XIV, 5.2), éste puede deducirse de la interpretación conjunta de diversos preceptos.

En definitiva, todos los DFSP derivan de la CE y el catálogo de los mismos que defendemos viene conformado por nueve figuras, todas ellas, en principio, de naturaleza equivalente.

2. CONCEPTO

La determinación del catálogo y del concepto de los DFSP es una tarea inevitablemente circular: para seleccionar los DFSP del catálogo de la CE hemos debido presuponer, implícitamente, un concepto de DFSP y, en estricta dogmática jurídica, no se puede construir un concepto al margen de las previsiones de los catálogos presentes en el ordenamiento vigente, de entre los cuales destaca, habida cuenta de la inexistencia en la CE de la categoría derechos sociales²⁸, el ya mencionado catálogo del PIDESC²⁹ (*supra*, I, 1.1). Nótese, sin embargo, que el PIDESC habla, en principio, de más cosas: no sólo de derechos sociales sino también de derechos económicos y culturales. Dejando de lado el caso de los derechos culturales³⁰, la distinción entre derechos económicos y derechos sociales, nada clara en la doctrina internacionalista³¹, carece de consecuencias relevantes³², advirtiéndose que

-
28. En toda la CE, el término «derechos sociales» sólo aparece expresamente en el art. 42, junto a los derechos económicos de los trabajadores españoles en el extranjero. La referencia es aislada y no sirve para construir a partir de ella la categoría general que buscamos ahora.
29. También es importante el catálogo de la CSE, pero nos centraremos en este capítulo en el PIDESC pues este texto resulta suficiente a los efectos que buscamos y para resumir. La lectura de la CSE, salvo matizaciones de detalle, no hace sino reforzar nuestras afirmaciones al hilo del PIDESC.
30. Como veremos (*infra*, X, 1.3.1 y 4.1), los derechos culturales del PIDESC van bastante más allá del derecho a la cultura como DFSP, que es el que nos corresponde analizar en esta obra.
31. La distinción entre derechos económicos y derechos sociales no preocupa demasiado a la doctrina internacional. Entre las pocas referencias que hemos encontrado al respecto cabe citar la de EIDE (2001, pp. 17-18), quien califica como económicos los derechos al trabajo y a la Seguridad Social, pero sin argumentar a favor de tal clasificación. Más adecuada a la dogmática constitucional nos parece la propuesta de VICENTE GIMÉNEZ (2006, pp. 25-28) pero tiene el inconveniente de contrariar frontalmente los datos normativos ofrecidos por el PIDESC.
32. Así viene a reconocerse en DE CASTRO CID, 1993, p. 151.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en la práctica los derechos económicos y sociales del Derecho internacional coinciden con los derechos sociales del Derecho constitucional³³. Habría todavía un motivo más para prescindir aquí del uso del término derechos económicos: su utilización en un sentido diferente (incluso, casi opuesto) en el lenguaje constitucional, en el que resulta frecuente identificar los derechos económicos con la libertad de empresa y la propiedad privada³⁴, que para ningún autor integran en el catálogo de los derechos sociales³⁵. Por ello, para no confundir, los derechos económicos y sociales del PIDESC y los derechos sociales de la CE serán comprendidos aquí como la misma categoría.

El PIDESC ha de continuar entonces siendo el texto de referencia en la búsqueda del concepto de derechos sociales que no hallamos en la CE. Sin embargo, el PIDESC no ofrece expresamente este concepto y más bien parece recogerlo de una tradición histórica, relativamente consolidada. No creemos necesario retomar el tema, suficientemente estudiado, del origen y evolución del concepto de derechos sociales, bastando al efecto las referencias ya realizadas (*supra*, I, 2). Creemos más acertado examinar en este punto las definiciones actuales al uso, no sin antes señalar que, una vez determinado el catálogo de derechos sociales, proponer un concepto de los mismos carece de excesiva trascendencia, resultando significativo que apenas ocupe espacio en las preocupaciones de la más moderna doctrina³⁶.

Como sabemos, el concepto de DFSP está compuesto de cuatro elementos: son derechos subjetivos, son derechos fundamentales, son derechos sociales y son derechos de prestación. Así delineado el concepto de DFSP, quedaría quizás por establecer el elemento primeramente definitorio de la

33. Así, ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 120-121.

34. P. ej., BASSOLS, 1988, pp. 109 y ss.

35. Considerar la propiedad privada como derecho social es forzar mucho las categorías. Otra cosa es que en el Estado social este derecho tenga que reformularse y que incluso puedan extraerse algunas facetas de derecho social dentro de su contenido (como sucede, de forma también excepcional y fragmentaria, con otros derechos de defensa), pero de ahí a considerarlo derecho social hay un gran paso. El autor que lleva más lejos este planteamiento es seguramente REY MARTÍNEZ (1994, pp. 170 y ss.), quien significativamente concluye: «la dimensión prestacional del derecho de propiedad privada permite caracterizarle radicalmente como derecho a la procura existencial; si bien, en esta vertiente, como es natural y a diferencia de su dimensión de derecho de libertad individual, *no opera como derecho subjetivo*» (el subrayado es nuestro) y, como sabemos, si no hay derecho subjetivo tampoco hay derecho fundamental.

36. La mayor parte de los autores que recientemente se ocupan de los derechos sociales no proponen una definición de los mismos. Se trata tal vez de un indicio de la creciente tendencia a difuminar sus diferencias con los derechos liberales. La defensa de la tesis de la desaparición misma de la categoría, puede verse, últimamente, en ANSUÁTEGUI ROIG, 2009, p. 163 y en GARCÍA MANRIQUE, 2010, pp. 74 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

categoría, que es el elemento de lo social; de hecho, si definiéramos los derechos sociales como derechos (subjetivos) fundamentales de prestación el concepto no sólo no aclararía mucho (sería circular) sino que resultaría incorrecto (hay derechos fundamentales de prestación que no son derechos sociales³⁷). En rigor, si consideramos que los conceptos jurídicos se crean primero por inducción (de lo particular a lo general) de los datos ofrecidos por el ordenamiento vigente, esta tarea debería realizarse al final, tras el análisis de los derechos en concreto de la segunda parte de esta obra. Sin embargo, puede resultar ilustrativo adelantar algunas consideraciones. En la más completa clasificación de los conceptos de derechos sociales que hemos encontrado, Beatriz GONZÁLEZ MORENO, siguiendo en parte a Benito DE CASTRO CID, identifica cuatro tipos de aproximaciones, según destaquen uno u otro punto de vista: la dimensión colectiva, los valores que pretenden realzar, el momento de surgimiento histórico o el elemento prestacional³⁸. Como en parte ya se adelantó e iremos demostrando en lo sucesivo, cabe rechazar el uso de las tres primeras aproximaciones como criterio para la construcción del concepto, y ello, respectivamente, por los siguientes motivos: si son derechos subjetivos son, ante todo, derechos individuales, no colectivos (*infra*, 5.1.2); los valores que representan no son sustancialmente diferentes a los propios de los derechos liberales (*infra*, 3.3)³⁹; la tesis mayoritaria sobre su

37. El caso más claro es la tutela judicial. En cuanto a los derechos de estructura compleja, podríamos aludir al medio ambiente, al que normalmente se le atribuye una importante faceta prestacional pero que no suele incluirse en los catálogos habituales de derechos sociales.

38. GONZÁLEZ MORENO, 2002, pp. 74 y ss.

39. Aunque, como ya sabemos (*supra*, III, 4) y después precisaremos, la irrupción de los derechos sociales en el sistema de los derechos fundamentales obliga a una importante reformulación de uno de los presupuestos clásicos de la ideología liberal, el mercado, circunstancia ésta que para algunos es la realmente definitoria (p. ej., HERRERA, 2009, pp. 8-9 y GARCÍA MANRIQUE, 2010, pp. 77-79; más matizadamente, AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, p. 74). Entendemos que HERRERA y GARCÍA MANRIQUE (que no ocultan su ideología socialista) están pensando antes en el ideal de los derechos sociales (correctamente, CASCAJO CASTRO, 1988, p. 53) o en una concepción (no concepto, por tanto) utópica de los mismos que en su naturaleza de derechos fundamentales, con lo cual la centralidad de ese elemento de la definición se diluye bastante. BALDASSARRE (1997, *passim*) apunta bien la solución al problema, al destacar que la concepción de los derechos sociales del socialismo radical ha quedado diluida con su integración en la Constitución, y en este sentido damos la razón a GARCÍA MANRIQUE (2009, esp. pp. 349-350) cuando, al describir las distintas concepciones de los derechos sociales (liberal, socio-liberal y socialista –para nosotros, socialista radical–), destaca las limitaciones (políticas) de la segunda de ellas, que es la que juzgamos más adecuada a la CE. En definitiva, seguramente sea cierta la lapidaria afirmación realizada por GARCÍA MANRIQUE en otro de sus trabajos (2008, p. 596: «Los que aceptan el capitalismo como estructura socioeconómica insuperable, o incluso deseable, no pueden, a la vez, seguir manteniendo una concepción demasiado ambiciosa de los derechos fundamentales»), siempre que la crítica se dirija a las limitaciones de la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

origen no parece del todo correcta (*supra*, I, 3) y, en caso de serlo, resultaría contraproducente para el objetivo latente en esta obra, superar la tradicional minusvaloración de los derechos sociales. Lo relevante, en consecuencia, ha de ser el elemento prestacional⁴⁰, sobre el que volveremos luego (*infra*, 4.2), el cual, como hemos señalado, resulta sin embargo insuficiente para articular en torno suyo una definición de los derechos sociales.

Se impone, por tanto, la búsqueda de un quinto elemento definitorio de lo social. Pues bien, uno de los pocos rasgos comunes que encontramos en todas las figuras del catálogo y que concreta a nuestro entender el significado de lo social no es otro que la satisfacción de las necesidades básicas del individuo⁴¹. Hacemos nuestra, en consecuencia, la definición de CONTRERAS PELÁEZ: derechos sociales son «aquellos derechos en que se concreta, mediante diversos tipos de prestaciones, la colaboración de los poderes públicos en la satisfacción de las necesidades básicas del individuo»⁴².

¿Por qué escoger la satisfacción de las necesidades básicas como el elemento clave de la definición de los derechos sociales? Ciertamente, aquí el concepto tendrá pocas consecuencias dogmáticas, pero alguna tendrá, y en todo caso hay que conjurar, o al menos intentarlo, el riesgo de la arbitrariedad de las definiciones. Nuestra elección procede, sin duda (y así debe ser, de entrada), del uso mayoritario (al menos en contextos jurídicos y políticos) del término «social»: lo social remite, en tales contextos, intuitivamente, a la

dogmática... y yendo todavía más lejos, de la mano del viejo MARX, a las limitaciones del mismo Derecho, como Derecho del Estado: si consideramos, con PÉREZ ROYO (1988, pp. 40-41) que el Estado es consustancial al capitalismo (y el Estado social, «padre» de los derechos sociales, el «Estado capitalista adecuado a su concepto»), GARCÍA MANRIQUE, nuevamente, tiene razón. Ahora bien, si el Derecho es limitado, también es cierto que la Constitución es algo más que Derecho, que el Derecho no lo es todo y que por tanto políticamente puede pedirse mucho más de lo que dan la Constitución y el Derecho. Por todo ello, el concepto jurídico de los derechos sociales (que es el que nosotros buscamos ahora) puede ser menos ambicioso que el concepto político o moral de los mismos. Valga aquí la clásica crítica al iusnaturalismo: para defender los derechos humanos no hace falta cambiar el concepto de Derecho del positivismo.

40. Reconocemos que el elemento prestacional limita el uso habitual del término derechos sociales, excluyendo las libertades sindical y de huelga.

41. P. ej., CRAVEN, 2002, p. 141 y BADERIN y McCORQUODALE, 2007, p. 9. En un sentido similar puede citarse la aportación de MURSWIEK (2000, pp. 252-253), quien identifica los derechos sociales con aquellos que sirven a las «mejores condiciones de vida» de sus titulares o a una participación «en los bienes comunes existentes» (en este último sentido, también CASCAJO CASTRO, 1988, p. 48). Estas últimas expresiones, aunque vienen a reflejar la misma idea, nos parecen más ambiguas y por tanto menos útiles para fijar una definición. En cierto modo, todos los derechos fundamentales cumplen ambas características.

42. CONTRERAS PELÁEZ, 1994, p. 47. En sentido similar, ARANGO, 2001.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

pobreza, a la exclusión y a la desigualdad material y en definitiva (y sobre todo) a la necesidad⁴³. Además, y esto es lo relevante, consideramos (ahora pese a Kelsen) que las razones morales son en última instancia siempre las decisivas, y es por tanto a los filósofos de los derechos sociales a quienes debemos primariamente escuchar. Como veremos en el apartado siguiente, la teoría de las necesidades es sin duda la teoría más importante formulada en ese campo para justificar la existencia de derechos sociales.

3. FUNDAMENTO

3.1. PRECISIONES PREVIAS SOBRE LA DISTINCIÓN Y CONEXIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES Y SOBRE SU UTILIDAD PARA LA DOGMÁTICA

En un trabajo de dogmática jurídica la reflexión filosófica no ocupa un lugar central sino complementario (la Filosofía del Derecho sería «disciplina auxiliar» del Derecho constitucional, en los términos propuestos *supra*, I, 1.2). Fundamentar los DFSP no es una cuestión jurídica sino filosófica⁴⁴, que en realidad no tiene por objeto los derechos fundamentales como tales sino los derechos humanos⁴⁵. Esta dualidad conceptual nos obliga a abrir un breve paréntesis⁴⁶.

43. Ciertamente, como apuntamos en otro lugar (ESCOBAR ROCA, 1993, pp. 68-69), con apoyo en Ágnes HELLER, también podría hablarse (aunque es poco habitual) de necesidades asociadas a los derechos liberales, afirmándose p. ej., que toda persona tiene necesidad de ver respetada su vida, de expresarse o de profesar una religión. Sin embargo, el concepto de derecho social (como todo concepto jurídico) es histórico y surge en un contexto determinado, que es el de las necesidades asociadas a la pobreza, la exclusión y la desigualdad, y en ese contexto debemos seguir moviéndonos, si no queremos subvertir el uso común de las palabras. Acertadamente, ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 16.
44. De los cuatro significados de la expresión «fundamento de los derechos fundamentales» propuestos por FERRAJOLI (2001, p. 314) nos referimos aquí al tercero de ellos («justificación o fundamento axiológico»), que para él (y para nosotros) es el más importante.
45. Dentro de la dogmática jurídica y sin salir de la metodología positivista también podría hablarse de fundamento de los derechos fundamentales, pero en un sentido diferente al que ahora abordamos aquí: el fundamento de los derechos fundamentales, como problema jurídico y no filosófico, aludiría a la pregunta por la ubicación de cada figura en el catálogo de Derecho positivo. Es decir, en términos estrictamente jurídicos, al menos en el sistema español, el fundamento de los derechos fundamentales no puede ser otro que la Constitución.
46. Paréntesis obligado, por cuanto nuestra dogmática constitucional muestra una cierta aversión a estas cuestiones, que contrasta, sobre todo, con la dogmática estadounidense.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Parece haber hoy acuerdo en que derechos humanos y derechos fundamentales son conceptos distintos. En síntesis, los contextos actuales de utilización del término derechos humanos pueden reducirse a dos: la Ética y el Derecho internacional. Ambas acepciones suelen presentarse de forma separada; sin embargo, resulta posible una definición que dé cuenta de ambas, y ello en un sentido como el siguiente: los derechos humanos son demandas de abstención o actuación, derivadas de la dignidad de la persona y reconocidas como legítimas por la comunidad internacional, siendo por ello merecedoras de protección jurídica por el Estado⁴⁷. Veamos más despacio los cuatro elementos de esta definición:

- a) Los derechos humanos son demandas, esto es, exigencias de abstención o actuación, derechos morales, en el sentido de no necesariamente reconocidos por el Derecho positivo. Se trata de demandas concretas de especial fuerza, de ahí la configuración, por buena parte de los filósofos morales, de los derechos humanos como *derechos subjetivos morales*. Esta opción tiene la ventaja de destacar la naturaleza vinculante de los derechos humanos (la idea de subjetividad evoca posiciones normativamente establecidas⁴⁸) y de diferenciar esta categoría de otros conceptos morales de naturaleza menos vinculante y más difusa, como los valores⁴⁹.
- b) Los derechos humanos son demandas derivadas de la dignidad humana. Como derechos morales, amparan exigencias importantes, no demandas circunstanciales, referidas a cuestiones de escasa entidad, que no afectan ni comprometen la posibilidad de una vida digna. De entre todos los valores o principios morales, seguramente sea la dignidad, por su amplitud y generalización, el más adecuado para servir de soporte material a todos los derechos humanos⁵⁰. Como

47. En España, las definiciones de los derechos humanos suelen proceder de los cultivadores de la Filosofía del Derecho, quienes vienen a coincidir con nuestra propuesta (p. ej., HIERRO, 2000, p. 359, o PÉREZ LUÑO, 2003, p. 48) pero sin incluir la referencia necesaria al Derecho internacional; la excepción es GARRIDO GÓMEZ, 2007, pp. 18 y ss. Acabamos de criticar a la dogmática por no dialogar con la Filosofía; pues bien, también habría que criticar a la Filosofía por no dialogar con el Derecho.

48. Sin embargo, como ya vimos (*supra*, III, 1), el concepto de derecho subjetivo en sentido jurídico (que es el obviamente utilizamos a propósito de nuestra tesis sobre la naturaleza de derechos fundamentales de los derechos sociales) es distinto; destaca bien las diferencias ARA PINILLA, 1990, pp. 74-75.

49. En esta dirección, p. ej., ARA PINILLA, 1990, pp. 45 y ss.

50. No todos están de acuerdo, sin embargo, con integrar la dignidad en el concepto de derechos humanos: algunos filósofos prefieren atribuir el puesto central a la autonomía moral, otros optan por una enumeración más amplia de valores (p. ej., dignidad, libertad e igualdad), no faltando quienes dejan esta cuestión indefinida, poniendo en manos de la colectividad la determinación de los valores que doten de contenido

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

sabemos, al menos desde Pico DELLA MIRANDOLA y sin duda a partir de KANT⁵¹, la Modernidad implica la creencia en que todo ser humano posee un valor independiente de su estatus, reconocimiento social o de la posesión de determinados rasgos. De este principio se desprende un conjunto de normas de abstención y actuación, que cabe resumir en la prohibición de reducir la persona a un simple instrumento al servicio de fines ajenos, pero también en el reconocimiento de necesidades que merecen ser atendidas (*supra*, III, 2.1). Por otro lado, el principio protege a la persona frente a toda agresión externa, siendo indiferente el origen público o privado de dicha agresión.

- c) Los derechos humanos son demandas reconocidas por la comunidad internacional⁵². De esta forma, se ponen en conexión las dos formas más habituales de utilización del término derechos humanos: la Ética y el Derecho internacional. Una demanda de individuos o grupos, o de una minoría de filósofos, fundada en una interpretación subjetiva de la dignidad humana, no reconocida por la comunidad internacional, no parece merecer el calificativo de derecho humano. Para lograrlo, es indispensable que dicha demanda sea congruente con un conjunto de principios y valores ampliamente compartidos, plasmado, ante todo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. No es difícil, a nuestro entender, encontrar en este catálogo (o en textos internacionales posteriores, dotados de mayor grado de vinculación), de un modo u otro, la práctica totalidad de las demandas sociales de nuestro tiempo, incluyendo las conectadas con las necesidades básicas de las personas. Téngase en cuenta, no obstante, que la exigencia de reconocimiento internacional debe entenderse de forma relativa. Estrictamente, los derechos humanos (al menos desde la Ética) no deben su existencia a su reconocimiento externo sino a su racionalidad intrínseca; de otro modo, no podrían cumplir una de sus funciones más características (la definitoria, en términos de DWORKIN): la protección de las minorías frente a los designios de la mayoría.

- d) Los derechos humanos son demandas que han logrado o que aspiran

moral a las demandas sociales, permitiéndolas así ser caracterizadas como derechos humanos.

51. KANT, 1996, pp. 199 y ss.

52. No es éste el momento de aludir siquiera a la polémica doctrinal sobre los conceptos de sociedad internacional y comunidad internacional. Baste a nuestros efectos con exigir, como requisito de la definición, un cierto reconocimiento de las demandas en un ámbito supranacional.

a lograr la protección del ordenamiento jurídico⁵³. Los mecanismos de protección son esenciales para que los derechos resulten efectivos. Hoy por hoy, el Derecho internacional, incluso a nivel regional, resulta insuficiente, por lo que deviene siempre necesaria la protección estatal. Sin embargo, no hay que confundir los derechos humanos con las garantías para protegerlos. A diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales (*infra*, V, 1), la ausencia de dichas garantías no implica la ausencia de derechos humanos, los cuales, como demandas que son, conservan su vigencia independientemente de su reconocimiento fáctico por parte de un determinado ordenamiento positivo. Las demandas no contenidas en las normas jurídicas o las contenidas en ellas pero careciendo de las garantías necesarias para lograr su efectividad, son derechos humanos, siempre que, como es obvio, cumplan el resto de los elementos de la definición.

Como se advierte, aunque estamos defendiendo la configuración de los derechos humanos como derechos morales, hacemos también un esfuerzo por conectar esta categoría con el mundo del Derecho. Se alude así, en la misma definición, a la dimensión jurídica de los derechos humanos, que aunque es externa a ellos, resulta indispensable para asegurarles eficacia y para precisar su alcance concreto. Insistimos en que la dimensión moral de los derechos humanos es su dimensión característica: garantiza su fuerza y vigencia al margen de los vaivenes de la Historia, de las contingencias de un consenso circunstancial y de su consagración en el Derecho positivo. De esta forma, la apelación a los derechos humanos sigue teniendo sentido (incluso más) si un Estado decidiese la eliminación o suspensión indefinida de su vigencia. Históricamente, la demanda de derechos en ausencia de su reconocimiento jurídico ha servido para limitar la arbitrariedad del poder e incluso para cuestionar una legalidad basada en los privilegios o en la mera fuerza. Téngase en cuenta, además, que la apelación a los derechos humanos es también importante cuando éstos se encuentran reconocidos por el Derecho positivo. Una de las críticas más comunes al positivismo, que lastra todavía los métodos de trabajo de la dogmática jurídica, especialmente en la Europa continental, es su olvido del componente moral de los derechos, aduciendo que lo único relevante es defender el Derecho positivo (para más detalle, *supra*, I, 1.2). Incluso en países dotados de un catálogo de derechos contenido en una Constitución normativa conviene tomar en serio la dimensión moral de los derechos, esto es, los derechos humanos, con el fin de contar

53. Es importante matizar que no necesariamente como derechos fundamentales subjetivos, como bien apunta POGGE, 2005, p. 68, en relación con una problemática próxima a nuestro ámbito de estudio.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

con una instancia distinta para valorar de manera crítica un determinado ordenamiento e implementar sus posibilidades interpretativas, en un sentido más favorable a la dignidad de la persona. No se olvide, además, que la positivación de los derechos es un proceso dinámico y abierto, a través del cual un principio moral o una demanda de libertad van ganando, poco a poco, el espacio jurídico indispensable para su consolidación. Los derechos humanos se ubican así en el cruce de caminos entre Moral, Derecho y Política, entre las exigencias éticas y la necesidad de transformar una aspiración moral en un derecho subjetivo. El discurso y la práctica de los derechos nos enfrentan de continuo con conflictos morales, con cuestiones jurídicas y con asuntos políticos. Cualquier análisis que descuide la dimensión jurídica de los derechos humanos, no tome en serio la carga moral que alienta en ellos o subestime las políticas que aseguran las condiciones para su ejercicio, resultará irremediabilmente unilateral e insatisfactorio.

Una vez definidos y caracterizados los derechos humanos y los derechos fundamentales (sobre estos últimos remitimos a lo afirmado *supra*, III, 1.2), estamos en condiciones de destacar las diferencias y conexiones entre ambas categorías. Los derechos humanos, entendidos básicamente como demandas derivadas de la dignidad de la persona, pertenecen al campo de la Ética, no del Derecho positivo: por mucho que expliquen el origen de los derechos fundamentales y puedan servir de fundamento (filosófico, no jurídico) de los mismos, se encuentran extramuros de la Constitución. Hasta que los derechos humanos no sean reconocidos por una Constitución vigente y concreta, no se transforman en derechos fundamentales, permaneciendo por tanto como demandas, no como exigencias jurídicamente tuteladas. Sin embargo, examinando de cerca la realidad, la existencia de derechos humanos no fundamentales es más la excepción que la regla, pues por lo general las Constituciones actuales incluyen un catálogo de derechos más amplio que el contenido en la DUDH⁵⁴ o el normalmente reconocido por los filósofos que han

54. En el CEDH encontramos un catálogo de derechos coincidente en parte con el de la CE, acompañado de un sistema judicial destinado a garantizar su eficacia. Pues bien, estos derechos se encuentran a caballo entre los derechos humanos y los derechos fundamentales: en rigor no son derechos humanos, pues han dejado de ser demandas (morales) para convertirse en derechos (jurídicos), pero tampoco son en rigor derechos fundamentales, pues como tales no están reconocidos en la Constitución, y por tanto su nivel de protección jurídica es menor al propio de ésta (como es sabido, en nuestro sistema de fuentes los tratados están jerárquicamente subordinados a la Constitución). La creciente globalización jurídica, con importantes implicaciones para la dogmática constitucional (cada vez más favorable a la construcción de categorías uniformes para los países con cultura e Historia similares), seguramente incidirá en un futuro no muy lejano en favor de un concepto diferente de derecho fundamental, que tendrá por fuente de reconocimiento no sólo las Constituciones de los Estados sino también el Derecho internacional. Como avance de este hecho

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tratado de explicitar cuáles son los derechos humanos. Por otro lado, también podrían existir derechos fundamentales que no fueran derechos humanos. Desde luego, el poder constituyente puede reconocer derechos de escasa importancia, no vinculados con la dignidad de la persona ni reconocidos en los documentos internacionales. Cuando esta circunstancia, poco frecuente⁵⁵, se produce, no se plantean especiales problemas prácticos: simplemente, se pone de manifiesto que la Constitución fue más generosa en su concepción de la dignidad de la persona o que fue por delante de la comunidad internacional. En el peor de los casos, prestó una protección excesiva a intereses que quizás no la merecían⁵⁶.

Aunque los derechos humanos y los derechos fundamentales son figuras que deben distinguirse conceptualmente, mantienen entre sí indudables relaciones, lo que se pone de manifiesto en cuatro momentos esenciales, que ejemplifican bien (sobre todo en el tercero de los que se citan a continuación) la utilidad de la reflexión filosófica para la dogmática de los derechos fundamentales en general y para la dogmática de los DFSP en particular⁵⁷:

- a) En la comprensión del Derecho positivo. La dogmática no sólo expone, sistematiza e interpreta las normas y crea conceptos y categorías para ayudar a estas tareas, sino que debe también preguntarse por los fundamentos del Derecho positivo, explicar por qué existe un determinado Derecho y no otro⁵⁸. Si los derechos humanos son

puede apreciarse la tendencia de buena parte de los Tribunales Constitucionales a utilizar como argumento de autoridad en la interpretación de los derechos de sus correspondientes Constituciones la jurisprudencia del TEDH. En esta dirección, la CDF abre el camino hacia un concepto integrador de derechos fundamentales, al afirmar: «En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por [el CEDH], su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio» (art. 52.3), añadiendo que «En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones» (art. 52.4). Por último: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos [...] reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo [...], así como las constituciones de los Estados miembros» (art. 53).

55. No se produce en nuestro campo: las nueve figuras de DFSP encuentran, expresa o tácitamente, su paralelo en documentos internacionales.
56. El ejemplo más claro es el derecho a portar armas de la Constitución estadounidense.
57. Reiteramos y ampliamos aquí las reflexiones ya vertidas en ESCOBAR ROCA, 1993, pp. 65-66; 2005, pp. 35-38 y 2008, pp. 528-529. Para un atinado planteamiento de estas conexiones, que no encontramos en la dogmática española, puede acudir también a PALOMBELLA, 2006, esp. pp. 23 y ss. y 180 y ss.
58. Para más detalles sobre nuestra posición, con sus referencias, ESCOBAR ROCA y VILLACORTA MANCEBO, 2008, esp. pp. 312 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

el antecedente de los derechos fundamentales y si éstos surgen como concreción de ideas filosóficas previas (la Historia demuestra que no hay acción sin antes reflexión), la atención a la Filosofía ayuda sin duda a la comprensión de los derechos fundamentales.

- b) En la determinación del catálogo de los derechos fundamentales. La CE contiene un catálogo cerrado de derechos pero no completamente cerrado, pues permite una apertura limitada a la Moral (art. 10.1) y al Derecho internacional (art. 10.2); siendo esto así, la perspectiva de los derechos humanos (esta vez en sentido amplio) puede servir para justificar las ampliaciones del catálogo, como ya hemos comprobado con los ejemplos de las cuatro figuras no expresamente reconocidas como derechos en la CE (*supra*, 1.3 y 1.4). Téngase en cuenta (y el razonamiento sirve también para la interpretación, de la que de inmediato nos ocuparemos) que los DSFP representan una categoría todavía controvertida para buena parte de la dogmática (como sabemos, en España se sigue sosteniendo que varios de ellos no son auténticos derechos, esto es, que no forman parte del catálogo de los derechos fundamentales: *supra*, III, 1.2), y ello se debe, entre otras cosas, a *precomprensiones* no totalmente inmunes a la ideología. Si lográramos demostrar (y así lo intentaremos en los apartados siguientes) que los DFSP son moralmente tan importantes como los demás, estaremos en condiciones de combatir con más fuerza la aludida tesis restrictiva⁵⁹.
- c) En la interpretación de los derechos fundamentales. La argumentación moral, convenientemente adaptada al lenguaje jurídico, será asimismo de utilidad para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, sobre todo por la vía de los principios constitucionalizados y de la interpretación finalista (al respecto, *infra*, 4.3.2). Como hemos visto con el ejemplo de la dignidad de la persona, los propios textos constitucionales remiten con frecuencia a valores morales, los cuales, pese a no configurar derechos propiamente dichos, pueden ser conceptuados como cláusulas de apertura del razonamiento jurídico a la Moral⁶⁰. No podemos olvidar que, sin

59. Así, PISARELLO, 2007, pp. 37-57.

60. Para una panorámica general en nuestro Derecho, por todos, DÍAZ REVORIO, 1997. Específicamente sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, SANTAMARÍA IBEAS, 1997. En la jurisprudencia, el recurso a la construcción filosófica de categorías como la dignidad de la persona ha resultado especialmente fructífero, en especial para solucionar casos difíciles, como los planteados desde fecha reciente por los avances de la Medicina y la Biología. Sin embargo, los tribunales no sólo hacen uso del principio de dignidad en relación con derechos nuevos; también lo hacen para interpretar derechos clásicos. P. ej., el Tribunal Constitucional ha justificado en el princi-

necesidad de tomar partido a favor de la teoría axiológica (que, en un peligroso juego de abstracciones, entiende a los derechos antes como expresión de un jerárquico orden de valores objetivos que como expresión de pretensiones individuales), todo el sistema de los derechos, y aun el conjunto del orden constitucional, encuentra su fundamento en una concreta Filosofía Moral (inicialmente, la propia del liberalismo⁶¹, a la que después se añadirán las corrientes democrática⁶² y socialista), sin cuyo conocimiento cualquier estudio de los derechos fundamentales resultaría incompleto. Como es obvio, la utilidad de la Filosofía Moral será mayor cuanto menor claridad presenten los datos ofrecidos por el ordenamiento jurídico, en particular en los llamados «casos difíciles»⁶³. Desde luego, a nadie se le ocultan los riesgos de subjetivismo aparejados a la utilización de este tipo de razonamiento, pero parece más oportuno hacer explícitas las posiciones filosóficas (o ideológicas) del intérprete que ocultarlas bajo el manto de una ilusoria objetividad jurídica⁶⁴.

d) En la crítica al Derecho positivo. Como ya hemos apuntado, el análisis

pro la prohibición de juzgar penalmente al acusado de un delito grave en su ausencia (STC 91/2000) o la nulidad del despido de un trabajador por el simple hecho de colaborar con otra empresa en su período vacacional. Así, la STC 192/2003, modélica a estos efectos, entiende la dignidad personal del trabajador como «el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida», afirmando en relación con el caso planteado lo siguiente: «La concepción del período anual de vacaciones como tiempo cuyo sentido único o principal es la reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral, supone reducir la persona del trabajador a un mero factor de producción y negar, en la misma medida, su libertad, durante aquel período, para desplegar la propia personalidad del modo que estime más conveniente. Una tal concepción, según la cual el tiempo libre se considera tiempo vinculado y la persona se devalúa a mera fuerza de trabajo, resulta incompatible con [el principio constitucional de dignidad de la persona], a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho [...]. La resolución judicial que desconoce tales principios constitucionales al interpretar y aplicar [la cláusula legal de la buena fe] no puede entenderse, por tanto, fundada en Derecho», concluyéndose así que los tribunales laborales han vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del trabajador despedido.

61. Téngase en cuenta que hablamos de liberalismo en el sentido amplio de la expresión. La Historiografía actual viene destacando que el liberalismo en sentido estricto es una teoría del siglo XIX y que el auténtico origen de los derechos humanos se enmarca en la tradición republicana, tanto en Inglaterra (por todos, MÉNDEZ, 2010) como en Estados Unidos (por todos, BAILYN, 1967).
62. Ya presente en la tradición republicana.
63. En el sentido de DWORKIN, 1984, pp. 146 y ss.
64. Entre otros muchos, con particular claridad, HESSE (1983, p. 44), NINO (1983, pp. 338-347) o ZAGREBELSKY (1987, pp. 177-178).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

sis jurídico no cierra el debate en materia de derechos⁶⁵. Una vez agotadas las posibilidades de interpretación de los derechos fundamentales, siempre quedarán los derechos humanos como instancia crítica del Derecho positivo e instrumento idóneo para proponer su reforma⁶⁶. En esta perspectiva, resulta de gran interés la experiencia de las Defensorías del Pueblo (para más detalles, *infra*, V, 5), cuya principal función institucional reside precisamente en proponer a los poderes legislativo y reglamentario reformas favorables a la efectividad de los derechos humanos. La experiencia de las Defensorías pone de manifiesto una idea importante pero poco estudiada, que rondará continuamente por las páginas de esta obra: la dificultad de trazar la línea divisoria, dentro de lo criticable, entre la norma o actuación inválida (donde la interpretación debe proponer la anulación o la inaplicación) y la norma o actuación meramente injusta (donde la interpretación ha de detenerse y dejar paso a la propuesta de reforma normativa).

3.2. LA TEORÍA DE LAS NECESIDADES

La existencia de derechos humanos sociales de Derecho internacional está fuera de discusión y ya ha sido demostrada al exponer el catálogo del PIDESC, concreción a su vez del catálogo de la DUDH (*supra*, I, 1.1). No es por tanto esta cuestión la que debe tratarse aquí sino la existencia de derechos humanos sociales en el orden filosófico o, lo que viene a ser lo mismo, si cabe una fundamentación moral de los mismos (por definición sólo existen derechos humanos si pueden ser moralmente fundamentados). En esta dirección, la teoría más elaborada es sin duda la teoría de las necesidades⁶⁷.

65. Ello implica necesariamente una apertura del debate, la cual, pese a sus riesgos (p. ej., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2006, pp. 17 y ss.), resulta a nuestro juicio saludable. Más todavía si la apertura se hace a los derechos humanos de Derecho internacional; al respecto, suscribimos la valoración positiva de CANOSA USERA, 2009, pp. 111-112.

66. Ahora bien, raramente será necesario acudir a esta crítica externa (de Filosofía del Derecho), pues la apertura valorativa de la Constitución bien permite la práctica totalidad de las críticas internas (de Derecho constitucional) que puedan imaginarse. En esta obra, que es dogmática y no filosófica, evitamos las propuestas de reforma constitucional y nos limitamos a la crítica constitucional de la ley, si bien en algunos momentos puntuales, como el lector irá comprobando, esta última camina en las borrosas fronteras entre lo constitucionalmente vinculante y lo constitucionalmente deseable.

67. Una variante posterior de la teoría de las necesidades es la teoría de las capacidades, sostenida entre otros por A. SEN (p. ej., 2010, pp. 261 y ss.) y M. NUSSBAUM (p. ej., 2006, pp. 283 y ss.), con pretensiones de configurar una teoría más amplia de los derechos humanos, no sólo de los derechos sociales. No procede aquí detenerse en las matizaciones y añadidos de estos autores, pues en síntesis, no añaden nada sustancial, a nuestros efectos, a las tesis de la teoría de las necesidades; de hecho, SEN es citado profusamente por los autores de la teoría de las necesidades.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Baste aquí resumir sus aportaciones más significativas, añadiendo por nuestra parte, si acaso, una relectura constitucional (recordemos que para nosotros la Filosofía del Derecho es disciplina auxiliar) de las principales propuestas que se agrupan bajo ese nombre⁶⁸. No se trata, por tanto, de exponer al detalle esta rica discusión filosófica sino de extraer de la misma algunas ideas de utilidad para nuestro propósito, el estudio dogmático de los DFSP.

Para la exposición de la teoría de las necesidades no resulta preciso acudir a la doctrina foránea, pues en nuestro país existen autores que la han defendido con gran solvencia. De entre ellos, por su claridad, rigor y fuerza persuasiva, escogemos a Francisco J. CONTRERAS PELÁEZ (y la doctrina que cita)⁶⁹, sin perjuicio de otras referencias, a modo de matizaciones y complementos, a las tesis de este autor.

Como hemos visto y aceptado, CONTRERAS incluye la «satisfacción de las necesidades básicas del individuo» en su concepto de derechos sociales. En el capítulo II de su importante trabajo de 1994, se encarga de fundamentar los derechos sociales, esto es, de demostrar que son derechos humanos. Su tesis es sumamente atractiva y provechosa para el planteamiento dogmático de esta obra, pese a que CONTRERAS no desarrolle este punto de vista en su libro. Veamos las tesis principales de CONTRERAS, anotándolas y completándolas, para extraer de ellas argumentos útiles a nuestros efectos:

- a) Las necesidades son algo distinto a los deseos o preferencias. Los deseos son estados de espíritu subjetivos, normalmente son definidos por las personas⁷⁰ de forma libérrima, arbitraria, racionalmente injustificable⁷¹. Por el contrario, las necesidades son objetivas, suscepti-

68. No extraña demasiado, una vez más, que la dogmática española del Derecho constitucional, a veces encerrada en sí misma, desconozca las aportaciones filosóficas sobre los mismos temas. Esta omisión sí nos sorprende en un libro tan abierto a otras perspectivas como el tantas veces citado de PISARELLO.

69. CONTRERAS, 1994, esp. pp. 52-97. En las líneas que siguen insertamos una selección de las lecturas anglosajonas realizadas por el propio CONTRERAS, con algunos añadidos. En la doctrina española CONTRERAS cita, como antecedentes importantes del tratamiento del tema, a HIERRO (1982), PÉREZ LUÑO (1986, aquí citado en la ed. de 2003), HERRERA FLORES (1989) y, sobre todo, DE LUCAS y AÑÓN (1990). En la doctrina española posterior a la obra CONTRERAS hemos manejado trabajos de interés de AÑÓN ROIG (1994), BEA PÉREZ (1994, pp. 117 y ss.), MARTÍNEZ DE PISÓN (1998, pp. 159 y ss. y 2009, pp. 92 y ss.), GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004, pp. 404 y ss.), AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN (2004, pp. 95 y ss.) y RODRÍGUEZ PALOP (2011, pp. 33 y ss.), pero sin encontrar en ellos sustanciales añadidos (al menos, para la perspectiva que adoptamos en esta obra) a la obra de CONTRERAS de 1994.

70. P. ej., BRAYBROOKE, 1968, p. 90.

71. En este sentido interpretamos las consideraciones de KRINGS (2003, pp. 188-190), en cuya virtud la Constitución no garantiza la libertad frente al «temor» o al «miedo» percibido de forma individual.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

bles de explicación racional e impuestas desde fuera. Las personas no eligen sus necesidades sino que éstas les vienen dadas⁷². La relación entre deseos y necesidades es contingente. Normalmente la persona desea las necesidades (además de otras cosas, pues la mayor parte de los deseos van más allá de las necesidades), pero esto no siempre es así⁷³. Habitualmente, cuando una persona no desea sus necesidades es por falta de información o por desconocimiento. Por ejemplo, el testigo de Jehová que sufre un accidente con pérdida de sangre no desea una transfusión (por creer, seguramente de forma errónea, que Dios la prohíbe) pero objetivamente la necesita, o la mujer analfabeta de un país islámico que no desea instruirse (porque la han educado en la creencia de que su función en la sociedad se limita a las tareas domésticas) objetivamente necesita una educación. Para CONTRERAS, la distinción entre necesidades (objetivas) y deseos (subjetivos) resulta esencial para la fundamentación de los derechos sociales (y, añadiríamos nosotros, para tomarlos realmente en serio): «Si las necesidades fueran indiscernibles de las preferencias subjetivas, sería imposible establecer cuáles de esas preferencias merecen la atención estatal y cuáles no»⁷⁴.

b) Las necesidades son algo distinto a las carencias. La necesidad pree-

72. P. ej., THOMSON, 1987, pp. 23 y ss. o WIGGINS, 1985, p. 152.

73. P. ej., THOMSON, 1987, p. 99 o DOYAL y GOUGH, 1994, p. 77.

74. En este planteamiento, de inequívoca inspiración socialista (aunque CONTRERAS nunca lo reconoce así), subyace un cierto paternalismo, para nosotros razonable e inevitable (sobre ello, p. ej., POGGE, 2005, pp. 53-56 o ALEMANY, 2006, pp. 396 y ss.). Desde luego, los liberales tradicionales (nuestro autor cita a NINO —si bien este autor no puede considerarse propiamente como liberal tradicional—, MCCLOSKEY y YOUNG) se muestran en contra, pues para ellos el Estado no debería definir las necesidades de las personas (por cierto, en España ya lo hizo en 1978 al concretar las necesidades básicas en forma de derechos en la CE) pero CONTRERAS contraataca bien, aunque, como suele suceder en las luchas ideológicas, caricaturizando algo a sus (nuestros) oponentes. Interesa transcribir algunas frases, que suscribimos: «declarar indiferentes (intercambiables) todas las preferencias individuales (con independencia de si corresponden o no a *verdaderas* necesidades) es un socorrido expediente intelectual que permite al ultraliberal escabullirse de la exigencia moral que proyecta sobre él la existencia de necesidades insatisfechas (pues sería absurdo afirmar que uno está obligado a satisfacer todos los deseos de los demás). Al ultraliberal le interesa difuminar la frontera entre las necesidades y los deseos, igualarlos "por abajo" (al nivel de los deseos), pues así cierra el paso a la idea de responsabilidad colectiva frente a las *verdaderas* necesidades y restablece el imperio del *chacun pour soi*. Este golpe bajo a la solidaridad social es, por supuesto, adecuadamente disfrazado por medio de brillantes apelaciones al relativismo cultural, a la "irreductible pluralidad de formas de vida", a la inadmisibilidad de los criterios axiológicos "trascendentes" o "absolutos" y a otros *leitmotiv* de la cultura contemporánea, tan aficionada a lo ambiguo y lo flácido».

xiste a la carencia. Una necesidad que nunca llegara a resultar insatisfecha (p. ej., la de vivienda para quien ya la posee en propiedad –con mínimas garantías de estabilidad, por tanto– y en buenas condiciones) seguiría siendo una necesidad. Ahora bien, desde una perspectiva de derechos, nos percatamos de la existencia de necesidades cuando carecemos de ellas, al modo, añadiríamos nosotros, de lo que sucede en los derechos reaccionales de defensa (*infra*, 4.1.2).

- c) Las necesidades son algo objetivo, susceptible de explicación racional y moralmente importante (al menos, las necesidades básicas). Existen criterios de determinación (o justificación) de las necesidades, que tienen carácter «supraideológico», es decir, que pueden ser compartidos por cualquier ideología⁷⁵. «La posibilidad de identificar y jerarquizar las necesidades es [...] una de las condiciones de los derechos sociales. [...] La defensa coherente del Estado asistencial y los derechos sociales sólo se puede emprender desde el supuesto de la objetividad de las necesidades». En relación con este punto, CONTRERAS expone la crítica (relativista) de la difícil concreción de las necesidades, crítica a la cual, por desgracia, nuestro autor no acaba de responder del todo. Como este problema se asemeja mucho al de la determinación del contenido de los DFSP, lo dejaremos para más adelante (*infra*, 4.3.2).

Que las necesidades puedan determinarse (o fundamentarse, lo que en términos éticos resulta equivalente) objetiva y racionalmente no quiere decir que sean un catálogo cerrado, inmutable ni susceptible de debate (esto último hasta cierto punto, pues «la variabilidad no es infinita»). La acertada crítica de CONTRERAS a los «freudomarxistas» y a la izquierda radical se mueve sobre todo en esta dirección: ambas líneas de pensamiento llevan tan lejos el objetivismo que parece in-

75. Aquí nos permitiríamos una leve discrepancia con CONTRERAS. La mayor parte de los filósofos (al menos, los que acepten el igual valor moral de todos los derechos de la DUDH, el PIDCP y el PIDESC y entre nosotros de la CE) admitirán el planteamiento de CONTRERAS, pero no todos. Los autores liberales citados por el propio CONTRERAS ejemplifican bien las dificultades de caracterizar su tesis como «supraideológica». Su concepción es, a nuestro juicio, socialista liberal (la ideología, por cierto, que mejor refleja los consensos de 1948, 1966 y 1978). Una exposición similar a la de CONTRERAS es la de GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004, esp. pp. 404 y ss.), también sumamente recomendable, pues a su claridad añade algo que se agradece, la expresa y reiterada confesión de que su concepción de los derechos sociales (defendida a nuestro juicio de forma muy convincente) es una entre otras posibles, y que coincide con la propia del socialismo liberal. Otra cosa es que, como veremos, de la CE sí parezca deducirse una cierta ideología común, por lo que seguramente en este plano el planteamiento de CONTRERAS sea sustancialmente correcto (*infra*, 4.3.3).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

compatible con la democracia⁷⁶: el objetivismo radical es antidemocrático. Señala nítidamente CONTRERAS, haciendo suya la propuesta de PÉREZ LUÑO de equilibrio entre teorías del consenso y teorías de las necesidades: «La verdad y el diálogo son aliados naturales. Un objetivista sincero no debe temer a la participación y el debate, sino todo lo contrario. El objetivista debe esperar que el debate hará resplandecer la verdad necesiológica (es decir, desembocará en la identificación de las verdaderas necesidades). Las necesidades objetivas son racionalmente demostrables; *ergo*, el diálogo intersubjetivo conducirá indefectiblemente al reconocimiento de las necesidades objetivas». El tema coincide, nuevamente como anillo al dedo, con un problema clásico de la teoría de los derechos fundamentales, y sobre ello volveremos por tanto más adelante: la pregunta sobre quién determina el contenido de los derechos (*infra*, 4.4).

- d) Las necesidades son instrumentales a sus fines. Las necesidades son medios para conseguir determinados fines⁷⁷. Este desplazamiento de las necesidades a sus fines resulta para CONTRERAS esencial: «Del problema de la universalidad de las necesidades se pasa al problema de la universalidad de los fines. Si existieran fines que "no pueden no ser deseados", las necesidades cuya satisfacción es una precondition para la consecución de esos fines, quedarían automáticamente confirmadas [si tales fines son universales, básicos o moralmente indiscutidos, matizaríamos nosotros] como necesidades humanas básicas, objetivamente determinables».
- e) Las necesidades sirven en última instancia a la libertad. Llegamos así al punto clave: las necesidades pueden ser algo empírico, considerado social y políticamente importante (así parece, al menos, en nuestro ámbito cultural), pero ello no quiere decir sin más que tengan fundamento moral o, mejor dicho, el fundamento suficiente como para explicar la existencia de derechos humanos. El tránsito del ser al deber ser, poco abordado por CONTRERAS⁷⁸, creemos que se resuelve satisfactoriamente (al menos, a nuestros efectos, sin nece-

76. Nuevamente, nuestro autor caricaturiza pero aun así suscribimos sus palabras: para los freudomarxistas, «el grueso de la población se equivoca, enredada en las trampas consumistas diseñadas por el sistema; afortunadamente, ellos [...] han comprendido cuáles son las verdaderas necesidades humanas y señalan a los demás el camino recto».

77. P. ej., ZIMMERLING, 1990, p. 47; WIGGINS, 1985, p. 153; DE LUCAS y AÑÓN, 1990, p. 69; PLANT, 1980, pp. 26-27; DOYAL y GOUGH, 1994, pp. 68-69.

78. En esta cuestión no podemos detenernos. La aborda con más detalle AÑÓN ROIG, 1994, pp. 199 y ss.

sidad de entrar en una de las más arduas polémicas de cualquier filosofía moral) desde la consideración siguiente: como ya se ha visto (*supra*, III, 2.2.4), el valor moral indiscutido es la libertad, y desde una concepción socialista liberal de la libertad⁷⁹ (nuevamente aquí CONTRERAS se equivoca al pretender atribuir a su concepción un carácter «supraideológico»), la libertad debe ser también material e igual para todos. En la línea propuesta en esta misma obra por GARCÍA MANRIQUE, dice CONTRERAS, con cita de LESSER⁸⁰: «las necesidades básicas forman parte de los presupuestos del comportamiento libre; su satisfacción es imprescindible no para adoptar este o aquel curso de actuación, sino para que sea posible algún curso de actuación». Y después: «La cualidad de agente racional descansa sobre presupuestos tanto negativos (ausencia de coacción) como positivos (satisfacción de necesidades básicas). Por tanto, hemos encontrado finalmente una vía racional hacia la objetividad de las necesidades: necesidades básicas son aquellas que, en caso de no ser satisfechas, hacen perder al sujeto su condición de agente racional y libre. [...] Allí donde no son satisfechas las necesidades básicas, no hay actuación libre y responsable y, por tanto, no ha lugar la cuestión moral. Sólo es moralmente imputable el sujeto cuyas necesidades básicas están cubiertas». Esta última afirmación es quizás exagerada y procede de la obsesión del autor por dotar a su propuesta de un carácter indiscutido. Mejor hubiera sido reconocer, a nuestro juicio, que la libertad es un valor a reconocer y que él defiende una determinada concepción de ese valor.

Más adelante, de pasada, CONTRERAS viene a reconocer (nuevamente, sin decirlo) el socialismo (moderado) implícito en su concepción, esta vez con cita de HARRIS: «la política de satisfacción de necesidades básicas no pretende proporcionar la felicidad, sino simplemente garantizar a todos los hombres un mínimo de condiciones previas en la "línea de salida" de la carrera hacia la felicidad. Cada sujeto debe disponer de cierta dotación básica (material y cultural) antes de emprender su personal singladura en busca de la felicidad. Las necesidades básicas aparecen así directamente conectadas con el manido concepto de igualdad de oportunidades». El «guiño» a un cierto

79. Nuevamente, usamos el término liberal en sentido amplio. En sentido estricto, el liberalismo (como liberalismo tradicional del siglo XIX) no parece compatible con el socialismo. Quizás más bien habría que hablar entonces de concepción socialista republicana de la libertad. De interés, al respecto, DOMÈNECH, 2004.

80. LESSER, 1980, pp. 37-38.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

liberalismo, corrector de un socialismo radical, resulta más patente en su posterior apelación a RAWLS. Una vez más, nos sentimos cómodos en estos parámetros intelectuales, pero hay que reconocer que se trata de *unos determinados* parámetros intelectuales, que seguramente no compartirían buena parte de los tratadistas de los DFSP.

Si en última instancia las necesidades a defender y convertir en derechos humanos derivan de la libertad (o de una determinada concepción de la misma⁸¹), el problema filosófico deja de preocuparnos como juristas: la libertad es un valor constitucional (arts. 1.1 y 10.1) y por tanto los derechos sociales cuentan con fundamento suficiente.

- f) El catálogo de las necesidades básicas. Esta cuestión no es desarrollada a fondo, pero CONTRERAS cita los catálogos propuestos por otros autores⁸². Este punto de vista nos interesa, para comprobar que dichos catálogos coinciden, en lo sustancial, con el catálogo de derechos sociales que encontramos en la DUDH (por fin, la deseable conexión entre las dos acepciones principales de los derechos humanos), el PIDESC y la CE. Dando por buenos los catálogos propuestos por la teoría de las necesidades, llegamos a la siguiente conclusión: las nueve figuras de derechos sociales de nuestro catálogo (correspondientes a sendos capítulos de la segunda parte de esta obra) son derechos humanos (en tanto necesidades objetivas conectadas en última instancia con el valor moral de la libertad⁸³), es decir, cuentan

81. Evidentemente, a partir de aquí el problema se traslada a la concepción de la libertad que se mantiene. La tesis de la fundamentación de los derechos sociales en la libertad es el leitmotiv de la monumental obra de HEINIG, pero su estrecha caracterización de la libertad le lleva a soluciones muy restrictivas (así, HEINIG, 2008, esp. pp. 451-452).

82. McHALE y CORDELL (1978, pp. 22 y ss.) enumeran la alimentación, la atención sanitaria, la educación, la vivienda y el vestido. PLANT (1986, pp. 22 y ss.) la alimentación, la vivienda, la atención sanitaria, el trabajo, el descanso y la remuneración suficiente y la educación. DOYAL y GOUGH (1994, pp. 217 y ss.) el agua y la alimentación, la vivienda, el entorno laboral sin riesgos, la atención sanitaria, la seguridad en la infancia, la seguridad física, la seguridad económica, la seguridad de la mujer como madre y la enseñanza básica. En sentido similar, FABRE, 1999, pp. 107-108. Como se advierte en la lectura de estas concreciones y sobre todo en la última obra citada (que ejemplifica bien el equilibrio anglosajón, inédito entre nosotros, entre Filosofía y Derecho), el tránsito de la reflexión moral a la argumentación jurídica es menos traumático de lo que parece: los catálogos de derechos humanos y de derechos fundamentales sustancialmente coinciden.

83. Nos quedaría la duda de si existe una necesidad objetiva de trabajar, cuestión sobre la cual podría discutirse mucho y que seguramente esté detrás del debate sobre si el derecho al trabajo es un *auténtico* derecho social. Sin ánimo de entrar en la polémica, demos por existente (objetivada) dicha necesidad (al respecto, RUSSELL, 1991, pp. 193 y ss.); de no ser así, la excepción no debería autorizarnos a modificar la regla general ya defendida (*todos* los derechos sociales del catálogo sirven la satisfacción de necesidades básicas).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

con un sólido fundamento moral, lo que refuerza su *fundamentalidad* y su peso en el sistema constitucional de derechos. Al estudiar cada figura concreta tendremos la oportunidad de comprobar este aserto.

Hasta aquí la exposición general y sintética de la teoría de las necesidades, ejemplificada en la obra de CONTRERAS. Más adelante, tanto en este mismo capítulo (en general) como después en el análisis de las figuras concretas (en particular) podremos volver sobre el tema al extraer, en los lugares oportunos, consecuencias jurídicas de dicha teoría, sobre todo en los ámbitos conceptual e interpretativo. Si el lector estuvo atento, habrá comprobado que la consideración de los derechos sociales como derechos humanos ya nos ha servido, de momento, para argumentar que los derechos sociales son tan importantes como los demás (*supra*, III, 2.1 y 2.2) y que la igualdad debe incluir, al menos en presencia de necesidades básicas, el derecho al trato diferenciado (*supra*, III, 2.3.8).

3.3. VALORES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS SOCIALES

Las Constituciones no son tratados de Filosofía moral pero suelen reflejar, de forma más o menos implícita, una determinada concepción moral, sin duda abierta, pero nunca totalmente abierta, sobre todo si atendemos a la interpretación sistemática de las mismas⁸⁴. Siendo esto así, de poco serviría la teoría de las necesidades expuesta si no encontrara reflejo, al menos en sus elementos esenciales, en el ordenamiento constitucional positivo, actual y concreto, que constituye nuestro ineludible objeto de estudio. Como es conocido, y no es momento ahora de desarrollar, la CE apuesta por un determinado sistema de valores, fundado expresamente en la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (los «valores superiores» del art. 1.1), a los que podría añadirse la dignidad de la persona, por cuanto no fuera la síntesis de los cuatro anteriores, que es «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1).

En otros pasajes de esta obra hemos hecho referencia a la utilidad de los valores (o principios) de dignidad (*supra*, III, 2.1), libertad (*supra*, III, 2.2) e igualdad (*supra*, III, 2.3)⁸⁵ para justificar la importancia de los DFSP⁸⁶,

84. En relación con nuestro tema, éste es el leitmotiv de BARBER, 2003.

85. Quedaron fuera, del listado del art. 1.1 CE, la justicia y el pluralismo político, por razones más de sistemática que de minusvaloración (y sirva la redundancia) de ambos valores. En primer lugar, la justicia, en la medida en que pueda añadir algo relevante a la libertad e igualdad (la mayoría de los filósofos vienen a sostener que no), y por lo que aquí directamente interesa (justicia *social*), ya fue en parte analizada al hablar del Estado social (*supra*, III, 2.4.1). En segundo lugar, el pluralismo político, normalmente no incluido entre los valores manejados por la Filosofía moral, no parece guardar relación con los DFSP, si acaso para matizar teorías excesivamente materiales de los mismos, en los términos que más adelante veremos (*infra*, 4.3.3).

86. En la dogmática constitucional, la centralidad de la conexión entre valores constitu-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

adelantando ya algunas consideraciones generales de utilidad para la dogmática, que serán no obstante desarrolladas con mayor detalle en los apartados correspondientes de los distintos capítulos de la segunda parte. A modo de síntesis de lo señalado en el capítulo III y de enlace entre el apartado anterior, más filosófico, y los siguientes, más jurídicos, cabe señalar:

- a) La dignidad sirve para fundamentar tanto los derechos sociales como los derechos liberales. Nuestras intuiciones morales parecen llevar a la conclusión de que no puede considerarse digna una existencia humana en la cual las necesidades básicas no se encuentren satisfechas. Con mayor argumentación, que no es preciso reiterar ahora, así lo expresa la doctrina mayoritaria y, de manera algo apodíctica pero clara nuestra jurisprudencia constitucional⁸⁷ y el Derecho internacional. Ahora bien, la utilidad de la dignidad para los derechos sociales parece quedarse en el plano de la fundamentación, resultando poco útil en la práctica⁸⁸: en primer lugar, el principio resulta demasiado abierto como para guiar con seguridad la interpretación de los DFSP, a menos que desarrollemos una concepción concreta de la dignidad, no derivada con claridad del texto constitucional⁸⁹. En segundo lugar, si, como resulta conveniente, evitamos dicho desarrollo, el principio parece quedarse corto, pues serviría tan sólo para impedir los ataques más graves (por acción o por omisión) a la dignidad, protegiendo por ello un contenido de los DFSP demasiado pobre, quizás válido para perfilar el contenido esencial (*infra*, 4.2.3) pero poco más. Esta es la línea de la dogmática alemana (mínimo vital como derivación de la dignidad), en la cual no faltan voces críticas denunciando precisamente la escasa garantía de los derechos sociales a la que se llega siguiendo esa línea interpretativa.

cionales y derechos sociales resulta especialmente fructífera en el trabajo de BALDASSARRE (1997), cuya metodología al respecto suscribimos íntegramente.

87. Por todas, STC 113/1989, FJ 3, donde se relaciona la obligación de «prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» con la «posibilidad de una existencia digna».
88. Así se deduce, a nuestro juicio, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional realizado por PASCUAL LAGUNAS, 2009. En general, destaca la dificultad de buscar en la dignidad consecuencias jurídicas claras, más allá de un mínimo demasiado mínimo, HEINIG, 2008, pp. 589-590. Más adelante (*infra*, 4.2.3) volveremos sobre el tema.
89. En otros ordenamientos, como el italiano (p. ej., BALDASSARRE, 1997, pp. 152 y ss.), el principio de dignidad se encuentra más desarrollado, lo que permite asentar una concepción más firme. Sin embargo, mucho nos tememos que al final el principio acaba reconduciéndose a la idea de libertad, tal y como sucede en la interesante reconstrucción y propuesta de NETTESHEIM, 2005. Asimismo, en el propio BALDASSARRE, 1997, esp. p. 153.

- b) La libertad, un principio bastante más concreto (o históricamente más concretado) que la dignidad, es seguramente el valor central de la práctica totalidad de las teorías contemporáneas de la justicia. Pues bien, como ya se expuso con detalle, la concepción de la libertad que hoy predomina en la filosofía política, que a nuestro juicio deriva también de la interpretación sistemática de la CE (sobre todo, art. 9.2, *supra*, III, 2.2.3), incluye la libertad positiva y puede ser sintetizada en las fórmulas «libertad real» o «libertad igual»: los valores (la libertad entre ellos y ante todo) no sirven si no son eficaces (y deben serlo, pues la Constitución es normativa desde el principio al fin) y son para todos⁹⁰. Como acabamos de ver, las mejores formulaciones de la teoría de las necesidades emparentan precisamente a éstas con la idea de libertad. En definitiva, se considera que la persona (toda persona) no es auténticamente libre si sus necesidades básicas no se encuentran cubiertas.
- c) La igualdad, al menos aisladamente considerada, no es utilizada como valor central en ninguna de las teorías contemporáneas de la justicia (tampoco en las de corte socialista⁹¹, quizás con excepción de alguna minoritaria) y seguramente por ello no parece servir como fundamento global de los derechos sociales. Desde el principio (o derecho) del artículo 14 CE pueden extraerse consecuencias importantes para los DFSP (*supra*, III, 2.3.8) pero no una respuesta general. Ni del principio del Estado social (*supra*, III, 2.4.1) ni del artículo 9.2 CE parece desprenderse un mandato general de igualdad material sino más bien una norma de habilitación y, sobre todo, un criterio interpretativo del resto de la Constitución; entender lo contrario implicaría la opción del constituyente por una concepción concreta de la igualdad, sólo defendida por algunos (y cada vez por menos), lo que no parece compatible con el valor del pluralismo político. En resumen, la CE no pretende que todos debamos gozar de los mismos derechos sociales⁹² pero sí de un contenido, si se quiere, mínimo de

90. La doctrina constitucional (no sólo la Filosofía moral) es prácticamente unánime al respecto; en Alemania, con fuerte apoyo en la interpretación histórica y finalista de la LFB, con consideraciones igualmente aplicables a la CE, p. ej., KRINGS, 2003, pp. 150 y ss.; en Italia, p. ej., BALDASSARRE, 1997, pp. 139 y ss. De entre las referencias contenidas *supra*, III, 2.2, destacamos, por todas, la de BÖCKENFÖRDE (1993, pp. 74-75), por tratarse del autor más citado entre quienes rechazan la configuración de los derechos sociales como derechos fundamentales.

91. Paradigmático, GARCÍA MANRIQUE, 2009, pp. 297 y ss., donde se ofrece una explicación convincente de la dificultad de configurar a la igualdad como un valor moral.

92. Aquí reside nuestra principal discrepancia (matizada, en todo caso) con el penetrante trabajo de GARCÍA MANRIQUE (2010, esp. pp. 79 y ss.), quien afirma que la configuración de los derechos sociales como derechos fundamentales impondría «un reparto

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

los mismos; no pretende que todos seamos (materialmente) iguales sino que nadie sea tan pobre como para ser menos libre que los demás. Hasta dónde alcance dicho contenido será cuestión a analizar más adelante, pues depende mucho de las peculiaridades de cada figura: seguramente no puede pretenderse que todos los ciudadanos tengan una vivienda o un salario similar pero sí que tengan una asistencia médica o una educación obligatoria equivalente en lo sustancial. Otra cosa es que la CE no impida que una determinada opción política defienda concepciones más igualitarias que otras, lo que naturalmente cabe como posibilidad, no como imposición, siempre y cuando, claro está, no vulnere otros derechos y principios constitucionales.

A la vista de cuanto antecede podemos llegar a una conclusión relevante: los DFSP son derechos humanos⁹³, en tanto derivan de los mismos valores morales que fundamentan los derechos liberales⁹⁴. De esta forma, caen por su propio peso todas las afirmaciones, implícitas o explícitas en buena parte de la dogmática tradicional, que vienen a considerar que los derechos sociales son menos importantes que los derechos liberales. El principio de indivisibilidad, bien asentado en la doctrina de Naciones Unidas y en sus comentarios-

igualitario de los bienes vinculados con ellos». Si los derechos sociales se entienden como máximos (y así parece sostenerlo más adelante el autor), la tesis es incorrecta, por irrealizable en la práctica. Sin embargo, si son entendidos como mínimos (con las matizaciones que al respecto después se harán, *supra*, 4.2.3), la tesis es correcta: toda persona ha de disponer por igual de esos mínimos. La cuestión no es baladí, pues tiene razón PÉREZ ROYO (2007, p. 44), cuando afirma que el primer elemento definitorio del constitucionalismo es precisamente la igualdad (en lo básico, añadiríamos nosotros).

93. Como sabemos, los derechos humanos existen aunque no se reconozcan como derechos fundamentales. Aunque históricamente se tiende a este reconocimiento, hay notables excepciones en el pasado, debidas a la coyuntura concreta en la que se elaboró la respectiva Constitución. Los casos paradigmáticos a este respecto son los Estados Unidos y Alemania. Si la LFB no incluyó derechos sociales fue por la experiencia de Weimar de frustración de expectativas y por no imponer demasiada carga sobre los hombros de la naciente República, no porque se considerara que tales derechos eran menos importantes que los expresamente reconocidos (así, MURSWIEK, 2000, pp. 263-264 y RÜFNER, 2006, p. 681). En ambos casos, la jurisprudencia ha terminado reconociendo los derechos sociales por vías indirectas, lo que refuerza el argumento de la igual importancia: al final, las razones materiales son siempre más importantes que la literalidad de las normas. El caso de Estados Unidos (en castellano, ALONSO GARCÍA, 1984) resulta a este respecto muy significativo, teniendo en cuenta la escasa (al menos en comparación con Europa) sensibilidad social de su tradición política y constitucional.
94. Perspectiva oportunamente destacada por la mayor parte de nuestros filósofos del Derecho; entre otros muchos, p. ej., LAPORTA, 2004, pp. 306-309 o GARCÍA MANRIQUE, 2009 esp. pp. 308 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tas⁹⁵, nos lleva al mismo resultado (para más detalles sobre el principio, *infra*, 4.3.2).

Antes de cerrar este apartado resultan obligadas unas palabras sobre el valor de la solidaridad, pues algunos autores proponen esta categoría, sola o en compañía de otras, como fundamento de los DFSP. De entrada, conviene recordar que la solidaridad figura como pórtico del título IV de la CDF, que reconoce la mayor parte de las figuras de nuestro catálogo de DFSP, pero no parecen deducirse de ello consecuencias jurídicamente significativas⁹⁶. A estas alturas de nuestra investigación y como ya contamos con valores más que suficientes para fundamentar los DFSP, no parece conveniente añadir una nueva digresión de naturaleza filosófica: si hay un argumento claro, sobran los demás.

El intento aparentemente más firme de fundar los derechos sociales en el valor de la solidaridad es quizás el de Carlos DE CABO, que titula su aportación más relevante a la materia que nos ocupa precisamente «Teoría constitucional de la solidaridad»⁹⁷. Pues bien, este autor, tras exponer su concepción de la categoría⁹⁸, inspirada al parecer en la dogmática italiana, concluye como sigue: «en el sistema español ni siquiera se encuentra explicitada esta posición que, naturalmente, no cuenta tampoco con la explícita expresión del principio de solidaridad como principio constitucional», y más adelante: «lo más característico del panorama español no es tanto lo que aporta como lo que no aporta»⁹⁹. Si esto es así, por mucho que pueda atraernos la construcción italiana (fundada, naturalmente, en el Derecho italiano), no parece conveniente construir un fundamento de los DFSP sobre un valor situado extramuros de la CE¹⁰⁰, y para avalar esta posición podemos acudir a un

95. La doctrina internacionalista está llevando a cabo esfuerzos importantes, desde la interpretación sistemática, por construir una imagen unitaria de los derechos humanos. P. ej., EIDE y ROSAS, 2001, pp. 3 y ss.

96. Resulta significativo que en el trabajo de ORDÓÑEZ SOLÍS (2006), que anuda en su título las categorías solidaridad y derechos sociales, no se extraiga consecuencia alguna de la primera para los segundos; es más, la solidaridad ni siquiera es definida por este autor.

97. DE CABO, 2006. Decimos aparentemente, pues por paradójico que parezca, en esta obra, que trata del Estado social, casi nada se dice sobre derechos sociales. Ya criticamos esta posición *supra*, III, 2.4.2.

98. Su definición de solidaridad es todo menos clara. Preferimos por ello manejar otras, y especialmente la de DE LUCAS, 1992.

99. DE CABO, 2006, pp. 60 y 61.

100. En su también interesante análisis del tema, REAL FERRER (2003, esp. pp. 154-159) afirma que la solidaridad es un «principio inspirador de las relaciones entre la colectividad y sus miembros» y que «late en la Constitución», pero no sabemos si como principio jurídico (a lo sumo implícito, nos atrevemos a añadir) o meramente moral. No tendríamos problemas en abandonar temporalmente la balsa del positivismo inclusivo, aun a riesgo de hundirnos en las procelosas aguas del iusnaturalismo, si

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

trabajo más interesante para la dogmática, como el de VIDAL GIL, quien acaba concretando la solidaridad en un pequeño catálogo de derechos, entre los que no se encuentran los DFSP¹⁰¹. Sea como fuere, parece que el supuesto principio de solidaridad tiene unas connotaciones más morales que jurídicas y sirve más como orientación de políticas sociales que como fundamento de derechos sociales¹⁰². En consecuencia, rechazamos que la solidaridad resulte un valor útil para fundamentar los DFSP en nuestro ordenamiento¹⁰³. Ello no quiere decir que, como ya hemos comprobado (*supra*, III, 5.3), resulte inútil como elemento interpretativo para resolver problemas concretos relativos a los presupuestos constitucionales de tales derechos, pues cuenta con apoyo constitucional (arts. 2, 138.1, 156.1 y 158.2), aunque más bien en otro contexto.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. ESTRUCTURAS

4.1.1. Precisiones previas sobre las estructuras de los derechos fundamentales

Las clasificaciones de los derechos de mayor utilidad para su interpretación (a la postre, la tarea principal de la dogmática) son sin duda las que adoptan un criterio estructural de diferenciación, distinguiendo entre dere-

la incursión pudiera llevarnos a algún puerto seguro. Pues bien, ese puerto no se halla. En el mismo trabajo citado, la solidaridad o lo es todo («late tras toda relación del ciudadano con la Administración», p. 145), con lo que no significa nada, o se concreta en una limitada serie de derechos de compensación (pp. 165 y ss.), ninguno de los cuales se corresponde con nuestro catálogo de DFSP. Más acertadamente, por cuanto concreta más, VAQUER CABALLERÍA, 2005, pp. 585-592.

101. VIDAL GIL, 2002, pp. 318 y ss. Asimismo, resulta de interés la posición de ALÁEZ CORRAL (2010), quien se esfuerza por dotar a la solidaridad de un contenido que vaya más allá del ámbito territorial; al final, para este autor, este «principio» acaba concretándose en los deberes constitucionales y apenas guarda relación con los DFSP (pp. 196-197).
102. Así, HERRERA, 2009, p. 25. A ello habría que añadir la tesis de SOTELO (2010, pp. 285-288), según la cual la solidaridad remite a la concepción liberal del Estado social, con un sentido por tanto menos exigente que la justicia social, perspectiva ésta que resulta a nuestro juicio patente en el uso del término realizado en la monumental obra de HEINIG (2008, esp. pp. 133 y 586-587). En definitiva, es la justicia social (añadiríamos nosotros), pese a su ambigüedad, y no la solidaridad, el valor dominante en la configuración constitucional de nuestro Estado social (*supra*, III, 2.4.1).
103. Cuando la solidaridad es definida en términos más exigentes (como p. ej. en GARRIGA DOMÍNGUEZ, 2008, p. 650), resulta superflua, pues viene a coincidir con el deber de protección de los DFSP.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chos de defensa (que pueden ser, a su vez, reaccionales o de libertad) y derechos de prestación (divididos entre derechos de organización y procedimiento y derechos de prestación en sentido estricto). La estructura de un derecho está emparentada con la idea de relación jurídica y pone en contacto los tres típicos elementos del derecho subjetivo (titular, obligado y contenido), sin privilegiar ninguno de ellos en especial: tan importante es, por ejemplo, para la estructura de un derecho el punto de vista del titular (lo que éste puede hacer o exigir al obligado) como el punto de vista del obligado (lo que éste debe hacer u omitir en favor del titular). Dejando fuera los casos claros (que son los menos), la adscripción de una figura de derecho a uno u otro de los tipos mencionados es una tarea interpretativa y, por tanto, discutible. Se quiera o no, al interpretar un derecho o, más estrictamente, al determinar su contenido, se está optando, de forma tácita o expresa, por una opción clasificatoria no exenta de consecuencias.

Un dato importante a considerar, recordado de manera insistente por la más reciente doctrina, precisamente a cuento del tema que nos ocupa, es la interrelación entre las estructuras posibles de los derechos. Por ello, antes de analizar la estructura característica de los DFSP, convendrá abrir un breve paréntesis para ofrecer un cuadro general simplificado de las estructuras posibles¹⁰⁴, basado en la clásica contraposición entre defensa y prestación.

a) Los derechos de defensa, originarios del Estado liberal y trasunto de la separación entre Estado y sociedad que éste propugna, son los más estudiados e indiscutidos. Tienen por principal objeto preservar de la intervención estatal una serie de posiciones, situaciones y actuaciones consideradas de primordial importancia o especialmente vulnerables. Como sucede con todos los derechos fundamentales, la elaboración del catálogo de los derechos de defensa está condicionada por la Historia, y en concreto por el contexto imperante en cada momento. Hay situaciones que en el pasado no estuvieron en peligro y que lo están en el presente, lo que da lugar a la aparición de nuevos derechos de defensa, como el de autodeterminación informativa. Hay también situaciones que resultan importantes, pero que hasta ahora no han sido normalmente impedidas por el Estado, lo que hace innecesaria su inclusión en el catálogo; piénsese, por ejemplo, en el derecho a mantener relaciones sexuales, no reconocido como tal en ninguna Constitución.

Los derechos de defensa pueden a su vez ser de dos tipos: reaccionales y de libertad. Los primeros prohíben toda intervención sobre una concreta posición o situación individual, generalmente poseída por su titular de un modo inconsciente, como sucede con la vida o la intimidad. No es preciso

104. Nos inspiramos parcialmente en ALEXY, 1993, pp. 186 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

que el titular del derecho despliegue actividad alguna, adquiriendo conciencia de su derecho sólo cuando éste es afectado desde el exterior. Por seguir con los ejemplos citados, exigimos el respeto a la vida cuando la policía dispara contra nosotros o invocamos nuestra intimidad cuando la prensa publica un artículo que desvela datos de nuestra vida familiar que no queremos sean desvelados. Por su parte, los derechos de libertad impiden que se disuada, dificulte, prohíba o castigue el ejercicio consciente de determinadas actuaciones. En esta ocasión, el titular del derecho decide libremente ejercer una actividad, que el Derecho considera importante, para su titular o para su titular y la colectividad; por ejemplo, practicar una religión, expresar las propias opiniones, fundar una asociación o participar en una huelga.

Estructuralmente, la diferencia más notable entre los derechos reaccionales y los derechos de libertad reside en que sólo los segundos incluyen una faceta negativa. Por ejemplo, los derechos a no practicar una religión, a no manifestar las propias opiniones, a no pertenecer a una asociación o a trabajar cuando el resto de los compañeros acuden a la huelga forman parte del contenido de las figuras respectivas; no sucede lo mismo, por el contrario, con el llamado derecho a no vivir o derecho a la propia muerte, que no suele ser considerado dentro del contenido del derecho a la vida sino del derecho general de libertad, que no es un derecho fundamental.

Por cuanto los derechos de libertad admiten un despliegue mayor de la autonomía del individuo, a veces se intenta la transformación de derechos reaccionales en derechos de libertad. En el caso del derecho a la vida este tránsito no se ha consolidado (no es común incluir el derecho a la muerte en el contenido del derecho a la vida), pero en otros supuestos, como la intimidad, comienza a abrirse paso: así, en la Sentencia *Lawrence versus Texas*, el Tribunal Supremo de Estados Unidos considera que la libertad de mantener relaciones homosexuales se encuentra garantizada por la cuarta enmienda a la Constitución, que en principio parecía reconocer un mero derecho reaccional.

En general, las importantes transformaciones acaecidas en la estructura del Estado liberal obligan a una concepción renovada de todos los derechos de defensa. La concepción liberal clásica o tradicional de los derechos, representada por ejemplo por Carl SCHMITT o, más modernamente, por Friedrich A. HAYEK, apenas tiene hoy seguidores. Desde el punto de vista de la Teoría de la Constitución, se revela como una doctrina unilateral (comprometida, casi siempre, con la defensa del mercado), que atiende tan sólo a una de las funciones de la Constitución, con olvido de las demás. En esencia, las transformaciones de los derechos de defensa sobre el modelo tradicional se concretan en dos direcciones. En primer lugar, se constata una progresiva

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ampliación de los sujetos obligados hacia los particulares, desde el entendimiento de que el Estado no es el único peligro para la libertad individual. En segundo lugar, se va consolidando la configuración de un deber genérico del Estado de protección de los derechos de defensa (para más detalles, *infra*, 4.2.2). En la actualidad, la función del Estado no se limita a una mera omisión o abstención, sino que incluye obligaciones positivas de protección. No se está pensando con ello en la garantía judicial reparadora que seguiría a la vulneración de este tipo de derechos sino en mandatos constitucionales, dirigidos normalmente al legislador, para la configuración de un régimen general de protección de los mismos, previo a dicha vulneración. Los mandatos de actuación estatal derivados de los derechos de defensa admiten formas muy variadas. Algunos configuran prestaciones jurídicamente exigibles por los particulares (la llamada faceta prestacional de los derechos de defensa), formando así parte del contenido del derecho, entendido como derecho fundamental subjetivo. Otros se quedan en meros mandatos a los poderes públicos, no exigibles por los particulares ante los tribunales, pero formando parte del carácter objetivo del derecho. Fuera de ello, quedaría todavía un amplio margen para la actuación meramente política (libre, por tanto), favorable al derecho pero jurídicamente no obligatoria. Aunque puede afirmarse que resultan exigibles ante los tribunales aquellas prestaciones imprescindibles para el disfrute efectivo y en condiciones de igualdad de los intereses que dan vida a cada derecho, este criterio es demasiado genérico y carecemos todavía de bases firmes para distinguir entre lo exigible políticamente y lo exigible constitucionalmente al Estado y, dentro de este segundo supuesto, entre lo exigible por los ciudadanos ante los tribunales (derecho subjetivo) y lo exigible por vías alternativas (carácter objetivo). La inclusión de estas actuaciones positivas de los poderes públicos en una u otra categoría es una cuestión interpretativa, resultando relativamente frecuente el trasvase recíproco de una a otra. Por ejemplo, ¿el derecho a la vida impone al Estado establecer garantías (como el dictamen de un centro médico acreditado) para que la interrupción legal del embarazo no se realice de forma fraudulenta?; ¿la libertad de expresión incluye el derecho a exigir a la Administración la apertura de un concurso para la concesión de emisoras de televisión por cable?; ¿la libertad religiosa incluye el derecho de un testigo de Jehová (cuyo credo le impide someterse a una transfusión sanguínea) a exigir a la Administración sanitaria medios alternativos de curación de su enfermedad? El Tribunal Constitucional respondió de modo afirmativo a las dos primeras cuestiones (SSTC 53/1985 y 31/1994) y de modo negativo a la última (STC 166/1996), pero no sería extraño que en el futuro los tribunales reconocieran un derecho prestacional de los testigos de Jehová a la libertad religiosa,

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

sea como derecho subjetivo, sea como carácter objetivo del derecho fundamental.

b) Los derechos de prestación se han contrapuesto tradicionalmente a los derechos de defensa¹⁰⁵. Se emparentan materialmente con los derechos sociales, por cuanto las figuras que responden a esta estructura tienden a garantizar, en coherencia con la igualdad material favorecida (y en ocasiones impuesta) por el Estado social, que las necesidades básicas de todos los ciudadanos se encuentren cubiertas. Por lo general se entiende que las prestaciones a las que se refiere esta categoría resultan económicamente cuantificables, pudiendo obtenerse también a través del mercado, lo que excluye a la tutela judicial¹⁰⁶.

Los derechos de prestación (en sentido amplio) incluyen la posibilidad de exigir a los poderes públicos una determinada prestación fáctica (derechos de prestación en sentido estricto) pero también una determinada organización o procedimiento. Los derechos pertenecientes a esta última categoría, creada por la dogmática alemana, obligan al Estado a articular, a favor de los ciudadanos, órganos y procedimientos que, en vez de configurarse como contenido adicional o como garantía de los derechos de defensa, forman parte del contenido constitucional del derecho. Por ejemplo, la existencia de una Administración electoral no es una garantía del derecho de sufragio, sino que el derecho de sufragio consiste precisamente, entre otras cosas, en la existencia de una Administración electoral.

La estructura de los derechos de prestación resulta en principio diversa de la propia de los derechos de defensa. El obligado por el derecho no ha de abstenerse sino precisamente lo contrario: suministrar al titular del derecho una serie más o menos determinada de prestaciones concretas. En última instancia, el obligado por los derechos de prestación es el poder público, si bien éste puede trasladar por ley la obligación a los particulares, como después veremos.

c) En el momento actual de evolución del Estado y de la Constitución,

105. La contraposición es, ante todo, de carácter estructural (por todos, BÖCKENFÖRDE, 1993, pp. 75-76), y con esta tesis sustancialmente coincidimos, con las matizaciones que después se harán: con HERRERA (2009, p. 31) y BALDASSARRE (1997, pp. 211 y ss.) podemos ya adelantar que no hay una diferencia radical sino de grado. Como veremos *infra*, 6.3, de esta contraposición lógica se deriva la dificultad de trasladar incondicionadamente a nuestro ámbito el modelo tradicional de control de las intervenciones, pensado para los derechos de defensa; por todos, de momento, KRINGS, 2003, pp. 221 y ss.

106. *Vid. infra*, 5.2.3, la interpretación que realizamos de la tesis que ALEXI formula al respecto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las cuatro estructuras o tipos básicos de los derechos (derechos reaccionales, de libertad, de prestación en sentido estricto y de organización y procedimiento) se entremezclan de continuo¹⁰⁷. Aunque hemos evitado la confusión entre los criterios histórico-funcional y estructural de clasificación, es evidente que la actual *multifuncionalidad* de los derechos tiene consecuencias estructurales. Ya hemos aludido aquí a una de las manifestaciones de este fenómeno: los derechos de defensa (en tanto favorecidos por el deber estatal de protección) son, en parte, derechos de prestación, si bien desde una concepción amplísima de estos últimos. Aun reconociendo que la diferencia entre las categorías es más bien una cuestión de grados, consideramos sin embargo que resulta útil mantener una clasificación como la propuesta, pues contribuye a la mejor comprensión e interpretación de los derechos. Téngase en cuenta, además, que algunos derechos se resisten a ser encuadrados en una sola categoría. A estas figuras, más la excepción que la regla, las llamaremos derechos de estructura compleja¹⁰⁸.

107. Se trata de un trasunto de la multifuncionalidad de los derechos fundamentales, bien destacada en el ya clásico trabajo de LUHMANN (1965), hoy de común aceptación, al menos en este punto.

108. Entre ellas pueden citarse cuatro derechos correspondientes a todas las fases de su evolución histórica: a) El derecho de propiedad es, a un tiempo, un derecho reaccional que se tiene de forma inconsciente y protege frente a las agresiones externas, como el robo, y un derecho de libertad que permite a su titular, p. ej., vender las cosas de su dominio. En ambos casos, el Estado despliega una amplia actividad positiva (respectivamente, sobre todo, el mantenimiento de un aparato policial al servicio de la protección de los bienes y de registros destinados a aportar seguridad a las transacciones más importantes) que ejemplifica el deber de protección de los derechos de defensa. b) El derecho de sufragio, activo o pasivo, es un derecho de libertad, positiva (el acto de votar o de presentarse a las elecciones) y negativa (el acto de abstenerse o de no presentarse a las elecciones), pero es también un derecho a una determinada organización (la Administración electoral) y procedimiento (el procedimiento electoral). c) El derecho a un medio ambiente adecuado es un derecho reaccional, que protege frente a los atentados al ecosistema, tras los cuales el Estado ha de desplegar una importante actividad destinada a intentar restaurar el estado de cosas anterior. Dada la trascendencia de los bienes ambientales y el peligro a que se encuentran actualmente sometidos, el Estado no puede limitarse a actuar sólo tras la aparición del daño, sino que debe configurar todo un sistema preventivo, más o menos exigente, dirigido en última instancia a satisfacer las necesidades ambientales de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el derecho al medio ambiente es también un derecho de prestación, y ello en el sentido amplio del término: incluye tanto prestaciones en sentido estricto (p. ej., ayudas a las energías renovables) como órganos (p. ej., un servicio de inspección de las actividades potencialmente contaminantes) y procedimientos (p. ej., el acceso de los ciudadanos a la información en materia ambiental). d) Un caso especial es el derecho de igualdad, cuya estructura no encaja con facilidad en los tipos mencionados hasta ahora. Es básicamente un derecho reaccional (protege frente a las diferencias de trato no justificadas o irrazonables), pero a veces puede incluir, como ya hemos visto (*supra*, III, 2.3) un tipo muy peculiar de prestaciones (derecho al trato diferenciado).

4.1.2. Los DFSP como derechos no exclusiva sino predominantemente prestacionales

Los DFSP son, por definición, derechos de prestación. La tesis es conceptual y pacífica y por tanto no requiere mayores explicaciones. Ahora bien, si como ya se ha dicho, los derechos de defensa admiten, parcialmente, un contenido prestacional, también los derechos de prestación admiten, parcialmente, un contenido defensivo¹⁰⁹. La mayor o menor penetración de elementos de una categoría en la otra depende de cada figura (acabamos de ver que en al menos cuatro la penetración es tan fuerte que conviene más bien hablar de derechos de estructura compleja) y de su interpretación. Las nueve figuras que vamos a estudiar en la segunda parte de esta obra responden claramente, como iremos comprobando, a la estructura de los derechos de prestación y admiten, sólo parcial y complementariamente, una faceta defensiva. Precisamente por este carácter parcial y complementario de la faceta defensiva de los DFSP, es por lo que consideramos oportuno seguir manteniendo la categoría.

Poco más puede añadirse sobre el tema con carácter general, remitiendo a partir de aquí al estudio de la estructura de cada una de las nueve figuras de DSFP. Únicamente podríamos destacar la importancia, desde una perspectiva más de contenido que puramente estructural, de la inserción de contenidos defensivos en los DFSP, y ello en un doble sentido:

- a) Los contenidos reaccionales de los DFSP operan como una especie de prohibición individual de regresividad. Como veremos (*infra*, 6.4), la regresividad juega más bien en sentido objetivo, como límite de los límites, al poder legislativo y reglamentario. En línea con una concepción exigente de la seguridad jurídica, el componente reaccional de los DFSP protege la estabilidad de lo conseguido, en una suerte de garantía de la propiedad, en el sentido amplio del término. Ésta es en cierto modo la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: como es sabido, los derechos sociales no están reconocidos en el CEDH, y sin embargo, el Tribunal los ha protegido en muchas ocasiones de forma indirecta, a través del derecho de propiedad y de otros derechos reaccionales¹¹⁰: por ejemplo, privar a alguien de su vivienda atenta contra su propiedad o contra su integridad; o atentar contra la salud de una persona vulnera su vida o su integridad.

109. Tesis ya unánime en la doctrina. P. ej., FABRE, 1999, pp. 53 y ss.

110. Aunque el tema será analizado al estudiar cada figura en la parte II de esta obra, para una panorámica general puede acudir de momento, en castellano, a MORTE GÓMEZ y SALINAS ACELGA, 2009.

- b) Los contenidos de libertad de los DFSP destacan dos cosas: en primer lugar, la ya aludida conexión entre libertad y derechos sociales (*supra*, III, 2.2); en segundo lugar, que las prestaciones no pueden imponerse. Es decir, los derechos sociales son también derechos de libertad, en el sentido de que es su titular quien (libremente) decide exigir las prestaciones correspondientes¹¹¹. Aunque en el estudio de cada figura habrá que introducir algunas matizaciones (desde luego, la faceta de libertad de los derechos sociales tiene límites, y el caso más claro es la educación obligatoria¹¹²), con carácter general podemos por el momento dejar sentado que el valor de la libertad impide al Estado satisfacer prestaciones no deseadas, de ahí que las leyes de desarrollo de cada derecho suelen establecer el criterio de la solicitud¹¹³. Por ejemplo, fuera de la educación obligatoria se educa quien quiere, se presta asistencia sanitaria a quien acude a los servicios sanitarios, o se concede una ayuda a la vivienda a quien y sólo a quien previamente ha realizado la correspondiente solicitud. Ciertamente, las necesidades son objetivas (*supra*, 3.2) pero imponer su satisfacción implicaría, en principio, un paternalismo excesivo, incompatible con el valor superior de la libertad.

Interesa por último detenerse en un punto, para salir al paso de una afirmación doctrinal tan frecuente (aunque cada vez menos) como endeble: según se afirma, la configuración (exclusiva o, como se ha visto, predominante) de los derechos sociales (salvo la huelga y la libertad sindical) como derechos de prestación implica una minusvaloración de los mismos, que permite calificarlos como derechos menos importantes, no fundamentales e incluso como no derechos. No se trata aquí de una tesis fundada en el artículo 53.3 CE sino de una tesis más general, que por tanto encontramos también en otras latitudes. Esta tesis no resiste la crítica. En primer lugar, si hablamos en serio de valores (no tanto de estructuras, pero en la tesis que criticamos a veces se mezcla todo), ya hemos visto cómo no hay argumentos para demostrar que los derechos de prestación son menos importantes, pues derivan igualmente del valor de la libertad, rectamente entendido (*supra*, III, 2.2)¹¹⁴.

111. Destaca este punto la mayor parte de la doctrina alemana; por todos, RÜFNER, 2006, p. 705. Entre nosotros, CASCAJO CASTRO, 1988, p. 72.

112. Para una justificación de los límites de la libertad desde la dignidad, con este mismo ejemplo, PRIETO ÁLVAREZ, 2005, pp. 201 y ss.

113. Para mayor fundamento constitucional de esta tesis, con apoyo en la legislación de la asistencia social, p. ej., ALONSO SECO, 2005, esp. pp. 421-425.

114. En definitiva, lo importante no son las estructuras sino los intereses. Precisamente una de las tesis nucleares de esta obra es la inserción de estos intereses (las necesidades básicas, lo que después denominaremos el objeto de los DFSP) en el centro del razonamiento constitucional. PALOMBELLA (2006, pp. 54-55) sintetiza muy bien este planteamiento: tras recordar la consabida presencia de lo prestacional en los dere-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

¿Qué argumentos puramente estructurales se utilizan entonces para sostener que los derechos de prestación son menos importantes que los derechos de defensa? Normalmente, dos:

- a) Los derechos de defensa son directamente ejercitables, sin necesidad de intermediación legislativa, y los derechos de prestación no. La premisa puede ser correcta (no del todo, pues sin protección estatal frente a los particulares no hay defensa que valga) pero la conclusión a la que se pretende llegar es falsa, salvo que se quiera resucitar una concepción extremadamente liberal de la Constitución, que a todas luces resulta incompatible con la CE: de una diferente estructura (relativa, en todo caso) no puede deducirse una diferente importancia. Partiendo de que todos son derechos fundamentales (*supra*, III, 1.2), la «importancia» de unos u otros no deriva de su estructura sino de su fundamento.
- b) El argumento del coste: los derechos de prestación, se dice, no pueden tener la misma importancia que los derechos de defensa, pues implican un mayor coste. Es decir: como son «derechos caros» son menos importantes. Pues bien, la premisa fáctica de la tesis resulta muy discutible. En un trabajo ya clásico, SUNSTEIN y HOLMES¹¹⁵ demostraron la falsedad de dicha premisa, pues los derechos de defensa son más caros de lo que parece, e incluso tan o más caros que los derechos de prestación.

No es preciso demostrar (aunque podría intentarse) que también en España los derechos de defensa son caros. Ahora bien, aunque no lograra demostrarse el error de la premisa fáctica y tuviéramos que conceder que los derechos de prestación son efectivamente más caros que los derechos de defensa, el argumento sin más continuaría siendo erróneo: de que algo sea más caro no puede deducirse que sea menos importante; es decir, coste e

chos de defensa afirma que la configuración estructural de los derechos sociales como derechos de prestación, siendo sustancialmente correcta, «puede resultar no obstante distorsionadora, ya que inclina a la convicción de que el contenido del derecho es la obligación de una prestación pública, en lugar del bien indicado (salud, educación, trabajo, vivienda). Es del todo pacífico que ciertamente con referencia a los derechos sociales la tutela consista, mucho más a menudo de cuanto sucede para con los derechos de libertad, en una prestación estatal. Pero, p. ej., el derecho a la salud (y otros del mismo género) en realidad ganaría si se concibiera como la tutela de un bien ya a través de obligaciones, fueren del Estado o de los particulares, ya mediante la regulación estatal, o del desarrollo de la autonomía de los individuos, y así de manera no muy distinta de cómo sucede en el caso de los derechos de libertad».

115. SUNSTEIN y HOLMES, 1999.

importancia no guardan conexión lógica alguna¹¹⁶. Quedaría en pie el argumento presupuestario: en versiones más sofisticadas de la tesis que criticamos, se afirma que el problema no es el coste sino la usurpación de competencias del legislador, único órgano legitimado para decidir las prioridades del gasto público, y por tanto, si ha de cumplirse o no, el contenido de los DFSP. Aquí sí encontramos una objeción que merece ser respondida, aunque sólo sea por la autoridad de los autores que la defienden. La respuesta, sin embargo, ya la dimos en su momento, y a ello nos remitimos (*supra*, III, 5.2). En síntesis, y sólo para recordar lo ya dicho: la competencia presupuestaria del legislador no es absoluta y está sujeta a la CE. Nuestro argumento quedaría finalmente así: los DFSP cuestan dinero (tanto o más que los derechos de defensa, es igual) y por tanto implican límites a la competencia presupuestaria del legislador. Como la CE impone límites a la competencia presupuestaria del legislador, ninguna objeción estructural puede impedir que existan (otra cosa es que tengan especificidades en su contenido, como veremos) DFSP.

4.2. LAS PRESTACIONES EXIGIBLES

4.2.1. Del objeto al contenido de los DFSP; resultados y medios

Como sabemos por nuestras indagaciones en torno a su concepto y fundamento, corroboradas por la CE, los DFSP tienen por objeto o finalidad la satisfacción de una necesidad básica de las personas¹¹⁷. Dicho objeto es determinado (ya desde la misma óptica de la fundamentación: sólo lo básico, *supra*, 3.2) y, hasta cierto punto, determinable; de no ser así, no podría hablarse de derechos subjetivos y seguramente tampoco de Derecho: el Derecho es obligación y razonablemente sólo puede obligarse a hacer (o no hacer) algo determinado. Atendiendo a la dualidad estructural presente en

116. Últimamente, p. ej., RODRÍGUEZ PALOP, 2011, pp. 46 y ss.

117. En los escasos estudios españoles de teoría general de los derechos fundamentales el concepto «objeto» apenas se encuentra. Una excepción es VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004), pero sin arrojar mucha luz al respecto (y las conceptos tienen, ante todo, que ayudar a comprender e interpretar el Derecho): al concretar los tipos de objeto (pp. 105-108), este autor deja fuera a los derechos sociales; sin embargo, más adelante, al hablar del «contenido» de los derechos (concepto, al parecer, distinto al de objeto) sí se refiere a los derechos de prestación, pero ahora, sorprendentemente, no se habla de contenido sino de objeto (p. 112: «El objeto de un derecho de prestación es el mandato constitucional que impone al poder público –o en su caso a un particular– el deber de hacer algo; y, en sentido estricto, de hacer algo consistente en prestar un servicio o poner a disposición del titular del derecho un bien»), y ello en términos tales que este lector no acaba de entender la diferencia entre objeto y contenido.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

los DFSP (con el desequilibrio conceptual ya visto: esencial lo prestacional, complementario lo defensivo), la traducción del objeto en un contenido concreto para cada figura debe realizarse de dos maneras: estableciendo un ámbito que no puede ser vulnerado (faceta defensiva) y enumerando un conjunto de prestaciones que deben ser otorgadas¹¹⁸. En este apartado nos centraremos en lo segundo, esto es, en el núcleo del contenido de los DFSP, su faceta más característica y definitoria.

El salto del objeto (la necesidad) al contenido (las prestaciones) puede resultar casi imperceptible, pero no por ello es menos importante. Como en otras ocasiones, la dicción de la CE no siempre ayuda a distinguir lo que dogmáticamente debe distinguirse. Veamos un ejemplo de confusión y otro de claridad terminológica en nuestra norma fundamental:

- a) Según el artículo 27.2 CE, «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana». Se mezclan en la misma frase tres cosas diferentes: la educación como necesidad, la libertad como finalidad de la educación (recordemos que las necesidades son instrumentales a un fin, *supra*, 3.2) y la educación como prestación (servicio público educativo); respectivamente, el objeto, el fundamento y el contenido del derecho fundamental a la educación.
- b) Según el artículo 41 CE, «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». En esta frase, la asistencia y prestaciones propias de la Seguridad Social conforman el contenido de un derecho cuyo objeto o finalidad es la cobertura de las situaciones de necesidad. El precepto es importante (no en vano la Seguridad Social ha sido calificada como el núcleo duro del Estado social), porque diferencia con claridad entre objeto y contenido, utilizando además los dos conceptos clave que estamos proponiendo para concretar ambas categorías en nuestro ámbito de estudio: respectivamente, prestación (en sentido estricto, incluyendo «asistencia y prestaciones») y necesidad. Comprobamos así que la dogmática no «inventa» los conceptos sino que los extrae, como debe ser (cuando resulta posible, claro está, como sucede en el precepto citado), del Derecho positivo.

Frente a las confusiones reinantes en su caso en la letra de la CE, la dogmática, insistimos, debe distinguir entre objeto y contenido de los DFSP,

118. Resulta acertada la intuición de QUEIROZ (2006, p. 147) de que los DFSP implican, ante todo, un «problema cuantitativo».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pero sin perder nunca de vista la sustancial conexión entre ambos elementos. Al jurista le interesa sobre todo determinar las prestaciones exigibles, pero sin olvidar, para el análisis de validez y para la interpretación de las normas que regulan aquéllas, la pregunta sobre si satisfacen o no suficientemente el objeto al que sirven. En primer lugar, el análisis ha de ser crítico (crítica interna, no filosófica, de validez y no de legitimidad), examinando si las prestaciones otorgadas (por la ley y, en su caso, por el reglamento o la jurisprudencia) son suficientes para la finalidad que pretenden, esto es, para la satisfacción del objeto del derecho. En segundo lugar, las prestaciones otorgadas, como normas jurídicas que son, pueden en muchos casos ser susceptibles de diversas interpretaciones, y en esa tarea interpretativa el objeto del derecho vuelve a aparecer; retomaremos este punto al referirnos a la interpretación finalista de los DFSP (*infra*, 4.3.2).

Sólo puede exigirse lo concreto, de ahí la centralidad, con las salvedades apuntadas, para el análisis jurídico (otra cosa será para el análisis político), de las prestaciones. Las prestaciones son instrumentos para el logro de fines que van más allá de ellas y que se entienden superiores en los planos lógico y valorativo. Esta conexión entre prestación y necesidad, prácticamente inédita en nuestra doctrina, resulta sin embargo fundamental al menos en las dos tareas ya señaladas: el análisis de validez y la interpretación; más adelante (respectivamente, *infra*, 4.3.2 y 6.3) tendremos ocasión de comprobarlo.

De otro lado, con alguna frecuencia viene a afirmarse: si las prestaciones son medios (en esto estamos de acuerdo), las obligaciones correspondientes (el deber de otorgar las prestaciones) también son de medios, no de resultados¹¹⁹. En el mejor de los casos (cuando la tesis se argumenta, lo que tampoco es habitual), se juega, seguramente de manera inconsciente, con la equivocidad del término «medio». Pues bien, a nuestro juicio, que las prestaciones sean medios no significa que las obligaciones correspondientes se cumplen si fracasan en la consecución de su objeto, que es lo que a veces viene a afirmarse cuando se dice que no son obligaciones de resultado.

He aquí la consecuencia más relevante de la peculiaridad estructural de los derechos de prestación. Aunque este tema será examinado después (*infra*, 6.3), es preciso adelantar ahora lo siguiente: los derechos de defensa, en sentido diríamos puro, sólo prohíben una cosa; los derechos de prestación, por el contrario, obligan también a una única cosa (la satisfacción de la

119. En el Derecho internacional suele hablarse de obligaciones de medios o comportamiento y de resultado (la distinción está muy clara en las Directrices de Maastricht, ap. 7), pero como bien indica CRAVEN (2002, pp. 107-108), no puede realizarse una separación tajante entre ambas.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

necesidad básica), pero a ese resultado normalmente puede llegarse de diversas maneras. Si hay un único medio para obtener el resultado, dicho medio es constitucionalmente obligatorio. Si existen diversos medios para la consecución del resultado, en principio el obligado por el DFSP puede escoger cualquiera de ellos¹²⁰.

Ahora bien, verificar si se cumple o no el resultado pretendido por el DFSP tampoco es tarea fácil, sobre todo si tenemos en cuenta el carácter abierto y en constante evolución de dicho resultado¹²¹: difícilmente podrá dictaminarse, con carácter general, por ejemplo, que el legislador ha conseguido el resultado de que toda la población tenga sus necesidades básicas educativas, sanitarias o habitacionales cubiertas¹²², de ahí que resulte explicable que el control, sobre todo el control abstracto (otra cosa será en la protección de situaciones individuales), de los obligados de los DFSP acabe centrándose en el control de los medios empleados¹²³. La práctica es correcta, siempre que no se pierda de vista que lo más importante, en última instancia, es la consecución del resultado. Como el análisis de los medios se verifica más habitualmente en el control de validez de las prestaciones otorgadas, volveremos sobre él más adelante (*infra*, 6.3).

4.2.2. Contenido subjetivo y contenido objetivo

Antes de proceder a una caracterización general de las prestaciones que

120. P. ej., COGO LEIVAS, 2008, pp. 280-282 y 291. Téngase en cuenta, como en breve se verá, que el resultado no es la máxima protección posible del DFSP (en sentido amplio) sino la protección constitucionalmente obligada del DFSP (en sentido estricto), algo que no queda claro en la propuesta del último autor citado. Más acertadamente, KRINGS, 2002, pp. 259 y ss.
121. No obstante, como bien apunta CRUZ PARCERO (2007, pp. 93 y ss.) hay resultados (él habla de fines pero a nuestros efectos es lo mismo) más determinados que otros. Obviamente, la discrecionalidad del obligado aumenta en la medida en que aumenta la indeterminación de los resultados. Para una tipología más detallada de los supuestos posibles, *vid.* ALEX, 2002, pp. 23 y ss.
122. De ahí que deba reconocerse también una cierta discrecionalidad, aunque sin duda menor, al obligado en la determinación de los fines o resultados; por ello consideramos demasiado simplificada la afirmación de GAMBINO (2002, p. 15) en cuya virtud la discrecionalidad concierne al *cómo*, y no tanto al *qué*, o de FERNÁNDEZ (2000, p. 469), para quien la discrecionalidad «reside en el *quantum* (y, por extensión, en el *quomodo*), nunca en el *an*, ni en el *quando*, ni en el *quid*». Más correctamente, LÓPEZ PINA, 1996, p. 25: «Los *Principios rectores* determinan el condicional *si* de las *tareas del Estado*. Compete [sobre todo, añadiríamos nosotros] al legislador lo que concierne al *cómo*, al grado, y al contenido de la realización de la *tarea*».
123. Así, en relación con el PIDESC, BADERIN y McCORQUODALE, 2007, pp. 12-14. Como indican estos y otros autores, el control más estricto del Comité DESC se concentra en los medios utilizados, quedando los resultados sometidos a un más laxo control de progresividad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

integran el núcleo del contenido de los DFSP, deben realizarse algunas consideraciones previas sobre la distinción entre contenido subjetivo y contenido objetivo de los derechos fundamentales.

Por definición, todo derecho fundamental (también todo DFSP) es, al menos, un derecho subjetivo, es decir, como sabemos (*supra*, III, 1.2), debe incluir elementos (en nuestro caso, al menos, prestaciones) que puedan ser exigidos (en última instancia, judicialmente) por sus titulares: no hay derechos fundamentales sólo con contenido objetivo. Complementariamente, los derechos fundamentales suelen tener un contenido objetivo. Como comprobaremos en los capítulos correspondientes de la Parte II de esta obra, todos los DFSP tienen ese contenido objetivo.

Recordemos brevemente qué significa carácter (término más amplio que contenido) objetivo de los derechos fundamentales. Pese a las críticas al concepto¹²⁴, creemos de utilidad (los conceptos deben mantenerse si sirven de algo) seguir haciendo uso de él¹²⁵, y ello sin necesidad de adscribirnos a la denominada teoría institucional de los derechos, que parece privilegiar el carácter objetivo sobre el subjetivo¹²⁶, posición que nosotros no asumimos, tampoco en el campo de los DFSP.

Parece haber hoy acuerdo en la dogmática en que la clásica concepción puramente individualista de los derechos no puede ya mantenerse¹²⁷. Esta

124. Críticas en Alemania, patria de esta doctrina, donde la bibliografía en la materia sigue siendo amplia. El principal argumento crítico es la inutilidad de la categoría, su incapacidad para extraer de ella consecuencias jurídicas claras (por todos, LINDER, 2005, pp. 431 y ss.). En España, apenas encontramos reflexión sobre el tema, aunque, como es sabido, la doctrina del doble carácter fue asumida por nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo en esto (sin decirlo) al alemán, desde sus primeros años. Ahora detectamos un cierto cansancio, pues el tópico aparece menos en la jurisprudencia.

125. Sobre los motivos, p. ej., GRIMM, 2006, pp. 156 y ss.

126. Sobre todo, HÄBERLE, 2004. En todo caso, el debate sobre qué es más importante, si lo objetivo o lo subjetivo, nos parece estéril. No faltan autores (p. ej., AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, p. 68) que con extraña contundencia afirman que en materia de derechos sociales «predomina» lo objetivo sobre lo subjetivo; más concretamente, GARCÉS SANAGUSTÍN (1996, pp. 48-49) parece incluso llegar a postular el mismo abandono de lo subjetivo. No entendemos bien adónde se quiere llegar con esa tesis, pero en cualquier caso la consideramos desafortunada: desde la dogmática consolidada de los derechos fundamentales, lo primero (si se nos obliga a optar) ha de ser siempre lo subjetivo. LÓPEZ PINA (1996, p. 23) sintetiza bien el equilibrio que defendemos: «aun cuando propugnemos la interpretación [de los principios rectores] en el sentido de un reforzamiento de la dimensión pública de [su] vertiente objetiva, no podemos por menos de reconocer que todo el edificio dogmático de los derechos fundamentales arranca de su dimensión subjetiva».

127. En relación con nuestro tema, esta necesaria superación de lo individual (ejemplificada en la construcción del derecho público subjetivo) fue oportunamente destacada por CASCAJO CASTRO (1988, pp. 57 y ss.) y es hoy moneda común de nuestra

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

concepción tradicional, ejemplificada en la teoría de los derechos naturales, tenía un carácter ideológico (en el sentido marxista del término, como deformador de la realidad), dada su ceguera, justificada en una idea abstracta del hombre, para la realidad histórica de las personas concretas, especialmente de las más necesitadas. Paralelamente a la crítica filosófica al paradigma individualista del primer liberalismo, en el plano de la dogmática jurídica ya en el siglo XIX se abrieron paso corrientes discrepantes con la construcción originaria del derecho subjetivo, pretendiendo desvincularla de su componente naturalista y enraizarla en el Derecho objetivo, todo ello en el contexto del tránsito del iusnaturalismo al positivismo¹²⁸. Por ejemplo, la teoría de los derechos públicos subjetivos conectó necesariamente los derechos con la ley, concibiendo aquellos, en palabras de JELLINEK, como «reflejos del Derecho objetivo». La culminación de esta tendencia llega con Kelsen, para quien un derecho subjetivo sólo existe si una norma objetiva atribuye a un sujeto el deber jurídico de respetar ese derecho.

En el plano de los derechos fundamentales la objetivación progresiva de los derechos se potencia con el renacimiento en Europa de la Constitución normativa, después de la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia de la importancia que los derechos fundamentales adquieren en el conjunto del sistema constitucional, surge la tesis, formulada por el Tribunal Constitucional Federal alemán y trasladada a varios de sus homólogos, del doble carácter de los derechos fundamentales, en cuya virtud éstos, además de derechos subjetivos, resultan ser «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional». De esta forma, la idea del carácter objetivo de los derechos sirve como categoría aglutinante, en la dogmática jurídica, de las tendencias que abogan por la superación de una concepción puramente individualista de los derechos.

El exacto alcance del carácter objetivo de los derechos fundamentales resulta controvertido. Éste, de tan impreciso, es a veces definido como la concreción de todos aquellos elementos del derecho fundamental distintos a los tradicionalmente derivados de la categoría del derecho subjetivo. En realidad, de la fórmula del carácter objetivo, la jurisprudencia y la dogmática han derivado consecuencias muy diversas, a saber¹²⁹:

a) Tópicos argumentativos, útiles para los tribunales en la determina-

doctrina, que parece aceptar sin fisuras la necesidad de completar objetivamente lo subjetivo (por todos, VILLACORTA MANCEBO, 1996, pp. 248 y ss., con bien seleccionada bibliografía).

128. Por todos, DE CABO, 2001, pp. 123 y ss.

129. Por todos, DOLDERER, 2000. Para una síntesis problemática, WENGER, 2005. Entre nosotros, PRESNO LINERA, 2004, pp. 50 y ss.

ción del contenido de determinados derechos o en la solución de conflictos entre los mismos. El ejemplo típico es la colisión entre la libertad de expresión y los derechos al honor e intimidad: en este caso, la jurisprudencia suele afirmar que la libertad de expresión tiene un acentuado carácter objetivo (no sirve sólo a los intereses de su titular, pues su ejercicio comporta también beneficios para la colectividad), del que carecen el honor y la intimidad, deduciéndose de ello una cierta prevalencia de la primera sobre los segundos. Se ponen ya aquí de manifiesto los riesgos del carácter objetivo, que a veces se convierte en fácil excusa para una resolución no siempre razonada de casos controvertidos, con peligro para la genuina vertiente de los derechos fundamentales (en el ejemplo, el honor y la intimidad), que no es otra que la subjetiva.

- b) El llamado *efecto de irradiación* de los derechos fundamentales, según el cual éstos deben regir, como decisión constitucional básica que son, en todas las esferas de la realidad social y del Derecho. Si bien se mira, se trata de una mera aplicación del principio de *interpretación conforme* con la Constitución, en cuya virtud, a la hora de aplicar el Derecho ordinario debe tenerse en cuenta la mayor relevancia de los derechos fundamentales. Dicho de otro modo, en caso de que de la interpretación de una ley o reglamento deriven diversos significados, debe escogerse aquel más beneficioso para los derechos fundamentales. En este caso, los derechos no actuarían como derechos subjetivos sino de forma similar a los principios, esto es, como criterios de interpretación. Sea como fuere, también hay consenso doctrinal en que la aplicación del efecto de irradiación al Derecho ordinario (en especial al Derecho privado) debe hacerse con cautelas, salvaguardando los principios característicos del sector del ordenamiento afectado.
- c) La implicación más importante de la doctrina del carácter objetivo de los derechos fundamentales es la configuración de un genérico deber estatal de protección de los mismos¹³⁰. En el Derecho positivo

130. Así, GRIMM, 2006, p. 167. En relación con la doctrina alemana, interesa realizar una advertencia importante: por cuanto la LFB carece de un catálogo de DFSP, gran parte de esta temática aparece en muchos autores subsumida en el estudio de los deberes de protección. Pues bien, esta categoría (pensada más bien para enfatizar las obligaciones positivas del legislador de protección de los derechos de defensa frente a los ataques procedentes de particulares), por mucho que haya intentado *subjetivizarse*, tiene limitaciones importantes, y por ello debe leerse con cautela a la doctrina alemana en este punto; al respecto, BALDASSARRE, 1997, p. 209. Los ejemplos de KRINGS (2003, pp. 210 y ss.) en relación con el derecho a la salud nos parecen significativos. En España, la situación es obviamente muy diferente: el deber de protección de los derechos fundamentales no es para nosotros la *sedes materia* central sino más bien un argumento complementario, que refuerza la vinculación propia

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

una de las mejores formulaciones de esta idea se encuentra en el artículo 9.2 CE. En esta dirección, como tantas veces se ha recordado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que «Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación de sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano» (STC 53/1985, reiterada últimamente en la STC 37/2011, FJ 4). En esta ocasión, el Tribunal derivó del derecho fundamental a la vida un deber del legislador de configurar un marco suficiente de garantía para el embrión, anulando la despenalización parcial del aborto precisamente por insuficiencia de garantías (omisión legislativa relativa).

El deber estatal de protección se articula sobre todo en dos direcciones: las *garantías* adicionales de los derechos fundamentales que quedan fuera de su contenido subjetivo, derivadas por lo general de normas de mandato, organización y procedimiento, y la articulación de instrumentos *de protección* de los derechos fundamentales no directamente dirigidos en favor de un particular, tales como el control abstracto de normas o la reserva de ley, entre otras. Una cuestión importante, al menos a efectos de claridad terminológica, consiste en determinar si el deber estatal de protección de los derechos fundamentales forma parte del contenido (objetivo) de los mismos o, como parece desprenderse de la dualidad anterior y de la misma literalidad de nuestra propuesta (deber *de protección*), de sus garantías. Examinemos el tema en relación con los DFSP. Si, como venimos adelantando y después precisaremos, el contenido de los DFSP consiste, ante todo, en prestaciones otorgadas

de los DFSP, que deriva de sus mismas normas de reconocimiento (así, el propio KRINGS, 2003, pp. 234 y ss., aunque con referencia no a los DFSP sino a los derechos de defensa).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

por los poderes públicos (en la práctica y en último término, básicamente por la Administración), y si, como en su momento veremos, entre las garantías típicas de los DFSP se encuentran las garantías objetivas otorgadas por la Administración (*infra*, V, 2), resulta difícil deslindar aquí (no pretendemos sentar una tesis general para todos los derechos fundamentales) entre contenido y garantía y quizás convenga aplicar una cierta «navaja de OCKHAM» y eliminar el concepto de contenido objetivo, llevándolo al tema de las garantías¹³¹. Por ello, en este capítulo hablaremos sobre todo del contenido del derecho subjetivo fundamental, dejando el estudio del contenido objetivo-garantías para el capítulo siguiente.

No obstante, antes de continuar con la temática del contenido de los DFSP (ahora, más estrictamente, contenido de los derechos subjetivos fundamentales de prestación), se imponen algunas aclaraciones adicionales que nos ayuden a delimitar (al menos, negativamente) el objeto de nuestro estudio posterior: si los derechos tienen un doble carácter (en esto no parece haber discusión), los dos aspectos están relacionados, y el alcance que se otorgue a uno influirá en el alcance a otorgar al otro.

En nuestra doctrina, los dos autores que han tratado el tema con algún detalle mantienen posturas opuestas. Veamos:

- a) Gabriel DOMÉNECH PASCUAL es, hasta donde alcanzamos, uno de los pocos autores españoles que ha estudiado en profundidad el deber estatal de protección de los derechos fundamentales¹³². Lo hace desde la típica perspectiva de la doctrina alemana y de esta elección se resiente todo su planteamiento. En Alemania el deber de protección se refiere más bien a los derechos de defensa, garantizándolos frente a las intervenciones procedentes de los particulares. DOMÉNECH viene a señalar que el concepto es igualmente aplicable a los DFSP, pero lo cierto es que esta perspectiva no se desarrolla suficientemente en su libro, y hubiera sido conveniente hacerlo, pues las diferencias de nuestra categoría con los derechos de defensa son relevantes y no basta aquí con el socorrido recurso al argumento de la analogía o del *mutatis mutandis*. Pues bien, DOMÉNECH, aunque de forma no muy clara, parece sostener que el deber de protección forma parte íntegramente del derecho subjetivo fundamental (no dice si de su contenido o de su garantía, pero esto no importa mucho), es decir, resulta exigible ante los tribunales. Si la tesis se aplica, como dice este autor, a todos los derechos fundamentales, no habría,

131. Así parece desprenderse de la exposición de GOMES CANOTILHO, 2003, pp. 476 y 482.

132. DOMÉNECH PASCUAL, 2006, esp. pp. 69 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

en consecuencia, carácter objetivo de los DFSP (como algo diferente al subjetivo) o éste quedaría sustancialmente reducido.

- b) Por su parte, Juan Carlos GAVARA DE CARA, que cita a DOMÉNECH pero no en este punto, viene a señalar precisamente lo contrario¹³³: salvo excepciones muy puntuales, todo el contenido de los DFSP es contenido objetivo, esto es, no exigible judicialmente, tesis con la cual seguramente coincidiría buena parte de nuestra doctrina, dada su tradicional minusvaloración de los DFSP.

El debate es pertinente, pues tiene consecuencias importantes para la configuración dogmática de los DFSP que pretendemos realizar en las páginas que siguen. El problema de las posiciones de DOMÉNECH y GAVARA, además de su radicalidad, es que se encuentran poco argumentadas. Por nuestra parte, consideramos preferible un punto medio, que es el defendido, también sin mucha argumentación, por los autores con los que encontramos mayor sintonía, y que considera oportuno el mantenimiento de la tesis del doble carácter de los derechos fundamentales. Es decir, para nosotros, los DFSP tienen un necesario, natural y no excepcional, contenido subjetivo, que se ve completado por un también importante (pero quizás accesorio) contenido objetivo, diferenciado (aunque no tajantemente) del anterior. Ello se debe a razones (sobre las que volveremos en los apartados siguientes de este capítulo) tanto conceptuales como prácticas:

- a) Si hay un DFSP, por definición, debe tener un contenido subjetivo, esto es, accionable directamente ante los tribunales¹³⁴.
- b) El derecho subjetivo es una técnica de protección de intereses que tiene unas características, a las que dogmáticamente no se puede renunciar, salvo que modifiquemos el concepto de derecho subjetivo, lo que no parece conveniente. El concepto de derecho subjetivo es variable, flexible y evolutivo, pero hasta cierto punto, y derecho subjetivo significa, al menos, individualidad y afectación directa a los intereses de una persona concreta (*supra*, III, 1.2). Está claro que hay muchos intereses colectivos asociados a los DFSP que cuadran mal con el concepto (tradicional, si se quiere) de derecho subjetivo, de ahí la importancia de complementar la visión individualista de los

133. GAVARA DE CARA, 2010, pp. 11 y ss.

134. La posición mantenida al respecto por GOMES CANOTILHO, en su famosa defensa de la Constitución «dirigente» (2001, esp. pp. 363 y ss.), no nos resulta suficientemente clara, por cuanto este autor, en diversos pasajes de su obra, llega a admitir la existencia de derechos fundamentales subjetivos no accionables.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

DFSP otorgando la importancia que merece al carácter objetivo de los mismos¹³⁵.

- c) El ordenamiento recoge numerosas obligaciones de protección de los DFSP que encajan mal con la categoría de derecho subjetivo¹³⁶, y así se desprende de la literalidad de las normas correspondientes

-
135. En uno de los más lúcidos trabajos sobre derechos sociales publicados en los últimos años, GARCÍA MANRIQUE (2010, esp. pp. 89 y ss., completando ideas ya adelantadas en 2007, esp. pp. 496-497), tras reivindicar el origen histórico de los derechos sociales como ideales políticos, critica la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos, por limitadora de las potencialidades de la categoría: «la configuración de un ideal como un derecho subjetivo supone *siempre* su *restricción*» (p. 94), «la configuración de un derecho social como un derecho subjetivo exige *necesariamente* su *restricción*» (p. 96) o «recurrir a la técnica del derecho subjetivo significa obtener la ventaja de la seguridad jurídica de la expectativa a cambio de pagar el precio del *recorte o restricción* de la expectativa» (p. 102), las tres cursivas nuestras, GE). Ciertamente, «un derecho social subjetivo será siempre un derecho social mínimo, es decir, un derecho a un cierto conjunto definido de prestaciones (o de abstenciones) que por sí solas no pueden garantizar plenamente el objetivo deseado» (p. 97). Ahora bien, las limitaciones del derecho subjetivo, aunque a nuestro juicio no son tan graves (y hay experiencias judiciales alentadoras), existen (para otra perspectiva, complementaria, GARCÉS SANAGUSTÍN, 1996, pp. 80-81 o 150-151), pero precisamente para evitarlas se destaca el carácter objetivo de los derechos sociales, más *jurídico* (vinculante) y útil de lo que cree GARCÍA MANRIQUE; en este sentido, nos encontramos más cerca de PISARELLO (2007, esp. pp. 505-506) cuando replica a GARCÍA MANRIQUE precisamente en este punto. Por ello, no acabamos de entender (y por tanto de compartir) la tesis de la incompatibilidad, pues ambas perspectivas, la subjetiva y la objetiva, se refuerzan mutuamente, como al final el propio GARCÍA MANRIQUE viene a reconocer (p. 101). Otra crítica, más general y desarrollada, a la idea del derecho subjetivo y a su centralidad en el pensamiento jurídico dominante, aparece en el también muy relevante trabajo de DE CABO (2001, pp. 117 y ss.), pero este autor, que en algún momento parece proponer una suerte de revolución copernicana de la dogmática (p. 130), al final no llega a negar la existencia de derechos subjetivos sociales, reconociendo los avances logrados gracias a esta categoría (p. 134). Según creemos, DE CABO apuesta más bien por un reforzamiento del carácter objetivo de los derechos sociales, por un cierto reequilibrio entre lo individual y lo colectivo, y de esa forma su planteamiento resulta menos minoritario de lo que él mismo cree. Para continuar con esta discusión, en la que lamentablemente no podemos seguir adentrándonos, remitimos al sugestivo debate, lleno de matices, entre ATRIA, GARGARELLA, CRUZ PARCERO y BERNAL PULIDO (2004): en síntesis, los dos primeros, desde fuera del Derecho constitucional, vienen a sostener la tesis ya referida de GARCÍA MANRIQUE (no es conveniente que existan derechos fundamentales sociales) y los dos segundos (con quienes coincidimos en lo sustancial) la someten a dura crítica, desde planteamientos más ponderados y ajustados al sentir hoy dominante en la dogmática constitucional latinoamericana.
136. Al final, como después veremos (*infra*, V, 2), lo subjetivo-individual se concentra en lo judicial, y como bien apunta FABRE (1999, pp. 176-179), el proceso resulta *todavía* poco adecuado para la satisfacción de la dimensión colectiva, sin duda relevante, de los DFSP.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

(que no siempre emplean el término «derecho», y por algo será). Además, yendo ahora a lo más práctico, no parece conveniente que *todo* lo relativo a los DFSP tenga acceso a la jurisdicción, al menos en la forma de derecho subjetivo. Los tribunales son importantes y deben proteger los DFSP, pero hasta cierta medida. Nuevamente, hay que dar en parte la razón a los críticos de la judicialización total del ordenamiento (*supra*, III, 1.2).

Llegados a este punto y por lo que aquí interesa, se impone establecer algunos criterios de demarcación entre lo subjetivo y lo objetivo, en síntesis y de forma simplificada, entre lo exigible y lo no exigible ante los tribunales por los titulares de los DFSP. La decisión corresponde al legislador, pero el legislador tampoco es aquí, como es obvio (pues hablamos de derechos fundamentales), totalmente libre (está sujeto a la Constitución, y la dogmática no puede prescindir del análisis de validez de la ley) ni sus prescripciones quedan inmunes a la interpretación, tarea ésta también inexcusable de la dogmática. De momento, proponemos como criterios de demarcación los cuatro siguientes, siempre con la guía del objeto del derecho:

- a) La CE arroja algunas pistas que la dogmática no debería pasar por alto. En concreto, si el constituyente habla, literalmente, primero de derecho y seguidamente (en el mismo precepto) o después (en otro precepto) de mandatos de actuación, es porque estos últimos no forman parte del derecho en sentido estricto (derecho subjetivo), sobre todo cuando dichos mandatos no conectan directamente con pretensiones que encajen en el concepto de lo que tradicionalmente se considera derecho subjetivo, esto es, pretensión individualizada y concreta. El constituyente no dice: «el derecho A comprende las actuaciones B, C y D», sino que dice: «se reconoce el derecho A», y *luego*, «los poderes públicos están obligados a B, C y D». Así, el DFSP a la educación (art. 27.1 CE) tiene un contenido subjetivo (que la CE apenas define, pero esto así en casi todos los derechos fundamentales, no sólo en los DFSP), pues de otra manera el precepto citado sería superfluo, lo que no quiere decir que todas las obligaciones constitucionales relacionadas puedan ser exigidas judicialmente por los titulares del derecho (p. ej., la programación general de la enseñanza –art. 27.5– o la inspección y homologación del sistema educativo –art. 27.8–), pues muchas de ellas carecen del elemento de la individualidad o afectación directa que caracterizan al derecho subjetivo. El DFSP a la protección de la salud (art. 43.1) tiene un contenido subjetivo (básicamente, la asistencia sanitaria en caso de enfermedad), pero también un contenido objetivo, nuevamente integrado

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en el mismo DFSP pero no exigible judicialmente por sus titulares (p. ej., las medidas de organización y tutela de la salud *pública* –art. 43.2–); este último ejemplo es ilustrativo y de ahí nuestro subrayado: no parece razonable exigir judicial (e individualmente) la satisfacción de los intereses sanitarios públicos (o colectivos), pero éstos son tan importantes para el DFSP (con prevención general de las enfermedades se reducirán futuros problemas de salud individual) que se integran necesariamente en él. Y con otros ejemplos podríamos seguir.

- b) Las necesidades más urgentes, importantes y directamente conectadas con personas individuales y concretas han de formar parte del contenido del DFSP y por tanto tener acceso a la jurisdicción, en forma de derechos subjetivos, existan o no previsiones legislativas al respecto (*supra*, III, 1.2).
- c) Todas las demás garantías que sirvan a los DFSP, de manera preventiva, reparadora o con carácter no individual, son, en principio, garantías objetivas del DFSP, esto es, constitucionalmente exigibles, pero no por los titulares del derecho ante los tribunales sino por otras vías (*infra*, V, 2, 3.7.3, 4 y 5).
- d) Si el interés a defender tiene un carácter colectivo, en principio, las obligaciones positivas correspondientes son objetivas, sin perjuicio de que, excepcionalmente, el legislador (o su intérprete) considere conveniente su subjetivación.

En definitiva, la línea de demarcación entre contenido subjetivo y objetivo es flexible y variable¹³⁷, pero la dogmática está obligada a dibujarla con alguna nitidez, pues tiene consecuencias prácticas evidentes. Como decíamos, el núcleo del contenido objetivo se traduce en deberes positivos de protección no exigibles mediante la técnica del derecho subjetivo. En el análisis sistemático adoptado aquí, común a todas las figuras de DFSP, hemos agrupado la mayor parte de los deberes objetivos de protección en el capítulo de las garantías: al estudiar cada una de ellas comprobaremos que todas sirven al derecho fundamental pero que no todas forman parte del derecho subjetivo fundamental.

4.2.3. Contenido esencial y contenido constitucional

Al analizar los DFSP en concreto, aun centrándonos sólo en su faceta

137. No puede ser de otro modo, dada la pluralidad de relaciones, conceptuales y normativas, entre derechos individuales y bienes colectivos; sobre ello, ampliamente, ALEXI, 1994, pp. 187 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

prestacional, veremos que el contenido de cada figura reviste una cierta complejidad. Por ello, quizás sea conveniente establecer algunas divisiones dentro de dicho contenido.

Dentro de las divisiones del contenido de los derechos fundamentales la categoría más conocida por la dogmática es la de contenido esencial. Debemos por tanto detenernos inicialmente en ella. Pese a un relativo declive de este concepto, lo cierto es que la CE la consagra expresamente (art. 53.1), el Tribunal Constitucional la sigue utilizando (aunque cada vez menos) y reaparece en la CDF (art. 52.1), a la que remite el artículo 10.2 CE, en relación con todos los derechos fundamentales, también con los derechos sociales. A nuestro juicio, si el contenido esencial tiene un significado propio (si no, carecería de sentido como concepto jurídico), que añade algo a la genérica vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, debe entenderse en un sentido absoluto, como un primer e infranqueable *límite de los límites* de tales derechos fundamentales, esto es, considerando que en relación con dicho contenido no resulta legítima intervención alguna¹³⁸. Partiendo de esta teoría absoluta del contenido esencial, los derechos protegidos por la cláusula admitirían una bipartición en su contenido, debiendo diferenciarse entre un contenido esencial, que nunca podría verse negativamente afectado, y un contenido no esencial, sobre el que resultarían en principio posibles las intervenciones. Como es obvio, el problema se desplaza desde aquí a la determinación del contenido de los derechos, con la dificultad añadida de tener que distinguir ahora qué prestaciones forman parte del contenido esencial y cuáles del no esencial¹³⁹.

No hemos encontrado en la doctrina española referencias significativas al contenido esencial de los DFSP¹⁴⁰. La CE alude tan sólo (y este dato no

138. La doctrina española no siempre es clara en este punto. JIMÉNEZ CAMPO (1996, pp. 482-484) y VILLAVARDE MENÉNDEZ (2004, p. 134) parecen adscribirse a la teoría relativa, negando en la práctica virtualidad al contenido esencial. DíEZ-PICAZO (2008, pp. 119-122) apuesta más bien por la teoría absoluta. MARTÍNEZ-PUJALTE (1997, pp. 37 y ss.), por su parte, pretende una superación de ambas posturas, pero se adscribe más bien, como veremos, a la teoría absoluta.

139. Los criterios de la STC 11/1981 (seguida entre otras por las SSTC 13/1984, 196/1987 o 71/1994) no aclaran mucho sobre la *especificidad* del contenido esencial, aunque pueden ser útiles para la determinación del contenido *general* de los derechos. Quizás por ello, no faltan autores que critican la ambigüedad de la fórmula, denunciando su uso como tópico argumentativo en blanco. Por todos, GAVARA DE CARA, 1994, pp. 354-357.

140. En la obra de referencia, tantas veces citada, de PISARELLO, encontramos diversas alusiones al «contenido mínimo o esencial» de los derechos sociales (2007, p. ej., pp. 76 o 84), pero sin distinguirse (mucho menos definirse) específicamente dentro de él el contenido esencial. Esta misma imprecisión, p. ej., en ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, pp. 4 y 31.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

puede pasar desapercibido) al contenido esencial de los derechos del capítulo segundo del título I, es decir, por lo que aquí interesa, a los derechos a la educación y al trabajo. Se plantea entonces si la categoría puede aplicarse igualmente a los DFSP incluidos en el capítulo tercero del precitado título I. Pues bien, teniendo en cuenta que el problema de fondo es el mismo (la existencia o no de un contenido de los derechos que en ningún caso puede verse afectado) y que el artículo 53.1 CE nada aclara sobre él, y tomando en consideración los artículos 10.1 CE y 52.1 CDF, optamos por la respuesta afirmativa, en el sentido siguiente: no hay diferencias materiales entre los derechos del capítulo II y los del capítulo III (todos son igualmente importantes, desde una comprensión axiológica de conjunto de la CE) y existe una parte del contenido de todos los derechos fundamentales (también por tanto de todos los DFSP) que en ningún caso puede ser limitada, por su conexión directa o más intensa con la dignidad de la persona¹⁴¹, que al menos parcialmente tiene un contenido intangible (o «sagrado», en otras traducciones), como dice el artículo 1.1 LFB¹⁴². El término inviolabilidad o intangibilidad, referido a los derechos inherentes a esta dignidad, implica a nuestro juicio una opción implícita del constituyente alemán (también del constituyente español) a favor de la teoría absoluta¹⁴³.

En rigor, no existen derechos inherentes a la dignidad y derechos no inherentes a la dignidad (en relación con los extranjeros, *infra*, 5.1.2 y XVIII) sino que todos los derechos guardan relación con la dignidad, y por cuanto sólo cabe una existencia digna si las personas son capaces de ser libres (*supra*, III, 2.1 y 2.2), con la libertad. Ahora bien, y aquí viene lo relevante, sólo una parte del contenido de todos ellos guarda una relación *más fuerte* con la dignidad, hasta el punto de resultar inviolable en cualquier caso¹⁴⁴. La parte

141. En términos filosóficos (aquí inevitables), se trataría del «núcleo duro de los derechos humanos», «como elemento esencial de todos y cada uno de ellos», como convincentemente se afirma en GARCÍA MANRIQUE, 2000, p. 390.
142. Así, admitiendo el contenido esencial de los derechos sociales, MAYER, 2005, pp. 175 y ss., aunque sin aclarar mucho en qué podría consistir.
143. MARTÍNEZ-PUJALTE (1997, p. 124) recoge en parte esta idea, al emparentar contenido esencial e inviolabilidad. Por su parte, GUTIÉRREZ (2005, pp. 110-116) alude a algunas Sentencias que podrían reflejar esta idea, pero evita proponer una construcción propia. Por correo electrónico de 17 de febrero de 2011 el propio GUTIÉRREZ nos da una explicación: en el ordenamiento español la dignidad tiene una utilidad menor (ya que en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en Alemania, los DFSP cuentan con reconocimiento expreso) y no ayuda demasiado, a la vista de la ambigüedad doctrinal y jurisprudencial, a construir el contenido esencial de tales derechos. Más acertado resulta, a su juicio, obtener dicho contenido a partir del estándar de los DFSP que va consolidándose en el Derecho comparado y en la jurisprudencia europea.
144. Nótese que aludimos a la dignidad para determinar el contenido esencial, no *todo* el contenido de los DFSP. Tenemos bien presente la advertencia de GOMES CANOTILHO

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

del contenido de los DFSP que puede ser considerada inviolable coincide, a nuestro entender, con la preservación de lo que en la doctrina alemana se denomina desde antiguo mínimo vital o existencial, normalmente considerado el núcleo duro del Estado social¹⁴⁵. En la parte II de esta obra tendremos ocasión de comprobar qué parte del contenido de cada figura de DFSP puede considerarse esencial, si bien ya podemos adelantar a título de ejemplo que la privación a una persona de la educación básica, de la asistencia sanitaria ante enfermedades graves o de un techo donde cobijarse son actuaciones (en rigor, omisiones) objetivamente indignas y que en ningún caso puede ser justificadas.

El contenido esencial, según acaba de ser expuesto, tiene sobre todo un alcance instrumental: sirve para fijar un límite infranqueable a los límites de los derechos fundamentales¹⁴⁶; volveremos por tanto sobre el tema al tratar de esta cuestión (*infra*, 6).

En la dogmática de los DFSP, donde, como decíamos, no aparece el concepto de contenido esencial, sí suele aludirse (incluso por el Comité DESC¹⁴⁷ y los autores que defienden concepciones amplias de los DFSP), como un recurrente *leitmotiv* casi nunca definido (y los conceptos que se introducen deben explicarse), al contenido mínimo¹⁴⁸. Ciertamente, como

(2008, pp. 247 y 267) de que seguir esta estrategia metodológica en toda tarea de determinación del contenido de los DFSP puede resultar contraproducente. Asimismo, entre nosotros, MARTÍN HUERTAS, 2008, pp. 165-167.

145. Así, SARLET, 2007, pp. 373 y ss. o COGO LEIVAS, 2008, pp. 300-301. En una línea similar, la doctrina anglosajona suele preferir el término «vida decente» (entre la escasa dogmática constitucional anglosajona, p. ej., FABRE, 1999, pp. 17-18 y 53-55). Si bien los tres autores hablan más bien de contenido mínimo, parecen en realidad estar pensando en el contenido esencial, sobre todo si consideramos el carácter absoluto que el primero de los autores citados después le atribuye (p. 382).
146. Sobre todo, LOBO TORRES, 2008, pp. 313 y ss. Sin cuestionar radicalmente esta función, los dos autores que más han profundizado en España en esta materia, GAVARA DE CARA y MARTÍNEZ-PUJALTE sostienen la necesidad de utilizar también la categoría en el análisis del carácter objetivo de los derechos. No insistiremos en esta dirección, pues no se encuentra consolidada y no la vemos necesaria.
147. Con carácter general, al menos, desde la OG n° 3, ap. 10. El Comité nunca se ha preocupado de definir el contenido mínimo en abstracto y ni siquiera de establecer una metodología al respecto, pero ha ido haciéndolo, de forma casi intuitiva y no siempre clara, en las OO GG relativas a cada figura. Así, CHAPMAN y RUSSELL, 2002, pp. 9-10. Por otro lado, el Comité confunde a veces contenido esencial con contenido mínimo, como ha destacado sobre todo DOWELL-JONES, 2004, p. 25.
148. En cuanto al Tribunal Constitucional, sólo ha empleado la categoría para referirse a los derechos fundamentales sin desarrollo legislativo: antes de dictarse la ley de objeción de conciencia (STC 15/1982, FJ 8) y antes de dictarse la ley de protección de datos (STC 254/1993, FJ 6).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

destaca GARCÍA MANRIQUE¹⁴⁹, el término no es muy afortunado: si la CE sólo garantizara un mínimo, la fuerza vinculante de la norma suprema, especialmente como proyección de futuro (sobre ello, *supra*, III, 2.4.1), quedaría seriamente dañada. Quizás en vez de contenido mínimo resultaría preferible hablar entonces de contenido constitucional o de contenido a secas, si se quiere, contenido no esencial, pues por definición los DFSP tienen el contenido que les da la Constitución, encaminado a satisfacer las necesidades que dan vida a cada una de las figuras reconocidas¹⁵⁰; en caso contrario, no estaríamos ante derechos fundamentales sino ante derechos de rango legal. No obstante, a falta de otro mejor, aceptaremos el uso de la categoría contenido mínimo (aunque intentaremos evitarlo en lo posible) si sirve para poner de manifiesto algo que ya sabemos: el contenido subjetivo (al que preferentemente nos referimos en este capítulo) es más estrecho que el contenido constitucional del derecho (pues éste incluye, además, el contenido objetivo), mínimo entonces en relación al máximo (constitucional, no político ni moral) del derecho entendido como un todo¹⁵¹. Además, los DFSP, a diferencia, quizás, de los derechos liberales, son graduables por naturaleza¹⁵² y, como después veremos (*infra*, 4.2.4), admiten siempre un contenido adicional, disponible por el legislador, que queda fuera del ámbito protegido por la Constitución¹⁵³ pero que guarda íntima relación con éste.

149. GARCÍA MANRIQUE, 2010, pp. 82 y 96 y ss. El argumento, pensando en el PIDESC, también en CHAPMAN y RUSSELL, 2002, p. 9.

150. El propio GARCÍA MANRIQUE (2010, p. 99) minimiza así su crítica al término contenido mínimo: «Ha de quedar claro que el hecho de que un derecho subjetivo sea siempre el derecho a un mínimo no significa que este mínimo garantizado sea muy bajo. Lo que supone nuestro argumento es precisamente que este mínimo varía mucho de unos a otros derechos, pero no que sea en ningún caso despreciable, ni siquiera en el caso de los derechos sociales. De hecho, en algunos casos el mínimo garantizado por los derechos sociales subjetivos puede ser muy alto, hasta el punto de que la diferencia entre el mínimo asegurado y el ideal máximo se reduce tanto que decir *mínimo* ya no resulta adecuado [MARSHALL]». A nuestro entender, si nos centramos en las necesidades, el problema se diluye. En relación con el PIDESC, la importancia de atender a las necesidades básicas para determinar el contenido de los derechos sociales es oportunamente destacada por CRAVEN, 2002, p. 141. El problema a nivel internacional (aunque parece bien resuelto en DOWELL-JONES, 2004, pp. 21 y ss.) es que el contenido resulte demasiado reducido, para poder ser cumplido en los países pobres. Si fuera así, no habría problema en admitir que el contenido de los DFSP (el que nos interesa) es más amplio que el derivado del Derecho internacional.

151. Como bien dice PARDO (2007, p. 388), «un derecho al óptimo [...] necesariamente envuelve cierta contradicción: su contenido no consiste en un estado de cosas determinable de antemano y por tanto cuantificable previamente [...]. La pretensión a algo semejante no es un derecho subjetivo».

152. Así, CASCAJO CASTRO, 1988, p. 30.

153. Así interpretamos a CASCAJO CASTRO cuando afirma (1988, p. 69): «Presenta dificultades [...] la reconducción del tratamiento de [los] derechos sociales a una perspectiva estrictamente constitucional». Igualmente, VILLACORTA MANCEBO, 1996, pp. 244-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

La tarea principal de la dogmática ha de ser entonces, no ya la de fijar el contenido esencial (categoría instrumental, como sabemos, a la teoría de los límites) sino, lisa y llanamente el contenido a secas de los derechos fundamentales, en nuestro caso de los DFSP. La tarea es, además, ineludible, pues aquí la determinación de las prestaciones constitucionalmente exigibles resulta definitoria; es decir, un DFSP sin prestaciones constitucionalmente exigibles sería una contradicción en los términos. Llegados a este punto, reconocemos que no es fácil determinar en abstracto el contenido de los DFSP (otro *leitmotiv* recurrente en nuestra doctrina) y la dogmática apenas puede fijar algunos criterios metodológicos (la pregunta por el cómo) y procedimentales (la pregunta por el quién) al respecto, y así lo haremos en los apartados que siguen, lo que creemos que no es poco e implica un cierto avance. Antes de ello, conviene detenerse específicamente en una tarea esencial ineludible en la concreción del contenido de los DFSP: el análisis de la validez (constitucionalidad) de las determinaciones del mismo realizadas por el legislador. De esta forma, el planteamiento pasa de lo abstracto a lo concreto y la dogmática (reconocemos que por comodidad, pero también por deferencia al legislador y respeto al sistema de fuentes, marco ineludible del jurista) queda eximida de la engorrosa y quizás inútil (por cuanto no será fácil que los poderes públicos nos escuchen) tarea de proponer por sí misma en qué debe consistir un DFSP¹⁵⁴.

245, con ilustrativa referencia a HESSE. En el fondo, esta autocontención constitucional no resulta lejana, *mutatis mutandis*, a la propuesta de RAWLS de limitar la teoría de la justicia a la justicia básica, no a todos los detalles de lo que ha de ser una sociedad justa. En uno de los análisis mejor fundamentados de los derechos sociales que conocemos, con base en la filosofía política pero sin olvidar que el objetivo principal de la dogmática ha de ser la concreción de las obligaciones constitucionales impuestas por el Estado social, BARBER (2003, pp. 118 y ss.) acaba reconociendo las limitaciones al respecto de la teoría constitucional, la cual, a su juicio, debe sólo orientar al legislador (lo que, como él mismo dice, no es poco), fijando los objetivos de su actuar y concentrar más bien sus esfuerzos en la crítica *ex post* de las actuaciones públicas en casos concretos. Por su parte, GOMES CANOTILHO (2008, p. 262), tras recordarnos nuevamente la importancia de determinar el contenido constitucional de los derechos sociales, se inhibe de resolver el problema (lo que parece significativo, en un teórico de su talla), remitiendo al efecto a la «innovadora» obra coordinada en Italia por TORCHIA. Pues bien, acudimos a ella y no encontramos otra cosa que un análisis muy crítico de las leyes y políticas italianas sobre derechos concretos (DE MARCO y NATALINI pp. 93 y ss.), que tiene un cierto interés, por la combinación de enfoques que utiliza, pero en la que sigue faltando un claro parámetro de control que dote de persuasión y unidad al razonamiento constitucional: un nuevo ejemplo revelador de lo que ya podríamos denominar el carácter menesteroso de la dogmática en esta materia.

154. Para reforzar este planteamiento metodológico, puede ser ilustrativa, *mutatis mutandis*, la crítica de SEN (2009) al institucionalismo trascendental, bajo el cual él agrupa a las teorías de la justicia que pretenden definir de forma normalmente abstracta los ideales a seguir, el modelo de la sociedad justa. Frente a este planteamiento, el

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El análisis de la constitucionalidad de la determinación legislativa del contenido de los DFSP se ha realizado en Alemania (hasta donde sabemos, no en España), ante todo, mediante la cláusula de la prohibición de defecto o insuficiencia. La cláusula, que al parecer surge en 1993, con la segunda Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto, se aplica sobre todo a las obligaciones de protección de los derechos de defensa, pero puede ser trasladada sin problema (esta vez sí vale el argumento analógico) al enjuiciamiento constitucional de las prestaciones legales que concretan los DFSP. En síntesis, se trata de comprobar si las prestaciones (en sentido amplio) legalmente previstas, subjetivas u objetivas, resultan suficientes para satisfacer los intereses asociados a cada DFSP. Recordemos, aun a riesgo de resultar reiterativos, que no se trata de examinar si el DFSP se satisface en toda su posible extensión sino si se satisface un mínimo razonable, el cual no tiene por qué reducirse, como sabemos, a un mínimo en sentido literal. Aunque el tema será abordado con detalle después (*infra*, 6.3), podemos adelantar que el legislador no está obligado a satisfacer al máximo los DFSP, sino a satisfacerlos en términos razonables; la dogmática y el Tribunal Constitucional no pueden pedir al legislador que justifique por qué no ha dotado a un DFSP de la máxima protección sino que deben controlar (en términos jurídicos, otra cosa será en términos políticos), únicamente, si el legislador ha garantizado los DFSP de forma suficiente. En todo caso, si bien es cierto que no es necesaria ni conveniente una fijación abstracta del contenido de los DFSP, también lo es que no podemos derivar sin más el análisis del contenido al apartado de las intervenciones, pues todo análisis de las intervenciones ha de partir, aunque sea intuitiva y fragmentariamente, de una mínima delimitación de aquello sobre lo cual se ha intervenido: para saber si algo es suficiente o no, hay que saber con respecto a qué. En este capítulo, sin embargo, como señalábamos, debemos contentarnos con abordar los problemas formales o metodológicos (las preguntas por el cómo y por el quién), dejando a los capítulos correspondientes de la parte II las precisiones más concretas y de fondo.

filósofo y economista hindú propone el por él llamado enfoque comparativo, cuyo objetivo, más modesto pero seguramente también más útil, no es identificar la sociedad ideal sino proponer cómo hacer más justa la sociedad real, lo que lleva al análisis crítico de la misma (lo que incluye naturalmente y aun sobre todo las acciones y omisiones estatales), a demostrar en su caso la vulneración de los derechos y a proponer alternativas. Ciertamente, coincidimos con QUERALT LANGE (2010) en que este planteamiento metodológico no puede entenderse de forma radical: un mínimo diseño del ideal (en nuestro caso del resultado exigido por la CE) resulta también necesario para fundamentar cualquier crítica (en nuestro caso la crítica jurídica al legislador).

4.2.4. ¿Contenido flexible? ¿Contenido adicional?

Los DFSP han de tener, por definición, un contenido constitucional integrado al menos por las prestaciones adecuadas para la satisfacción de necesidades básicas de las personas: si no tuvieran contenido, no serían derechos; si dicho contenido no fuera constitucional, no podríamos hablar de derechos fundamentales; si no se concretara en prestaciones, no estaríamos ante derechos de prestación; y si no sirviera a la satisfacción de necesidades básicas, no podríamos hablar de derechos sociales. Ahora bien, el contenido de los derechos fundamentales no es cerrado ni determinable de una vez por todas, sino en cierta medida (sólo en cierta medida) abierto, afirmación que vale también, y quizás más aún, para los DFSP.

El contenido esencial, en principio, se resiste a su mutabilidad, pues su fundamento se encuentra, como señalamos, en la dignidad de la persona, y ésta no cambia cada día. La idea de dignidad puede evolucionar¹⁵⁵, pero si lo hace lo hará de manera lenta y casi imperceptible. El resto del contenido constitucional de los DFSP también está sujeto a cambios, pero nuevamente a cambios lentos, pues el texto constitucional no varía y sólo resultan por tanto admisibles renovaciones (normalmente, ampliaciones), siempre precisas de justificación, de las interpretaciones correspondientes¹⁵⁶. Sea como fuere, el contenido de los DFSP no puede ser impuesto por la dogmática de una manera cerrada y detallada. Como ya hemos señalado con inspiración en SEN, la dogmática debe más bien orientar al legislador y criticar en su caso las determinaciones del contenido implícitas o expresas en la propia ley.

Conviene en este punto aludir a un *leitmotiv* de la dogmática de los derechos sociales, la flexibilidad o apertura (no necesariamente indeterminación) del contenido de los DFSP. El argumento, que enlaza con la indiscutida (y necesaria) vaguedad del Derecho constitucional¹⁵⁷, tiene gran parte de

155. Por todos, SARLET, 2007, p. 376 y, más ampliamente, SARLET, 2007, pp. 79 y ss.

156. Esta idea de la flexibilidad del contenido de los DFSP es enfatizada por RÜFNER (2006, pp. 682-683 y 686), primero como argumento para dudar de la naturaleza propiamente constitucional de estos derechos (pues la norma fundamental exige estabilidad) y luego para afirmar que las limitaciones que imponen al legislador presupuestario son mínimas. Pues bien, como señalamos, dicha flexibilidad, que sin duda existe (y quizás con un grado ligeramente mayor que en los derechos liberales), es limitada y característica de todos los derechos fundamentales y por tanto no debe utilizarse en contra de los DFSP. Más acertadamente sobre este punto, MURSWIEK, 2000, p. 264, quien habla de la «necesidad objetiva de vaguedad» de los DFSP, o HÄBERLE, 2002, p. 165, quien justifica el «margen de elasticidad» de estos derechos en su «adaptación a situaciones en cambio permanente».

157. Más todavía, con similar fundamento, del Derecho internacional: p. ej., FABRE, 1999, pp. 156-157.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

razón, y deriva, a nuestro juicio, de la misma naturaleza de los derechos sociales: si éstos se fundan en las necesidades, parece claro que las necesidades evolucionan (*supra*, 3.2), lógicamente en un sentido ampliatorio¹⁵⁸ y, lo que también es importante, que las necesidades varían de unas personas a otras, pues dependen de las circunstancias y del contexto de cada una, de lo cual se deduce una cierta variabilidad de las prestaciones asociadas a dichas necesidades. Además, como ya se ha visto, el valor de la libertad prohíbe al poder público que imponga a los titulares de los derechos la aceptación de las prestaciones. Este argumento debe ahora completarse como sigue: también en la determinación del contenido de las prestaciones (en la determinación del contenido de los DFSP, por tanto) debe darse atención a lo que los ciudadanos, individuales y concretos, demandan en cada momento¹⁵⁹. Por ello, nuevamente, la dogmática debe realizar un cierto ejercicio de auto-contención: aunque puede (y debe) analizar y en su caso criticar, desde una perspectiva constitucional, las determinaciones legislativas de los DFSP, llega sólo hasta un cierto límite en sus propuestas. Ciertamente, nos estamos refiriendo al plano de la doctrina general, que es el propio de este capítulo, sin perjuicio del estudio de derechos concretos (p. ej., analizando y en su caso criticando resoluciones judiciales sobre DFSP).

Hasta aquí nos hemos referido al contenido constitucional de los DFSP, que resulta ser en parte cerrado y en parte abierto. Ahora bien, en la realidad jurídica (pensamos sobre todo en la legislación), la normativa raramente aclara si desarrolla un derecho fundamental o no¹⁶⁰. La normativa regula DFSP, a veces en forma de derechos subjetivos, a veces en forma de obligaciones administrativas del más variado signo, pero por lo general sin señalar (y cuando lo hace, no lo hace claramente) qué parte de dicha regulación implica un desarrollo o cumplimiento de la Constitución. Además, y sin que resulte necesario poner ejemplos, muchas veces las leyes realizan un diseño que va más allá de las previsiones constitucionales. Nos encontramos entonces con el problema del llamado contenido adicional de los derechos fundamentales, sobre el cual conviene realizar algunas precisiones.

158. Como bien señalan CHAPMAN y RUSSELL (2002, p. 14), el contenido de los derechos sociales es hoy diferente (más amplio) al de 1948. En el mismo sentido, DOWELL-JONES, 2004, p. 23. La tesis de la flexibilidad debe entenderse sobre todo en este sentido, frente a su utilización habitual (válida también, de manera matizada) como argumento a favor de la discrecionalidad del legislador.

159. Ésta es una de las ideas centrales de las importantes aportaciones de GARCÉS SANAGUSTÍN, 2000, esp. pp. 165 y 178-179 y, sobre todo, de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, esp. pp. 109 y ss.

160. A veces lo hace, indirectamente, cuando señala que una ley, en todo o en parte, es orgánica o que se dicta en aplicación del art. 149.1.1 CE.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

La categoría contenido adicional no ha sido objeto de tratamiento específico en nuestra doctrina. En la jurisprudencia constitucional podemos encontrar algunos atisbos de construcción, que nos sirven para introducir el tema. En las SSTC 9/1988 y 51/1988, sobre la libertad sindical¹⁶¹, el Tribunal alude a «facultades adicionales» que integran el contenido del derecho y que las normas «pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho». La tesis no es muy afortunada, pues comete dos errores graves: en primer lugar, confunde contenido esencial y contenido (constitucional) de los derechos fundamentales (lo primero no agota el contenido de un derecho fundamental). En segundo lugar, no es clara al identificar la exacta naturaleza del contenido adicional, del cual sabemos que no es contenido esencial pero no sabemos si es contenido constitucional o no. Si el legislador puede suprimir el contenido adicional, parece claro que estamos fuera del contenido constitucional (o del derecho fundamental). En conclusión, podemos corregir en parte al Tribunal Constitucional y leer su tesis como sigue: el contenido adicional de un derecho es aquella parte de su contenido que el legislador añade a lo exigido por la Constitución (no sería entonces derecho fundamental sino derecho subjetivo a secas), es decir, el legislador que la suprimiera no obraría de forma inconstitucional. La situación es frecuente en materia de DFSP y carece de excesiva trascendencia para la dogmática constitucional. Nosotros, al estudiar cada figura concreta de DFSP, estudiaremos conjuntamente su contenido legal (resulta innecesario distinguir donde la ley no lo hace, el ordenamiento es una unidad y esta obra es una obra de Derecho, no de Derecho constitucional), pareciéndonos poco importante separar dentro de la ley entre unas facultades y otras. Razones de claridad expositiva y prácticas (el contenido adicional se beneficia de parte de las garantías de los derechos fundamentales, como la protección judicial) así lo aconsejan. Además, como venimos señalando, nuestro análisis es más crítico (análisis constitucional de la ley) que constructivo.

Digámoslo de otro modo: en sentido estricto, el contenido de los derechos fundamentales es sólo el contenido que cabe deducir de la interpretación constitucional. Sin embargo, el legislador (y, en principio, también la Administración, salvo que lo impida una reserva de ley) puede añadir a ese contenido nuevas facultades, que de entrada adquirirían el rango de meros derechos subjetivos. Estas nuevas facultades conforman el contenido adicional del derecho, fruto de la libertad del legislador y por tanto disponible por el legislador futuro¹⁶².

161. Hay muchas otras posteriores, en el mismo sentido: últimamente, STC 152/2008. Extrañamente, la categoría contenido adicional sólo ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional en relación con la libertad sindical, lo que hace imposible extraer de la jurisprudencia un concepto de teoría general de los derechos fundamentales.

162. A este concepto entendemos que se refirió DE OTTO (1988, pp. 169-170) cuando

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La temática del contenido adicional de los derechos fundamentales enlaza con otras dos, específicas de los DFSP:

- a) La idea de progresividad. Una obligación como tal de mejorar progresivamente el contenido de los DFSP no existe en la CE¹⁶³. Ciertamente, con bastante creatividad jurídica, en el Preámbulo (que en todo caso no es norma jurídica vinculante) y sobre todo en el artículo 9.2, podrían encontrarse argumentos a favor de la obligación de progresividad, pero creemos que no existen razones de peso que la avalen con contundencia: algo tan importante debía haber sido expresado con mayor claridad por el constituyente. En el Derecho internacional, por su parte, sí encontramos esta obligación de progresividad, y en ello debemos por tanto detenernos, por imperativo del artículo 10.2 CE. Señala al efecto el artículo 2.1 PIDESC: «Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...] para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». De entrada, debemos formular dos precisiones: en primer lugar, el precepto está más bien pensado para los países subdesarrollados o en desarrollo, que en 1966 (y aun hoy, muchos de ellos) podrían tener serias dificultades para cumplir con un estándar mínimo. El artículo 2.1 pretendía así una cierta concesión a estos países, para lograr las ratificaciones correspondientes, como diciéndoles: «no se preocupen Ustedes, hagan ahora lo que puedan, y luego poco a poco, intenten mejorar la situación». En el contexto mundial, España cumple sobradamente en 2011 con los estándares medios (a la vista del contexto comparado internacional) en cuanto a los contenidos de derechos sociales. En segundo lugar, el PIDESC parece conformar un objetivo abierto, casi utópico, que nunca llegará a colmarse del todo¹⁶⁴. Justo lo contrario del contenido mínimo de la dogmática constitucional, e incluso con peligro para la fuerza normativa del Pacto (como texto que puede cumplirse), en una línea más cercana a la DUDH (que no es norma

aludió a la «política de derechos fundamentales», como algo «no constitucionalmente obligado» pero «efectivamente posible, real». La complementariedad entre los dos ámbitos está bien planteada en SCHNEIDER, 1991, pp. 71 y ss.

163. Matizaríamos que como obligación estrictamente jurídica, es decir, dotada de sanción en caso de incumplimiento. No se nos oculta el valor político, moral e incluso utópico de toda Constitución, dentro del cual sin duda tendría entrada el principio de progresividad.
164. Ciertamente, como viene a desprenderse de los análisis de ROSSI y de SEPÚLVEDA (2006, pp. 79 y ss.), la doctrina del Comité DESC ha diluido bastante esta concepción, digamos maximalista, de la progresividad, llegando a perfilar una tesis no muy distinta a la que, como veremos (*infra*, 6.4), se desprende de la CE.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

jurídica sino moral). Por estos motivos, pese al artículo 10.2 CE, no creemos que exista en nuestro ordenamiento una obligación de progresividad. Los DFSP tienen desde 1978 un contenido constitucional que el legislador debe proteger, sin encontrarse obligado (insistimos, como estricta obligación jurídica) a ampliarlo *sine die* hasta el infinito. Una vez satisfecho el contenido constitucional, el legislador podrá desde luego ampliarlo, pero voluntariamente, y como contenido adicional. Que no exista una obligación de progresividad no quiere decir que no exista una prohibición de regresividad, que es algo diferente, como en su momento veremos (*infra*, 6.4). Sea como fuere, la idea de progresividad corrobora a las claras lo que ya sabemos, que el contenido de los DFSP es en gran parte abierto, que admite biparticiones y que existe siempre una continuidad (que la dogmática constitucional debería intentar deslindar) entre un contenido mínimo, exigible jurídicamente, y un contenido máximo, no exigible jurídicamente aunque sí quizás moral y políticamente.

Pese a lo antedicho, existe una versión mínima del principio de progresividad, que bien puede entenderse exigida por la CE: la obligación de adaptar de manera permanente el contenido prestacional de cada DFSP a las nuevas necesidades y al progreso científico y técnico, una especie de cláusula de progreso de los derechos fundamentales, similar a la implícitamente prevista, en otro ámbito jurídico, en el artículo 141.1 LPC. El derecho donde mejor puede ejemplificarse esta tesis es el derecho a la salud: si aparecen nuevas enfermedades, deberán crearse, dentro de lo posible, las prestaciones necesarias para atenderlas; si aparecen nuevas técnicas, de fiabilidad comprobada, para curar viejas enfermedades, deberán también incluirse en el contenido del derecho.

- b) La ampliación autonómica del contenido. Ya hemos hecho referencia aquí (*supra*, III, 3.2) a la regulación de los DFSP en los Estatutos de Autonomía, afirmando su constitucionalidad. A la vista de la jurisprudencia y del carácter todavía genérico y escasamente innovador de los Estatutos, más importante que los Estatutos nos parecen las leyes autonómicas sobre DFSP. A ellas haremos alusión continua en los capítulos correspondientes. Es más, para algunas figuras, la normativa autonómica es prácticamente la única normativa. Para otras, la normativa autonómica viene a ser un complemento de la normativa estatal. No es preciso insistir sobre este punto: las diferencias autonómicas en los contenidos de los DFSP son, como regla general, admisibles, siempre que respeten, cada una, el contenido constitucio-

nal del derecho. Una vez examinado esto, las ampliaciones (y diferencias) en los contenidos de los DFSP derivadas de las leyes autonómicas son constitucionales, por moverse en el plano de su contenido adicional.

4.2.5. Tipos de prestaciones

No existe, al menos en la dogmática española, una construcción consolidada de la categoría prestación, lo que no deja de resultar extraño en un Estado tantas veces calificado (aunque la terminología es más politológica que jurídica) como prestacional. La explicación se encuentra seguramente en la falta de diálogo en nuestro país (al menos en comparación con otros) entre administrativistas y constitucionalistas. No nos corresponde aquí colmar esa laguna, pues lo que nos interesa no es tanto el concepto de prestación en general (las prestaciones estatales son abundantísimas y van bastante más allá del ámbito que estudiamos) como el concepto de prestación adecuado a los DFSP¹⁶⁵, que es algo más restringido.

Las prestaciones de los DFSP son aquellas actuaciones positivas, públicas o privadas¹⁶⁶ (en este caso, impuestas por el Derecho público), destinadas (directa o indirectamente) a la satisfacción de las necesidades que configuran el objeto de cada figura de DFSP. La tipología es variada pero a la vista de la normativa puede proponerse la siguiente clasificación¹⁶⁷, realizada sobre una concepción amplia de los DFSP (integrante del contenido subjetivo y objetivo y de las garantías, pues todo ello es constitucionalmente exigible); sin ánimo exhaustivo:

- a) servicios públicos o redes públicas de asistencia, que ponen a disposición de los titulares del derecho las infraestructuras y el personal correspondiente: sistema educativo (derecho a la educación), sistema sanitario (derecho a la salud) y sistema de atención a la dependencia (derecho a la autonomía de las personas con discapacidad) y

165. Por lo que aquí interesa, la CE sólo utiliza literalmente el término prestación en los arts. 41 y 43.2, con un sentido poco preciso.

166. El problema público-privado enlaza con la temática de la vinculación privada de los DFSP, por lo que posponemos el análisis del tema al apartado correspondiente (*infra*, 5.2.2).

167. En la doctrina española, la clasificación más completa que hemos encontrado es la de VAQUER CABALLERÍA (2002, p. 180), pero no la seguimos, pues por un lado es más extensa (se refiere a la acción social en general) y por otro más corta (deja fuera, p. ej., la sanidad y la educación). Tampoco parece aceptable sin más la clasificación de MURSWIEK (2000, pp. 253-254), por cuanto incluye prestaciones que ninguna relación guardan con las figuras de nuestro catálogo de DFSP.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

- a situaciones de especial necesidad no cubiertas por otras figuras (derecho a los servicios sociales).
- b) bienes, de acceso público libre o mediante solicitud individualizada: respectivamente, red pública de bibliotecas y museos (derecho a la cultura) y medicamentos (derecho a la salud).
 - c) dinero, para atender necesidades de forma directa (salario –derecho al trabajo– o pensiones –derecho a la Seguridad Social, derecho al mínimo vital–), o como subvenciones parciales para la compra de un bien (derecho a la vivienda) o un servicio o para el desarrollo de una actividad (fomento del arte –derecho a la cultura–)¹⁶⁸.
 - d) obligaciones administrativas, como la información, la inspección o la sanción.
 - e) indemnizaciones, para los casos de producción de daños por incumplimiento, total o parcial, de las prestaciones anteriores.

Normalmente, el contenido de cada DFSP se nutre de diversos tipos de prestaciones. A veces, la CE exige optar por una prestación más o menos determinada: por ejemplo, «atención especializada» a las personas con discapacidad (art. 49) o «pensiones» para la tercera edad (art. 50). Fuera de ese marco, la elección por una u otra prestación corresponde al legislador (y, en su caso, al Tribunal Constitucional) y a la doctrina el análisis de su constitucionalidad. El abanico de posibilidades resulta, en principio bastante amplio y flexible, recorre todas las formas típicas de intervención administrativa, y la elección depende sobre todo de las infraestructuras ya existentes y de las singularidades de cada figura. Por ejemplo, el uso del servicio público en educación y salud se justifica por la previa disponibilidad de una amplia red pública de infraestructuras educativas y sanitarias. En el campo de la dependencia, muy relacionado con la esfera familiar, no existe una red tan amplia, de ahí que el legislador haya optado por un sistema mixto (red público-privada y apoyo a las familias). En el campo de la cultura, el deber de neutralidad del Estado aconseja más el fomento del arte que la creación estatal de arte.

Llegados a este punto, estamos ya en condiciones de retomar la dicotomía obligaciones de medios-obligaciones de resultado. La esencia de los

168. Nótese que la dogmática de la subvención se ha construido desde el Derecho administrativo y desde esta perspectiva siempre se ha destacado su carácter discrecional. Aquí no hablamos de subvenciones típicas de Derecho administrativo sino de subvenciones derivadas de DFSP, esto es, de la CE, con lo cual esa nota de discrecionalidad debe matizarse bastante. Apunta bien el problema GARCÉS SANAGUSTÍN, 1996, p. 140.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

DFSP es que imponen obligaciones de prestación al Estado. Las prestaciones son obligaciones estatales, exigibles como derechos subjetivos (contenido subjetivo) o no (contenido objetivo), pero en todo caso obligaciones derivadas de la Constitución, por mucho que el legislador, frecuentemente, vaya más allá de lo exigido por la Constitución (contenido adicional). En cuanto las obligaciones de prestación sirven a la satisfacción de necesidades básicas, son medios, no fines en sí mismos, y así deben interpretarse. Ello no quiere decir que estemos en presencia de obligaciones de medios. Lo realmente importante es el resultado (la satisfacción de las necesidades). Ahora bien, como ya se adelantó, normalmente cabe diversos modos de llegar a ese resultado y el legislador puede elegir al medio que estime más oportuno para ello. No basta con que el legislador lo intente, sino que debe conseguirlo. Si no lo consigue, se estará vulnerando el DFSP, y como prueba de ello está la configuración, indiscutida en nuestro Derecho, de un sistema de responsabilidad patrimonial, que sin duda opera cuando los medios (o prestaciones) no han logrado el resultado pretendido (la satisfacción de la necesidad individual y concreta). Se impone, en consecuencia, un análisis (constitucional) de las obligaciones de prestación, examinando su capacidad, abstracta y concreta, para llegar a un resultado. En otras palabras: las prestaciones son medios pero las obligaciones de prestación son obligaciones de resultado. El análisis de la constitucionalidad de las prestaciones es un análisis de suficiencia, por lo que posponemos el estudio de esta cuestión al apartado correspondiente a las intervenciones (*infra*, 6.3).

4.3. EL MÉTODO DE DETERMINACIÓN DE LAS PRESTACIONES

4.3.1. Lineamientos generales

Como sabemos, los DFSP tienen una estructura plural, pues además de ser, por definición, derechos de prestación, suelen tener un contenido complementario, reaccional y de libertad¹⁶⁹. En este capítulo estamos centrándonos en el análisis del contenido prestacional (las prestaciones que el titular del derecho puede exigir al obligado por el mismo y que conforman la relación jurídica prestacional) y ahora nos corresponde examinar cómo este

169. Como en parte ya se adelantó (*supra*, 4.1.1), el contenido de los derechos reaccionales se determina mediante definiciones de los términos constitucionales; p. ej., la salud (un estado de la persona que no puede dañarse) o la vivienda digna (un bien del que no puede privarse). Por su parte, el contenido de los derechos de libertad se concreta en un conjunto de actuaciones del titular del derecho, que imponen la abstención y en su caso la protección de los poderes públicos. P. ej., el derecho a la cultura incluye la libertad de acceder a los bienes culturales existentes o el derecho al trabajo la libertad de trabajar.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

puede determinarse. Lo que se trata de ver no es la forma de analizar las prestaciones realmente existentes (básicamente, a la vista de la legislación vigente) sino cómo estas deberían determinarse (también, sobre todo, por el legislador), lo que constituye un paso previo: como también sabemos, el Parlamento no crea los DFSP sino que meramente los declara (*supra*, III, 1.2).

De entrada, se impone recordar dos afirmaciones básicas: en primer lugar, las prestaciones características de los DFSP son, por definición, prestaciones originarias, es decir, exigidas por la propia Constitución, resulten o no reconocidas o desarrolladas por el legislador. Si el legislador no las reconoce, tendríamos un problema de garantía¹⁷⁰, no de contenido (*supra*, III, 1.2). Este problema, como demostraremos en la segunda parte de esta obra, no debe preocuparnos demasiado, pues salvo contadas excepciones, el legislador ha desarrollado suficientemente las prestaciones exigidas por la Constitución. En segundo lugar, el método de determinación de las prestaciones debe estar presidido por la instrumentalidad de las mismas al servicio de un objeto, la satisfacción de necesidades básicas. Por ello, antes de determinar la prestación es preciso determinar dicho objeto. Objeto (necesidad) y contenido en sentido estricto (prestación) integran el contenido (en sentido amplio) de los DFSP.

El contenido de los DFSP (en sentido amplio, objeto y prestaciones) no es algo dado, sino por determinar¹⁷¹. En nuestro caso, la determinación del contenido de tales derechos es aquella actividad que tiene por finalidad decidir, con razones o argumentos, qué necesidades deben satisfacerse y, correlativamente, qué prestaciones deben exigirse, cuáles de unas y otras quedan dentro y cuáles fuera del contenido de cada figura, y ello con anterioridad al eventual proceso de justificación de las intervenciones. Normalmente esta

-
170. Realmente, el término garantía es polisémico. Aunque en esta obra preferiremos optar por un concepto más estricto (*infra*, V, 1), desde un uso más flexible del término también puede identificarse como garantía la labor del legislador de determinación del contenido de los DFSP. Así lo entiende FERRAJOLI (1999, p. 61), quien habla al respecto, apostillando a Kelsen, de garantías primarias, en posición seguida, entre otros, por PISARELLO (2007, p. 114). Más correctamente, PALOMBELLA, 1999, pp. 538-539.
171. La tarea es imprescindible, pues uno de los argumentos recurrentes de las tesis minusvaloradoras de los derechos sociales es precisamente la indeterminación de su contenido. La premisa puede ser en parte cierta, por razones históricas (se trata de derechos «jóvenes», sin consolidación suficiente; por todos, BALSASSARRE, 1997, pp. 130-131 y 212), pero la conclusión es falsa (de su relativa indeterminación no puede deducirse su menor importancia). En todo caso, el argumento nos sirve para destacar la necesidad de trabajar en la determinación del contenido de los DFSP, que es uno de los propósitos principales de esta obra.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuestión se presenta en los casos concretos, resultando difícil resolverla en abstracto¹⁷², más en materia de DFSP, no tanto porque éstos tengan una «naturaleza» más indeterminada que los derechos liberales sino por la falta de tradición jurídica en la materia¹⁷³. Se trataría, por ejemplo, de responder a preguntas como las siguientes: ¿el derecho a la vivienda se refiere a la vivienda independiente, o puede verse satisfecho con el disfrute de una vivienda compartida?, ¿el derecho a la cultura exige el acceso libre a todas las obras literarias disponibles en el mercado?, ¿el derecho a la salud comprende la cirugía de cambio de sexo?

Las prestaciones que quedan fuera del contenido de los DFSP no resultan prohibidas, sino integradas en el llamado derecho general de libertad. Según la norma de clausura del ordenamiento, derivada del valor de la libertad (art. 1.1 CE), todo lo no prohibido está permitido. De esta forma, mientras no se encuentren expresamente prohibidas, estas prestaciones resultan legítimas, aunque puedan dar lugar al mayor bienestar de unos pocos: frente a lo que a veces se afirma, ni el Estado social ni la CE pretenden la igualdad material sino la satisfacción de las necesidades básicas (*supra*, III, 2.4.1). Por ejemplo, los ricos pueden acceder a una educación o a una sanidad privada, a fondos privados de pensiones o a residencias para mayores o dependientes más confortables, disfrutando así de más prestaciones (o de prestaciones de mayor calidad) que los menos ricos¹⁷⁴. Esta situación no es inconstitucional, mientras ello no impida que todos los titulares de los DFSP disfruten del contenido constitucional de los mismos.

La determinación del contenido de los derechos fundamentales¹⁷⁵ co-

-
172. Como bien señala SARLET (2007, p. 300), debido a la relativa heterogeneidad de las finalidades de cada figura.
173. He aquí otro *leitmotiv* de la dogmática tradicional de los derechos sociales: es más difícil definir necesidades y prestaciones (lo que el Estado debe hacer) que ámbitos de libertad (lo que los individuos pueden hacer). No creemos que desde el plano lógico una cosa sea más difícil que la otra. La libertad se va definiendo históricamente (la dogmática se consolida de forma paralela al Derecho) a la vista de lo que los ciudadanos demandan y las intervenciones sobre aquélla, a la vista de los daños más frecuentes que se producen. Hoy, cuando los DFSP están regulados y protegidos de manera bastante consolidada (pensamos sobre todo en España), no debería resultar complicado definir necesidades (lo que los ciudadanos demandan) y prestaciones (lo que el Estado ya está haciendo para satisfacer tales necesidades).
174. Ciertamente, la idea de derecho fundamental parece aludir al disfrute igualitario de los bienes correspondientes (a nadie se le ocurriría afirmar, p. ej., que unos tienen más intimidad o más posibilidad de expresarse que otros) pero siempre dentro del contenido constitucional de las figuras correspondientes. El mayor disfrute de, p. ej., salud o educación de unos no se refiere a ese contenido constitucional.
175. La teoría general de los derechos fundamentales ha desarrollado poco esta temática esencial (de ahí nuestras amplias digresiones al respecto), quizás por encontrarse ésta, como tantas veces sucede, en una difícil tierra fronteriza entre la dogmática

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

mienza en su norma de reconocimiento (la CE). En alguna ocasión dicha norma precisa mínimamente las necesidades y prestaciones que integran el contenido de la figura. Sin embargo, incluso en estos casos las precisiones resultan insuficientes y la determinación de ese contenido (esto es, la enumeración completa de las necesidades y prestaciones) habrá de ser completada después. Por ejemplo, la educación «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana» (art. 27.1), el derecho al trabajo incluye «una remuneración suficiente para satisfacer [las] necesidades [del trabajador] y las de su familia» (art. 35.1) o la vivienda protegida como derecho ha de ser «digna y adecuada» (art. 47). Pues bien, con estos tres preceptos la tarea de determinación del contenido del derecho no ha hecho más que empezar, pues las citadas previsiones o no concretan del todo la necesidad o sólo se refieren a alguna de las prestaciones exigidas por el derecho (por tanto, no a todas), por lo que demandan precisiones ulteriores.

En la determinación del contenido de los derechos debe procurarse, en todo caso, no cerrar nuevos desarrollos, y ello para impedir una inaceptable petrificación de los textos, que resultaría incompatible con la naturaleza de la Constitución (norma, por naturaleza, abierta en el tiempo) y de los tratados internacionales, que tienen también una cierta vocación de perdurabilidad. Por ello, preferimos el término determinación, en vez del más común, delimitación, pues este último contiene un cierto matiz de fijación de fronteras cerradas. La apertura, con todo, no es infinita, concluyendo en la misma literalidad del texto: donde éste cierra taxativamente las posibilidades, a salvo de lo ya señalado sobre el contenido adicional, no cabe añadir nuevas necesidades y prestaciones; lo contrario daría lugar no sólo al fenómeno de la mutación constitucional (esto es, hacer decir a un texto lo que no dice), considerada política y dogmáticamente inaceptable, al hurtar a la ciudadanía el debate sobre la necesaria reforma constitucional, sino también a una frustración de expectativas. Esta última advertencia es otro *leitmotiv* característico de la dogmática tradicional de los derechos sociales y tiene, nuevamente, su parte de razón. Sin duda, no puede exigirse demasiado a la Constitución o, mejor dicho, no puede determinarse el contenido de los DFSP (de lo exigible constitucionalmente) de forma generosa en extremo, pues ello conduciría a la pérdida de normatividad¹⁷⁶. La Constitución admite sólo un cierto grado de incumplimiento, no un incumplimiento generalizado.

constitucional y la teoría del Derecho. En España, el planteamiento más detenido es seguramente el del filósofo del Derecho RODRÍGUEZ-TOUBES (2000, pp. 151-216), el cual, pese a su indudable interés, resulta para nosotros de relativa utilidad, por no seguir las categorías constitucionales al uso (p. ej., la distinción básica entre determinación –interna– del contenido y límites –externos– de los derechos fundamentales).

176. Esta opción metodológica, impuesta por las limitaciones intrínsecas de la dogmática,

4.3.2. Los métodos tradicionales de interpretación (con un «excursus» de Derecho internacional)

Por definición, los derechos fundamentales están contenidos en normas constitucionales y, por ello, la labor de determinación de su contenido es, ante todo, una forma de interpretación jurídica, y en concreto de interpretación constitucional¹⁷⁷. La actividad interpretativa, para resultar razonable, debe seguir unas normas argumentativas mínimas. Se trata de ofrecer un resultado con capacidad de convencer y ello exige algún esfuerzo metodológico. Para la correcta determinación del contenido de los derechos fundamentales en general y de los DFSP en particular podemos acudir, de entrada, a las reglas o métodos habituales de interpretación, utilizadas por la comunidad jurídica, al menos, desde mediados del siglo XIX:

a) Inicialmente deberá partirse de las palabras contenidas en la Constitución (interpretación literal), precisando su sentido conforme a las reglas de la semántica (significado de las palabras) y la sintaxis (coordinación y unión de las palabras). La CE se expresa en un lenguaje natural y común

no ignora el componente utópico de los derechos sociales (por todos, SARLET, 2007, p. 386), que bien puede servir para perfilar mejor las garantías más objetivas y políticas de los mismos (*infra*, V, 6), pero no ha de tenerse en cuenta (al menos con carácter central) en la labor de determinación del contenido de los DFSP. Si éstos deben ser jurídicos (es decir, vinculantes), deben tener un contenido relativamente posible, y en este sentido hay que interpretar, como veremos luego (*infra*, 6.6), la cláusula de la reserva de lo posible.

177. Por tanto, antes que la legislación está la interpretación, como ya dejó claro DE OTTO, 1988, p. 156. Aquí reside nuestra discrepancia esencial con BÖCKENFÖRDE: el único argumento contundente esgrimido por este autor para negar a los derechos sociales el carácter de derechos fundamentales no es su fundamento, que es el mismo (la libertad) que el de los demás, ni su estructura (aunque es diferente a la propia de los derechos de defensa, como ya hemos aceptado), sino la indeterminación de su contenido: «La pretensión constitucional en ellos contenida es tan general que no pueden deducirse pretensiones jurídicas concretas por vía de la interpretación» (1993, p. 77); en sentido similar se pronuncia entre nosotros PRIETO SANCHÍS (2004, p. 68): los derechos sociales «resultan tan imprecisos que apenas permiten fundar pretensiones concretas por vía de interpretación». Pues bien, el razonamiento (que vendría a decir: son indeterminados, luego no pueden ser interpretados) es tres veces incorrecto: no son tan indeterminados (y así se demostrará a lo largo de esta obra); aunque lo fueran, lo son tanto como los demás derechos fundamentales (así, JARAMILLO SIERRA, 2003, pp. 28-31); e igualmente podrían ser objeto de interpretación (así, SARLET, 2007, pp. 328-329, y en cierto modo, CASCAJO CASTRO, 1988, pp. 33, 48 y 70), salvo que cambiemos el concepto de interpretación hasta ahora asumido por la dogmática: interpretar es atribuir significado a un texto normativo y que éste sea más o menos abierto impone quizás reglas especiales pero no autoriza a decir que dicho texto no pueda ser interpretado (por todos, GUASTINI, 2008, pp. 29 y ss.). En definitiva, como bien apunta QUEIROZ (2006, p. 65), el problema no es de normatividad sino de concretización.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

(no son frecuentes los tecnicismos jurídicos) y no es fácil sustraerse a la vaguedad de los términos empleados en el texto y a la indeterminación que contienen. La interpretación literal aporta el marco mínimo y poco más. En todo caso, las palabras son a veces más elocuentes de lo que parecen y ya hemos visto un ejemplo importante de ello (*supra*, III, 1.2): si la CE habla de «derecho a» (p. ej., arts. 43.1, 44.1 o 47), o está reconociendo derechos subjetivos o dando gato por liebre. También el argumento literal nos sirve al revés, como primer antídoto frente a la expansión incontrolada: los DFSP son, salvo que pueda justificarse lo contrario, los que son (el catálogo es sustancialmente cerrado, *supra*, 1.1) y llegan hasta donde la CE permite que lleguen.

b) Como ya sabemos (*supra*, I, 3), la consideración de cada derecho en su contexto histórico (interpretación histórica) tiene una utilidad muy relativa y una aplicación muy particular en materia de DFSP. Las normas de derechos remiten a ámbitos vitales o parcelas de la realidad de los que normalmente la comunidad jurídica tiene ya una imagen previa (la llamada por la doctrina alemana «imagen maestra»), más o menos determinada: la libertad concretada en los textos no es la libertad natural sino la libertad jurídica y los derechos no son naturales sino históricos. Ahora bien, este criterio sirve, sobre todo, para los derechos de defensa, y no tanto para los DFSP, que son figuras relativamente novedosas¹⁷⁸. Según éstos van perfilándose jurídicamente (y lo van haciendo en España, sobre todo, desde mediados de los años ochenta del pasado siglo), se va construyendo una cierta Historia, que en esta materia difícilmente admite retrocesos, tanto social como jurídicamente: el principio de no regresividad (*infra*, 6.4) apuntala así una cierta forma de interpretación histórica.

c) Otro criterio de interpretación consiste en atender al proceso de elaboración de las normas, examinando los trabajos y debates que tuvieron lugar en dicho proceso (interpretación *originalista* o auténtica). Hemos previsto un apartado específico para tratar esta cuestión, justo al comienzo de cada capítulo de las partes segunda y tercera de esta obra. Esta regla metodológica, como la anterior, habrá de tomarse con las necesarias precauciones, pues los derechos pueden perfectamente alcanzar un significado más amplio que el derivado del debate constituyente; entender lo contrario conduciría nuevamente a la ya criticada petrificación de la Constitución.

Con independencia de lo que después se dirá al analizar los antecedentes de cada figura y pese a la escasa importancia del *originalismo* en nuestra

178. La interpretación histórica serviría aquí como argumento negativo, según la propuesta de LINDNER (2005, p. 174).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tradición jurídica¹⁷⁹, hay algo que podemos añadir sobre este punto: el tiempo ha acabado otorgando un cierto valor al «momento fundacional» de 1978 y hoy (en la etapa de crisis en la que escribimos, cuando el capitalismo –jurídicamente denominado «economía de mercado»– muestra con más claridad su peor cara) miramos con mejores ojos lo que se escribió entonces. En 1978 existió, efectivamente, una voluntad de transformación social¹⁸⁰ que hoy el imaginario colectivo ha perdido y que convendría recuperar¹⁸¹.

d) Especialmente importante resulta atender al lugar que ocupa cada derecho en el conjunto del sistema (interpretación sistemática), bien dentro del mismo texto (interpretación sistemática interna: ubicación y relaciones con otras normas), bien en el contexto donde se integra (interpretación sistemática externa).

Ya hemos hecho uso del argumento de la ubicación al interpretar el artículo 53.3 CE (*supra*, III, 1.2): todas las figuras de DFSP se incardinan, expresa o implícitamente, en preceptos concretos del título I, denominado «De los derechos y deberes fundamentales»: si no son deberes (y difícilmente pueden considerarse como tales cualquiera de las nueve figuras), entonces, por interpretación sistemática, son derechos fundamentales.

Otra aplicación de la interpretación sistemática interna es la regla de la especialidad, según la cual debe evitarse en lo posible la concurrencia de derechos, situación en la que una misma necesidad o prestación aparenta formar parte del contenido de varias figuras. En estos casos debe optarse por la norma material más específica en detrimento de la más genérica. Por ejemplo, las obligaciones administrativas encaminadas a evitar daños a la salud se incardinan en el artículo 43.1, no en el artículo 15, o la formación que cada ciudadano procura para sí mismo haciendo uso de los bienes culturales

179. Sobre las razones, p. ej. ALONSO GARCÍA, 1988, p. 208.

180. Aunque el tema bien merecería una tesis doctoral, como botón sirva una muestra, que juzgamos significativa por venir de quien viene y por la fecha en que se escribió: «los derechos humanos pueden ser un camino que colabore a ese nuestro fin último de conseguir una sociedad sin clases donde se pueda establecer el lema que MARX soñó: A cada cual según sus necesidades, de cada cual según sus capacidades» (PECES-BARBA, 1977, p. 32).

181. Debe advertirse, no obstante, que a veces se hace una cierta trampa al pretender encontrar la supuesta voluntad implícita del autor de la Constitución, sobre todo cuando ésta se encuentra muy alejada del momento actual, tal y como acontece, a nuestro juicio, en la por otra parte muy meritoria obra de BARBER, para quien el principal propósito de los padres fundadores no era proteger la libertad sino el bienestar social (2003, pp. 36 y ss.). Más ajustada nos parece la opinión de BERTINOTTI (2010, pp. 43 y ss.), quien con datos más concretos nos demuestra la prevalencia de las ideas de transformación social (hoy abandonadas, a su entender) presentes en los padres de la Constitución italiana.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

existentes, pertenece al artículo 44.1 y no al artículo 27. La inserción de las facultades concurrentes en una u otra categoría aporta claridad a la argumentación pero normalmente carece de consecuencias jurídicas relevantes, ya que las figuras en juego suelen gozar del mismo nivel de protección.

Dentro de la interpretación sistemática interna resulta también de gran interés el recurso a los principios constitucionales nucleares (interpretación *principalista*). Estos principios tienen un significado independiente (de otro modo, serían superfluos), por lo que su contenido va más allá de la síntesis del resto de las normas constitucionales (*supra*, III, 1.1). Pese a que este criterio de interpretación tiene algunas limitaciones (los principios con frecuencia se contrapesan entre sí y casi siempre admiten distintas interpretaciones¹⁸²), hemos hecho uso fructífero de él al conectar los DFSP con el principio del Estado social (*supra*, III, 2.4.2) y con los valores de dignidad (*supra*, III, 2.1), libertad (*supra*, III, 2.2.) e igualdad (*supra*, III, 2.3), y a esas páginas remitimos.

Veamos seguidamente algunas manifestaciones de la interpretación sistemática externa. Se mantenga una concepción monista o dualista del Derecho internacional¹⁸³, es evidente (y cada vez más) que las normas constitucionales se integran en un contexto internacional¹⁸⁴. Por ello, es muy importante (y entre nosotros obligado *ex art.* 10.2 CE) acudir a los textos internacionales sobre derechos humanos y a la jurisprudencia (en sentido amplio) internacional relativa a los mismos (interpretación del Derecho del Estado de conformidad con el Derecho internacional)¹⁸⁵, sobre todo para hallar determinaciones del contenido de los derechos más avanzadas, a la vista del principio *pro homine* o, en términos similares, del estándar máximo, consolidado en el Derecho internacional de los derechos humanos¹⁸⁶. Ya hemos hecho uso de

-
182. Incluso un autor tan crítico con las teorías materiales de los derechos fundamentales como LINDNER, acaba reconociendo la importancia de la interpretación conforme a principios, y ello «no sólo como magnitud formal de conocimiento y sistematización sino también como base material de construcción» (2005, pp. 210-224).
183. La contraposición parece que debe ser parcialmente superada en nuestro ámbito, a la luz del art. 10.2 CE, que obliga a considerar la existencia de normas interpuestas; con buen criterio, SAIZ ARNAIZ, 2009, p. 207.
184. No en vano KAHN (2006, pp. 582 y ss.) sitúa entre las más significativas tendencias actuales de la dogmática de los derechos fundamentales el diálogo entre Derecho internacional y Derecho constitucional. La reflexión sobre Alemania vale igualmente entre nosotros.
185. Obviamente, con las cautelas oportunas, pues la naturaleza de las obligaciones internacionales no coincide necesariamente con la naturaleza de las obligaciones constitucionales, que son las que a nosotros nos interesan. Para una síntesis reciente de las primeras, por todos, MAZZESCHI, 2009, pp. 3 y ss.
186. La doctrina sin embargo es escasa, quizás por encontrarse el tema a medio camino entre el Derecho internacional y el constitucional, tal y como se apreciaba en BIDART CAMPOS, 2000, pp. 11 y ss. o en PINTO, 2004, pp. 163 y ss. Entre nosotros, asumen el

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

este criterio, por ejemplo, al aludir al principio de progresividad, el cual, como dijimos, no es obligación vinculante pero sí un elemento auxiliar de la interpretación (*supra*, 4.2.4).

La importancia del tema es tal que conviene abrir un breve paréntesis al respecto. De entrada, debemos advertir que el Derecho internacional de los derechos sociales¹⁸⁷, sobre todo a nivel universal, es bastante rudimentario, por incompleto y poco efectivo¹⁸⁸. Incluso la propia utilización del término derecho (subjetivo), central para la determinación del objeto de esta obra, sólo puede hacerse de forma muy matizada en este sector del ordenamiento¹⁸⁹. Por mucho que el Derecho internacional de los derechos sociales quisiera completarse, seguiría siendo incompleto, porque el Derecho internacional es incompleto por definición.

Veamos sucintamente, para empezar, el panorama general del Derecho

principio pero sin citarlo, VICIANO PASTOR y SERRA CRISTÓBAL, 2002, p. 183. Para nuestro ámbito, hay que acudir sobre todo al art. 5.2 PIDESC. Leído a contrario: si el PIDESC no puede reducir el contenido de los derechos sociales derivado del Derecho interno, es que debe servir para ampliarlo. Sobre las peculiaridades del principio en la CDF, remitimos a ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 400-405.

187. Un lector atento del índice de esta obra podría sorprenderse de la ausencia en él de un capítulo específico de Derecho internacional (aunque las garantías internacionales se tratan ampliamente al final del capítulo siguiente). La omisión es intencionada y no se debe al tradicional (con honrosas excepciones, claro está) desconocimiento mutuo, tan español, entre los cultivadores de las distintas «áreas de conocimiento» sino precisamente a lo contrario, a la necesidad de dejar bien patente la unidad del ordenamiento y de integrar (de verdad, y no a modo de «capítulo» separado) el Derecho internacional en el nacional. Si bien se mira, con carácter general (más todavía en la temática que nos ocupa), no existe un ordenamiento jurídico internacional propiamente dicho, pues las normas internacionales, consideradas en su conjunto, carecen de dos de las notas esenciales a todo ordenamiento jurídico: la plenitud y la autonomía. Es decir, salvo raras excepciones las normas internacionales no existen como normas hasta que son aceptadas (ratificadas en el caso de los tratados) por los Estados y pasan así a formar parte de sus respectivos ordenamientos internos; de ahí la importancia (insistimos) de realizar un estudio conjunto y coordinado, no independiente, de las normas internacionales y constitucionales, partiéndose siempre de la prioridad (en términos lógicos, jurídicos y sociológicos) del Derecho nacional sobre el internacional, pues éste normalmente sólo vale si aquél lo acepta.

188. Éste es también el balance de VICIANO PASTOR y SERRA CRISTÓBAL, 2002, p. 176.

189. Si aceptamos incluir necesariamente en el concepto (tal y como parece exigir el art. 24.1 CE, *supra*, III, 1.2) la tutela judicial. Los derechos de Derecho internacional no siempre cuentan con este tipo de tutela; incluso cuando los tratados forman parte del Derecho interno, persisten reticencias para admitir su justiciabilidad directa (para una panorámica, centrada en nuestro ámbito de estudio, ABRAMOVICH y COURTIS, 2004, pp. 283 y ss.). No entraremos en la polémica, por resultar innecesaria en nuestro Derecho, habida cuenta de que todos los derechos del PIDESC cuentan con su paralelo en la CE.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

internacional de los derechos sociales. Recordemos que el Derecho internacional se define más por su forma que por su contenido. Aunque la cuestión es discutida, parte de la dogmática internacionalista acostumbra a citar al respecto la relación de fuentes contenida en el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, de 1946: tratados, costumbre internacional y principios generales del Derecho internacional. Las dos segundas pueden ser calificadas de fuentes difusas y su importancia es considerablemente menor en la práctica a la de los tratados: sólo existen en presencia de un consenso generalizado en la comunidad internacional sobre su carácter obligatorio y este consenso (preciso es reconocerlo) apenas se produce en el ámbito de los derechos humanos (menos todavía en el ámbito de los derechos sociales); después lo veremos con el ejemplo de la Declaración Universal.

Yendo a lo más tangible, los textos, nos encontramos con dos grandes tipos: en primer lugar, los tratados, que son sin duda los documentos más importantes, pues forman parte del ordenamiento interno de los Estados que los ratifican (al menos en España, art. 96.1 CE) y, en materia de derechos humanos, suelen ser multilaterales y fundados en la defensa de intereses de la comunidad internacional, que trascienden los propios de cada uno de los Estados; en segundo lugar, otros textos, de denominaciones variadas (declaraciones, resoluciones, recomendaciones, observaciones o comentarios generales y finales), normalmente procedentes de organizaciones internacionales, que sólo tienen fuerza jurídica si son aceptados por los Estados (pasarían así a formar parte de la costumbre o de los principios), lo cual pocas veces sucede¹⁹⁰.

Pues bien, como decíamos, los derechos sociales (tal y como venimos delimitándolos, excluyendo del concepto la protección de colectivos) cuentan con un escaso (por la brevedad, no por la importancia) reconocimiento en el Derecho internacional, al menos a nivel universal. Con carácter general u omnicomprensivo de todos los derechos sociales (hay instrumentos, aunque tampoco muchos, sobre derechos específicos), el único tratado relevante a nivel universal es el tantas veces citado PIDESC (que recoge, como sabemos, seis figuras de derechos sociales, *supra*, I, 1.1) y, en relación con los derechos al trabajo y a la Seguridad Social, algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo (*infra*, VII, 1.2 y VIII, 1.2).

190. Reconocemos que nos dejamos arrastrar por el idealismo de los internacionalistas defendiendo en otro lugar (ESCOBAR ROCA, 2008, esp. pp. 20-26) la fuerza jurídica de este tipo de documentos, pero debemos matizar ahora que lo hicimos más en términos prescriptivos (cómo nos gustaría que fueran las cosas) que descriptivos (cómo las cosas realmente son).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En cuanto al resto de documentos de ámbito universal, cabe citar sobre todo:

a') la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que recoge los ocho derechos sociales después reiterados en el PIDESC. Su fuerza jurídica sigue siendo discutida (la tendencia dominante sostiene que los derechos sociales no cuentan con el consenso mayoritario de los Estados y por ello no pueden integrar ni la costumbre ni los principios¹⁹¹, luego no son Derecho internacional propiamente dicho) pero en todo caso la cuestión es irrelevante, habida cuenta de que todos los derechos sociales de la Declaración Universal están también contenidos en el PIDESC, cuya fuerza jurídica no se discute.

b') Las Observaciones Generales y Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), las cuales, tengan o no valor jurídico (sobre ello, *infra*, 4.4 y V, 7.1.5), resultan de trascendental importancia para nuestro tema.

c') Otras Declaraciones, en su mayoría emanadas de la Asamblea General de Naciones Unidas, que aluden indirectamente a los derechos sociales, pero que son algo antiguas y hoy casi no se citan¹⁹². La falta de referencias a ellas por la doctrina y la jurisprudencia hace pensar que no han generado consenso suficiente y que carecen por tanto de valor jurídico (recordemos una vez más: la costumbre y los principios valen como Derecho sólo si son mayoritariamente aceptados).

El panorama cambia totalmente en el Derecho internacional regional, pues las dos organizaciones internacionales más relevantes de ámbito europeo, aun limitándonos a los tratados, cuentan con importantes instrumentos en materia de derechos sociales. Cuáles sean sus garantías y el grado de efectividad de las mismas, no interesa a este apartado sino al capítulo siguiente (*infra*, V, 7). Veamos al menos de qué tratados hablamos:

a') En el marco del Consejo de Europa, la Carta Social Europea de 1961 (CSE), ratificada y publicada en España en 1980 (existe un texto revisado de 1996, no ratificado por España), con rango de tratado internacional, que contiene un amplio catálogo de derechos sociales (arts. 1-19 de la parte I), seguido de obligaciones estatales bastante concretas, correlativas a cada una de las figuras (arts. 1-19 de la parte II). Las determinaciones del contenido de los derechos de esta Carta son mucho más detalladas que las establecidas en la CE.

191. Por todos, VILLÁN DURÁN, 2002, p. 231.

192. Para una panorámica, DURÁN Y LALAGUNA, 2007.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

Por otra parte, el CEDH no contiene propiamente un catálogo de derechos sociales pero la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ya se adelantó (y lo comprobaremos con detalle en la parte II de esta obra), ha deducido del contenido de algunas figuras contenidos característicos de DFSP.

b') En la Unión Europea contamos, en la materia que nos ocupa, con la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT), de 1989, que establece precisiones importantes sobre el contenido de bastantes figuras de derechos sociales y, con naturaleza ahora de Derecho originario, con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) de 2000 (revisada en 2008), normalmente más lapidaria en la determinación del contenido de los derechos pero algo más generosa en la enumeración de los mismos (*supra*, III, 6.2.2). Respecto a la CDF, es importante destacar que aunque su artículo 51 establece que sus disposiciones están dirigidas a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión», el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008 determina, con cita del artículo 10.2 CE, que las normas de derechos fundamentales se interpretarán en todo caso (no sólo en relación con el Derecho de la Unión) de conformidad con lo dispuesto en la CDF.

Pese a la indudable importancia del PIDESC, la CSE, la CCDSFT y la CDF, la posición del Derecho internacional (también, aunque con muchas matizaciones, la del Derecho de la Unión Europea¹⁹³) sigue siendo subordinada, por lo que debemos volver entonces, inexcusablemente, al Derecho del Estado, y dentro de él, a la CE. Centrándonos en el tema que ahora nos ocupa, la interpretación sistemática externa de los DFSP como método de determinación del contenido de los mismos, debemos partir, nuevamente, del artículo 10.2 CE, en cuya virtud «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, *se interpretarán* de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». A diferencia del resto de las reglas tradicionales de interpretación, cuyo uso es voluntario, aquí estamos en presencia de una auténtica obligación para el intérprete.

El artículo 10.2 plantea una primera duda, a saber, si se refiere a todos los DFSP. A nuestro juicio, frente a una primera aproximación literalista (la

193. En línea de principio, mantenemos la superioridad de la CE sobre el Derecho de la Unión, sin que sea éste el lugar adecuado para introducir las necesarias matizaciones.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cual, como casi siempre, por sí sola a nada conduce¹⁹⁴), parece clara la respuesta afirmativa: si los DFSP son, por definición, derechos fundamentales, entonces las normas que reconocen DFSP deben (necesariamente, insistimos) interpretarse de conformidad con el Derecho internacional¹⁹⁵. Despejada la primera incógnita, vayamos con la segunda: ¿hasta dónde llega el parámetro a considerar, cuáles son exactamente las normas que se situarían en una especie de posición intermedia entre la CE y la ley, adquiriendo un relativo (sólo relativo) rango constitucional? Literalmente, está claro, al menos, que el parámetro incluye el PIDESC¹⁹⁶, la CSE, la CCDSFT y la CDF. A partir de ahí, otros textos pueden ser tomados en consideración, pero habría que examinar caso a caso si cuentan también con carácter obligatorio¹⁹⁷.

Entre ambos conjuntos normativos (los tratados y el *soft law*), hay una importante zona intermedia, las Observaciones Generales del Comité DESC, sobre cuyo valor jurídico volveremos en el apartado siguiente.

No es éste, evidentemente, el lugar adecuado para dar cuenta de las numerosas y, adelantémoslo ya, trascendentales consecuencias de la aplica-

194. La sección primera del capítulo II del título I se encabeza con la expresión «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», el capítulo segundo con «Derechos y libertades» y el título I con «De los derechos y deberes fundamentales». La expresión más parecida a la utilizada en el art. 10.2 es la primera pero tampoco son idénticas.
195. En esta dirección, VICIANO PASTOR y CRISTÓBAL SERRA, 2002, pp. 184-185, con más referencias, y SAIZ ARNAIZ, 2009, p. 195. El trabajo de SAIZ ARNAIZ es fundamental, y a él remitimos *in totum*; salvo alguna discrepancia puntual, señalada más adelante, aceptamos sus tesis sobre el carácter vinculante del criterio interpretativo (p. 201) y la diferencia que establece entre ausencia de contradicción, integración mediante ejemplo e integración mediante modelo (pp. 202-206): una vez más, se demuestra que la dogmática constitucional sólo puede avanzar de la mano de la teoría del Derecho.
196. En relación con la aplicación por nuestro Tribunal Constitucional del PIDESC, SAIZ ARNAIZ (2009, p. 198) señala lo siguiente: «El PIDESC ha desempeñado un papel meramente accesorio: se ha citado en muy pocas ocasiones (algo más de una veintena), únicamente para la interpretación de los arts. 27, 28 y 35 CE, siempre acompañado de otros documentos internacionales (DUDH, CEDH, Convenios OIT, Carta Social Europea) y con una trascendencia en la decisión que puede calificarse de nula. La limitada densidad de los derechos que resultan del propio pacto, y la inexistencia en su seno de órganos de garantía independiente que generen una doctrina sobre aquéllos, pueden ayudar a comprender la poca presencia del PIDESC en las sentencias del Tribunal Constitucional». Pues bien, he aquí nuestra discrepancia con el autor (quien nos matiza sus tesis en correo electrónico de 15 de noviembre de 2010), sobre la que después volveremos: el Comité DESC es un órgano de garantía independiente que genera doctrina sobre derechos sociales, y por tanto debe prestársela atención; después volveremos sobre ello.
197. Así, sobre el valor no obligatorio del *soft law* internacional, p. ej., SSTC 38/1981, FJ 4, 184/1990, FJ 4, 36/1991, FJ 5 o 215/1994, FJ 2.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

ción del mandato del artículo 10.2 a los DFSP¹⁹⁸: al hablar de cada figura en concreto tendremos oportunidad de comprobarlo. Para la doctrina general de los DFSP, que es el objeto de este capítulo, además de reiterar nuestras advertencias sobre la necesidad de reinterpretar el Derecho de la Unión en un sentido algo diferente al tradicional del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*supra*, III, 6.2.2), conviene recordar (pues son desarrolladas en los lugares oportunos) las consecuencias más importantes que cabe extraer del Derecho internacional, considerado en su conjunto¹⁹⁹, y especialmente del PIDESC: del principio de indivisibilidad de los derechos humanos²⁰⁰ se deriva que todos ellos son igualmente importantes (*supra*, 3.3), es decir, que no hay jerarquía entre ellos (*infra*, III, 4.2), que los derechos liberales deben reinterpretarse socialmente y los derechos sociales deben reinterpretarse a la luz del principio de libertad (*supra*, 4.1.2) y que todos los derechos deben ser igualmente efectivos²⁰¹; de la diferencia entre derechos y mandatos, que los primeros implican un mayor grado de vinculación que los segundos (*supra*, I, 1.1 y III, 1.1); de la determinación del catálogo, que puede haber derechos implícitos (*supra*, 1.3 y 1.4); de la configuración de las obligaciones estatales mediante la tríada (consolidada en el Derecho internacional) respeto, protección y cumplimiento, que la mayor parte de los derechos admiten una estructura compleja (*supra*, 4.1.1); del principio de universalidad, que tendencialmente pertenecen a todas las personas (*infra*, 5.1.1); del deber estatal de protección, que los particulares son obligados (indirectamente en Derecho internacional) de los derechos sociales (*infra*, 5.2.2); del ya citado principio de progresividad, que los retrocesos deben justificarse (*infra*, 6.4); en fin, del artículo 4 PIDESC, que las limitaciones a los derechos sociales deberán contenerse en la ley, respetar un mínimo y tener como único objeto «promover el bienestar general en una sociedad democrática» (*infra*, 6.6).

Detengámonos brevemente, por ser éste el lugar sistemático oportuno, en las aportaciones del Derecho internacional de especial utilidad para la

-
198. Destacan esta virtualidad del art. 10.2 CE con cita de alguna jurisprudencia, VICIANO PASTOR y CRISTÓBAL SERRA, 2002, pp. 190 y ss.
199. Al menos en los tratados sobre derechos humanos cabe apreciar «una relativa coherencia interna» (VILLÁN DURÁN, 2002, p. 213). Que ha de estarse no sólo a la letra de los tratados sino también al espíritu que inspira el Derecho internacional de los derechos humanos, conectando los dos párrafos del art. 10 CE, ya fue aceptado por la STC 91/2000, FJ 7, en su referencia al «ámbito de valores e intereses» protegido por el Derecho internacional, que es al menos el implícito en los tratados ratificados.
200. El principio deriva de la DUDH, del PIDCP, del PIDESC y de diversas Declaraciones de Naciones Unidas. Para los detalles normativos, ESCOBAR ROCA, en prensa.
201. Específicamente y para más detalles sobre las consecuencias del principio de indivisibilidad, FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, 1996-1997, pp. 693 y ss. y, desde la dogmática constitucional, ESCOBAR ROCA, en prensa, con más referencias.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

determinación del contenido de los DFSP: resulta claro, como ya sabemos, que el contenido de los derechos sociales se concreta en obligaciones exigibles al Estado, que a su vez pueden ser de resultado o de comportamiento (*supra*, 4.2.1), que en nuestro ámbito las obligaciones más importantes son las de cumplimiento, que los derechos sociales tienen un contenido inmediato e indisponible (*supra*, III, 1.2) y que para conocer cuál es el contenido de cada una de las figuras contamos con algunas herramientas de interés: además de los criterios tradicionales de interpretación jurídica general²⁰², los dos ya señalados, de especial importancia para nuestro tema, y que conviene reiterar:

a') En relación con el principio de indivisibilidad, todos los derechos sirven igualmente a la dignidad y además (y lo que sigue vale especialmente para los derechos sociales) se establecieron para liberar al hombre «del temor y de la miseria», «promover el progreso social» y «elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad» (Preámbulo de la DUDH). Siendo esto así, parece necesario determinar el contenido de los derechos sociales desde una perspectiva básicamente finalista, entendiendo que las prestaciones que conforman dicho contenido deben servir al menos para satisfacer las necesidades asociadas a la dignidad y la libertad real, en un sentido progresivo y eliminando las situaciones de miseria. No es otro, como sabemos, el significado esencial del Estado social (*supra*, III, 2.4).

b') En relación con el principio *pro homine*, los derechos sociales, como ya hemos advertido, deben tener en Derecho internacional un contenido más amplio (o al menos no inferior) que en el Derecho constitucional. Si así se deriva de los tratados y de sus interpretaciones por los órganos autorizados por los propios tratados, cabe atribuir a los DFSP contenidos no previstos en el Derecho constitucional, por derivación de los compromisos internacionales asumidos por los Estados y por exigencia, en nuestro sistema, del artículo 10.2 CE. Ampliación no es contradicción, luego no entra en juego el principio de jerarquía entre la Constitución y el tratado.

Hasta aquí la interpretación conforme al Derecho internacional. De otro lado, en un mundo cada vez más interconectado es también relativamente frecuente acudir a las Constituciones y a la jurisprudencia constitucional de otros países (interpretación comparatista), aunque aquí se vaya más allá del sistema en sentido estricto. Las soluciones aportadas en el extranjero a pro-

202. Los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 1969, no introducen matizaciones significativas que nos hagan alterar la exposición de los criterios de interpretación jurídica que realizamos en este apartado.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

blemas similares ofrecen, en todo caso, útiles argumentos al intérprete²⁰³, siempre en todo caso complementarios²⁰⁴; de ahí la pertinencia del capítulo II de esta obra.

Por último, también en relación con la interpretación sistemática externa, pueden utilizarse, como criterio auxiliar, las buenas prácticas administrativas²⁰⁵ y los indicadores, nacionales e internacionales²⁰⁶, que van consolidándose en materia de derechos sociales.

e) El método decisivo para la determinación del contenido de los derechos consiste en atender a la función y a los intereses a los que cada derecho sirve (interpretación teleológica, finalista o con arreglo a la función), a la vista, naturalmente, del contexto sistemático y del texto reconocedor de cada figura²⁰⁷. A nuestro juicio, la puesta en marcha de este método debe partir de la consideración de que los derechos fundamentales son ante todo derechos de los individuos (*infra*, 5.1.2) y sólo de forma secundaria y complementaria se encuentran al servicio de bienes colectivos. En otras palabras, como ya se adelantó (*supra*, 4.2.2), para evitar una inaceptable *funcionalización* de los derechos, el carácter objetivo no debería ser utilizado para reducir su alcance como derechos subjetivos.

Entre las fórmulas generales (esto es, válidas para todas las figuras o para un amplio número de ellas) utilizadas para concretar la interpretación finalista puede citarse el abuso de derecho. Esta categoría, muchas veces definida como límite interno (también llamado impropio, inmanente, implícito o intrínseco) de los derechos, permite excluir del contenido de los mismos las pretensiones ajenas a la finalidad propia de cada figura. La cláusula juega sobre todo en la determinación concreta del contenido, no tanto en la determinación general o legislativa. Por ejemplo, se sitúa extramuros del

203. Para una aportación reciente sobre la importancia (y los riesgos) del diálogo, VERGOTTINI, 2010. Al final, la utilidad del apoyo en la jurisprudencia extranjera reside sobre todo en reforzar la legitimidad de las propias decisiones, lo que no es poco. Para una perspectiva más amplia de esta necesidad de legitimación, últimamente, OLIVER-LALANA, 2011, esp. pp. 177 y ss.

204. Así, LINDNER, 2005, pp. 173-174.

205. Así, GOMES CANOTILHO, 2008, p. 263.

206. Específicamente sobre ello, TOMÁSEVSKI, 2001, pp. 531 y ss.; CHACÓN MATA, 2007; CALVO GARCÍA, 2009, pp. 214 y ss. En el trabajo de COMINO, DE MARCO y NATALINI (2005, pp. 93 y ss.), uno de los más encomiables esfuerzos de concretar el contenido de los DFSP que conocemos, pese a algunos déficits metodológicos que ya hemos criticado, al final la determinación se realiza sobre la base de una pluralidad de instrumentos (casi diríamos que por acumulación), entre los cuales los indicadores normalmente aceptados ocupan un lugar primordial.

207. Así, LINDNER, 2005, pp. 160-162, donde este autor, con buen criterio, recuerda los cosabidos riesgos de subjetivismo, propios de toda interpretación teleológica.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

contenido del derecho quien pretende obtener ayuda para la compra de una vivienda y dispone de medios propios para ello o quien aspira a una determinada asistencia sanitaria encontrándose objetivamente sano, aunque crea no estarlo: en ambos casos, el individuo no tendría propiamente necesidades básicas que cubrir; recordemos al respecto (*supra*, 3.2) que las necesidades son objetivas²⁰⁸. También podríamos incluir aquí, con las cautelas oportunas, los supuestos de renuncia material al ejercicio de la libertad o de la responsabilidad inherente a muchos DFSP: por ejemplo, el caso de quien pretende exigir el cumplimiento del derecho a la educación sin esforzarse lo más mínimo por aprender o el de quien pretende un salario de inserción negándose sistemáticamente a aceptar ofertas razonables de empleo²⁰⁹.

Llegamos aquí al momento decisivo de la determinación del contenido de los DFSP. En primer lugar, debe precisarse el alcance, la finalidad de cada derecho en cuestión, esto es, qué necesidades se pretenden cubrir, por ejemplo, con la educación, la salud o la vivienda²¹⁰. Para ello puede acudir al valor de la libertad (recordemos que las necesidades a su vez se justifican porque sirven a la libertad real), sin que resulte fácil profundizar mucho más con carácter general, remitiéndonos al efecto al análisis de cada figura concreta, en la segunda parte de esta obra²¹¹. El legislador suele resolver (implícitamente) bien esta primera cuestión, al definir, por seguir con los ejemplos citados, cuáles son los objetivos de la educación (que van más allá del objeto definido en el art. 27.2 CE), qué significa salud (no sólo la ausencia de enfermedades) y hasta dónde puede considerarse que una vivienda es «digna y adecuada». Una vez definido el objeto, se trataría de examinar si las prestaciones previstas resultan adecuadas a dicho objeto, cuestión ésta que viene a coincidir con el análisis de la suficiencia de las prestaciones (*infra*,

208. Poco más puede decirse ahora con carácter general, pues el asunto depende mucho de cada caso, como se desprende del sugestivo trabajo de PEÑA y AUSÍN, 2006, pp. 389 y ss.

209. KRINGS (2003, pp. 203 y ss.) incluye los supuestos de prejuicios autoinflingidos y de riesgos asumidos por el titular del derecho, pero a nuestro entender es muy discutible que quepa calificarlos sin más como de abuso de derecho. El problema de fondo es importante, pero en él no podemos detenernos ahora; basten de momento con nuestras tangenciales referencias a la cuestión de la responsabilidad individual realizadas a cuento del principio alemán de subsidiariedad (*infra*, 5.2.3) y de la concepción constitucional del Estado social (*supra*, III, 2.4).

210. Esta centralidad de las necesidades en la determinación del contenido de los DFSP es especialmente destacada por FABRE, 1999, pp. 33 y ss., con útiles ejemplos al respecto.

211. La síntesis de la jurisprudencia alemana realizada por RÜFNER (2006, pp. 705-706) corrobora cuanto venimos diciendo: no se protege cualquier deseo subjetivo sino necesidades objetivas y las prestaciones no son caprichosas sino medios al servicio de la igual libertad.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

6.3). Nuevamente, para un estudio más concreto, debemos remitir al efecto a los apartados correspondientes de la segunda parte de esta obra.

Hasta aquí la relación de los métodos tradicionales de interpretación jurídica, adaptados a las peculiaridades de los DFSP. El uso de estos métodos no exige una preparación jurídica excesivamente especializada. alguna de las reglas mencionadas se impone como obligatoria en los mismos textos: por ejemplo, el artículo 10.2 CE, como tantas veces se ha destacado, exige interpretar los derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», de forma tal que si una interpretación de la Constitución se realiza al margen de estos textos, resultaría inconstitucional; otras se derivan simplemente de los usos de la comunidad jurídica. Si se quiere ofrecer soluciones susceptibles de aceptación, ante todo entre los juristas, siempre será mejor, en todo caso, seguir los métodos aludidos que caminar al margen de ellos²¹². De cualquier modo, como veremos en el apartado 4.4, el proceso interpretativo no debe quedar reducido a una cuestión entre juristas.

4.3.3. Algunos elementos para mitigar las insuficiencias de los métodos tradicionales de interpretación

Las peculiaridades del texto a interpretar (la CE) permiten matizar en parte lo señalado hasta ahora. Los textos de derechos fundamentales (no sólo de DFSP) se caracterizan por una vaguedad muy acentuada (fórmulas escuetas y lapidarias), lo que acerca la actividad interpretativa a la creativa y hace imprescindible atender a criterios distintos a los tradicionales, originariamente concebidos para la interpretación de la ley. Cuando el texto a interpretar es la Constitución, la dogmática ha añadido a los métodos generales, útiles para interpretar cualquier norma, otros métodos específicos que a veces completan, a veces matizan los ya citados. Los llamados principios de la interpretación constitucional de mayor originalidad (otros son mera adaptación de los tradicionales al Derecho constitucional) resultan ser, en apretada síntesis, los tres siguientes²¹³:

- a) Corrección funcional, principio según el cual el intérprete ha de respetar la posición que ocupa en el sistema constitucional, procu-

212. Además, cuantos más métodos conduzcan a la misma solución, mejor. Persiste desde luego el problema de la contradicción entre los resultados obtenidos tras la utilización de los distintos métodos interpretativos, pudiéndose acudir en estos casos, a las propuestas de MÜLLER (2006, pp. 306 y ss.); escéptico al respecto, NIETO, 2007, pp. 115-117.

213. E, 1983, pp. 47 y ss. Entre nosotros, PÉREZ ROYO, 2007, p. 128.

rando no invadir el ámbito reservado a otras instancias. En nuestro ámbito, como ya se adelantó (*supra*, III, 1.2) y como después precisaremos (*infra*, 4.4), el principio apunta sobre todo hacia una cierta *autocontención* judicial, prohibiendo al Tribunal Constitucional imponer al legislador prestaciones no claramente deducibles del texto constitucional²¹⁴, aunque como veremos al analizar cada figura concreta, no siempre resultará fácil obtener consenso sobre el ámbito de aplicación del principio y sobre su adecuada utilización, como en su día puso bien de manifiesto la STC 53/1985 y sus votos particulares. Sea como fuere, el argumento refuerza cuanto venimos señalando sobre el papel más crítico que constructivo de la dogmática: ésta, al igual que la jurisprudencia, como regla general (sin duda habrá excepciones que confirmen la regla), antes que crear, debe analizar (críticamente) lo creado²¹⁵.

- b) Eficacia normativa, debiendo optarse por las interpretaciones que redunden a favor de la mayor efectividad de los derechos fundamentales, en nuestro caso de los DFSP. Este principio, ya utilizado implícitamente en momentos anteriores (p. ej., en la interpretación de los arts. 10.2 y 53.3 y en la determinación del catálogo de los DFSP), juega sobre todo en materia de garantías, tema que será objeto del capítulo posterior. Será entonces cuando tendremos oportunidad de proponer interpretaciones de los DFSP acordes con el principio de eficacia normativa de la CE.
- c) Eficacia integradora, principio que impone optar por aquellas soluciones que contribuyan al mantenimiento de la unidad política, esto es, de la legitimidad del Estado por la sociedad, finalidades últimas de toda Constitución. Este criterio de interpretación constitucional nos parece de gran trascendencia para nuestro tema, lo que nos obliga a abrir un breve paréntesis sobre el particular. Ciertamente, el principio resulta en apariencia poco preciso, pues aun comparando su presupuesto teórico quedaría por definir cómo se consigue la integración en cada caso concreto²¹⁶; sin embargo, en materia de DFSP tiene un sentido unidireccional difícilmente contestable²¹⁷.

214. Más matizadamente, a los tribunales contencioso-administrativos imponer a la Administración prestaciones no claramente deducidas de la ley, después de intentar su interpretación conforme a la CE.

215. Todo, naturalmente, en su justo límite: no renunciando completamente a la labor creadora pero sin llegar a la metodología propia del iusnaturalismo racionalista.

216. Ya ejemplificamos este problema en una ocasión anterior: ESCOBAR ROCA, 1993, pp. 195-196.

217. Siempre quedará una minoría de ricos que se oponga a una configuración razonable (quizás para ellos excesiva) de los DFSP pero en esa minoría no se apoya la legiti-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

El tema que tratamos está íntimamente conectado al principio del Estado social y a la lucha contra la exclusión que éste conlleva (*supra*, III, 2.4.1), todo lo cual resulta relevante para la determinación del contenido de los DFSP, no sólo desde la interpretación *principalista*, sino también, de forma complementaria y decisiva, desde la interpretación integradora. Pues bien, la lucha contra la exclusión puede denominarse política de inclusión, aunque quizás resulte preferible el término (próximo o equivalente al anterior, según las versiones) política de integración, con lo cual regresamos, cerrando el círculo, a un concepto clásico de la Teoría constitucional. Recordemos, reiterando lo dicho en el capítulo anterior, que la integración resulta ser, según la clásica tesis de SMEND, un principio constitucional implícito, orientador de la interpretación de toda la Constitución. SMEND escribe en 1922 (cuando apenas había comenzado la construcción doctrinal del Estado social) y entiende la integración en un sentido esencialmente político-estatal²¹⁸, aunque la tercera de sus dimensiones, la integración material u objetiva, referida a los derechos fundamentales, bien permitiría incluir la dimensión social de los mismos²¹⁹. La tesis del autor, despojada de su estrecha noción de ciudadanía²²⁰, creemos que es trasladable perfectamente a la CE: a nuestro juicio, la integración (que hoy necesariamente incluye un componente social) es algo más que una política pública posible, es un principio constitucional implícito²²¹ (con apoyo, en los arts. 1.1 –Estado social–

dad del Estado. No creemos que las clases medias se opusieran (al menos, hasta ahora tal cosa no ha sucedido), pues son también beneficiarias de tal configuración (al menos, de manera actual de unas figuras y de manera potencial de las demás).

218. También en alguno de sus más prestigiosos seguidores: HESSE, 1983, p. 50, y entre nosotros, PÉREZ ROYO, 2007, p. 128.

219. Dice literalmente SMEND: «el punto de partida y la significación de los derechos fundamentales recogidos por la Constitución [...] es el de dotar a los diferentes grupos sociales de libertades y de seguridades, que son condiciones indispensables para el ejercicio real, y no sólo formal, de las libertades ciudadanas» (citado por BRAGE CAMAZANO, 2005, p. XXVII). Aun desde el punto de vista político, resulta claro que los residentes en un Estado-comunidad no se considerarán como parte del mismo si no ven satisfechas sus necesidades básicas.

220. Para la nueva noción de ciudadanía, que aceptamos, MARSHALL, 1998, esp. pp. 51 y ss. El asunto es más complejo de lo que parece, como lo demuestra la discusión producida a partir de la ya clásica obra de MARSHALL, y en la que ahora no podemos detenernos; de momento, puede verse WALDRON, 1993, pp. 271 y ss.

221. Jurídicamente no creemos que pueda irse más allá: hoy por hoy no existe un derecho fundamental (autónomo) a la integración, pues como sabemos, en nuestro sistema el catálogo de derechos fundamentales es cerrado y ninguna de las figuras de la CE permite llegar a esa conclusión. El principio de integración se ha desarrollado sobre todo en relación con los inmigrantes. Resulta significativo que en Italia (por todos, MELICA, 1996), donde la apertura del catálogo es mayor, la relación de

y 10 CE –dignidad de la persona y Derecho internacional de los derechos humanos–)²²² que ha de orientar la interpretación de toda la Constitución, y ello con una consecuencia principal: las normas constitucionales (especialmente las normas de DFSP) imponen (no sólo permiten) actuaciones mínimas dirigidas a evitar la exclusión social, y ésta se produciría si minusvaloráramos la importancia de los DFSP: sin duda, entenderlos como auténticos derechos, con un contenido exigible, en parte mediante la técnica del derecho subjetivo y en parte mediante otras técnicas, juega a favor del objetivo de la integración social²²³ y en definitiva de la eficacia integradora de la Constitución en su conjunto.

«nuevos derechos» de los inmigrantes al final se queda únicamente en dos, el «derecho a la identidad cultural y religiosa» y el derecho a la reagrupación familiar: en nuestra Constitución el primero encuentra cabida en una determinación del contenido del art. 16 adecuada al principio de integración y el segundo (que no será tratado aquí) ha sido considerado como derecho meramente subjetivo por la jurisprudencia (STC 236/2007, FJ 11). Por su parte, VILLACORTA MANCEBO (2000, p. 87) afirma: «Nuestra meta inmediata *debe ser* el hacer de la integración social *un derecho ciudadano global*, al objeto de superar la "dualización social" que mantiene fracturada a la Sociedad española. La amplia constitucionalización tanto de derechos sociales de corte más clásico como de otros de la misma naturaleza y de incorporación más reciente, *obliga* a su materialización concreta a través de prestaciones efectivas» (cursivas nuestras, GE). Pues bien, entendemos que este autor no está propugnando la *existencia* de un derecho fundamental a la integración (sería más bien un deber ser moral) sino meramente la necesidad (dogmática) de concebir los derechos sociales como derechos fundamentales (con apoyo esta vez en el art. 9.2 CE), que es la tesis que nosotros defendemos.

222. Para más detalles, ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 675 y ss. En sentido similar, MOYA, 2010, esp. p. 634. Por su parte, ASENSI SABATER (2004, p. 107), parece mostrarse en contra, al señalar que la integración no es «un concepto propiamente jurídico sino un *desideratum* político-social».

223. El aserto «a más derechos sociales menos desigualdad», y «a menos desigualdad mayor integración» (o cohesión, término este sinónimo y ahora preferible en la literatura, por influencia sobre todo de la Unión Europea), parece difícilmente contestable. Entre la amplia bibliografía de ciencia política, últimamente, p. ej., DE FRANCISCO, 2010, p. 38, quien, tras criticar el retroceso actual de los derechos sociales, afirma: «por la vía de la creciente concentración de la riqueza los índices de desigualdad se disparan hasta dar en la polarización social. Las clases medias se proletarianizan, las clases obreras se empobrecen y precarizan, crecen las bolsas de marginación y exclusión, aumenta el miedo, la inseguridad y la desconfianza interpersonal. El vínculo societario se debilita, se exagera el oportunismo y cunde el resentimiento de los más desfavorecidos hacia una sociedad que les da la espalda. Al final, rotos los lazos de unión entre el bien público y el privado, ya nadie cree en la sociedad como un proyecto compartido y cohesionado de cooperación social». Tal y como entendemos la integración (para una concepción similar, AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, pp. 43-46), no creemos que tenga connotaciones conservadoras: la acusación de HERRERA, 2009, pp. 18 y ss., se refiere más bien a otros usos del término integración.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

Cuando, pese a la utilización de las tres reglas de interpretación constitucional señaladas, no pueda todavía saberse con certeza si una prestación concreta forma o no parte del contenido de un derecho, seguramente la opción más razonable sea incluir de forma provisional la prestación en el contenido, para que sea después el contrapeso de otras normas constitucionales lo que termine de precisar su exacta relevancia constitucional²²⁴; la opción contraria (esto es, la exclusión inicial de la prestación controvertida) resultaría sin duda menos respetuosa con la posición de los DFSP en nuestro sistema constitucional, además de cortar de raíz toda argumentación ulterior.

En general, el proceso de determinación del contenido de los derechos y, de forma más acusada, el empleo de la interpretación finalista, están condicionados por la *precomprensión* del intérprete²²⁵ y por la previa concepción de los derechos por la que se opta²²⁶. Estos condicionantes, a veces desconocidos por el propio intérprete, suelen ser ocultados, especialmente por jueces y profesores, para dar una imagen de neutralidad y objetividad científica. Se olvida con ello que el juez ha de ser independiente e imparcial, pero no neutral ante la injusticia²²⁷ y que la dogmática jurídica, como el resto de las llamadas ciencias sociales, está naturalmente teñida de valoraciones²²⁸. Desde luego, lo más honesto (y también lo más científico) es hacer patentes esas valoraciones y no pretender ocultarlas bajo una falsa y aséptica seguridad²²⁹.

La *precomprensión* del intérprete está formada por sus valoraciones y prejuicios, anteriores al momento de iniciar el proceso interpretativo. Estos inte-

-
224. Se trata de la llamada concepción amplia del ámbito normativo de los derechos fundamentales; en sentido similar a nuestra propuesta, p. ej., MEDINA GUERRERO, 1996, pp. 61 y ss. y BRAGE CAMAZANO, 2004, pp. 255 y ss., con apoyo jurisprudencial. Para mayores detalles sobre la discusión en Alemania, CASAL, 2008, pp. 83 y ss.
 225. El dato es obvio, pero por si acaso remitimos a dos recientes e importantes trabajos, destinados entre otras cosas a demostrar empíricamente que los jueces basan *muchas veces* sus decisiones en prejuicios ideológicos: KENNEDY, 2010, y POSNER, 2011.
 226. Entre nosotros, GONZÁLEZ ENCINAR, 1985, pp. 35-36, con oportuno apoyo en GADAMER, HESSE, MÜLLER y BÖCKENFÖRDE.
 227. Una bien conocida e influyente obra de SUNSTEIN (1993) pretendió demostrar que el Derecho constitucional efectivamente practicado (y sus reflexiones sobre Estados Unidos son seguramente válidas en España) no es imparcial sino sesgado a favor del *statu quo*, de forma tal que la posterior y firme apuesta del autor a favor de los derechos sociales (sobre todo, 2005) no quiere en realidad presentarse como una apuesta por el activismo ni por lo que en Europa llamaríamos uso alternativo del Derecho sino por la recuperación del auténtico valor (de Derecho constitucional e internacional) de la justicia.
 228. Algo de razón tiene entonces la tesis de los *Critical Legal Studies*, si bien lamentablemente, sus representantes parecen quedarse sólo en eso, en la crítica (al respecto, FISS, 2007, pp. 259 y ss.).
 229. P. ej., BOVINO y COURTIS, 2001, pp. 183 y ss. En nuestra dogmática la cuestión está bien planteada en Díez-PICAZO, 2008, pp. 49-53.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

reses personales se mantendrán, como decíamos, normalmente ocultos, pero pueden tenerse en cuenta a la hora de criticar las propuestas interpretativas de otros y de justificar mejor las propias. En especial en los casos difíciles (en el sentido de DWORKIN, esto es, moralmente controvertidos) se dejarán sentir las condiciones materiales y las convicciones de cada cual²³⁰. Por ejemplo, un liberal a ultranza se opondrá a una determinación amplia de las prestaciones sanitarias o un empresario calificará de intromisión en su libertad la obligación de otorgar a sus trabajadores prestaciones que impliquen una concepción generosa de las previsiones del artículo 40.2 CE. En todo caso, lo mínimo que cabe exigir a este tipo de planteamientos, como a los contrarios, es su reconducción a categorías jurídicas, lo que normalmente podrá realizarse sin excesiva dificultad desde la interpretación con arreglo a principios o a la función de cada derecho.

El constitucionalista alemán Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE llevó a cabo en 1974 una clasificación de las teorías de los derechos fundamentales que tuvo cierto éxito en la dogmática posterior²³¹. Por nuestra parte, consideramos que alguna de estas teorías tiene un peso muy relativo en la discusión actual²³² y que otras son útiles para interpretar algunos tipos de derechos, pero no todos²³³. Más acertado nos parece establecer marcos conceptuales contrapuestos²³⁴, a saber:

230. Al peso de la precomprensión ideológica liberal en la dogmática tradicional ya aludimos, en relación con una temática próxima, en ESCOBAR ROCA, 1997, p. 671, y la idea aparece en muchos de los tratadistas actuales de los derechos sociales (sobre todo, PISARELLO, 2007, p. 14, donde se afirma paladinamente: «a pesar de su apelación al discurso técnico jurídico, [la] percepción devaluada de los derechos sociales se asienta, sobre todo, en prejuicios de tipo ideológico»; igualmente, MONEREO ATIENZA, 2005, p. 277; AÑÓN ROIG, 2008, p. 26; o REVENGA SÁNCHEZ, 2009, p. 98). Nosotros no estaríamos tan de acuerdo con el «sobre todo» de PISARELLO: la ideología influye, pero quizás no tanto como se nos dice. Hay un dato a considerar: la minusvaloración de los derechos sociales en la dogmática española actual procede también de autores que se dicen de izquierdas (o que al menos militan en el PSOE). Influye tanto o más, a nuestro juicio, la precomprensión positivista de la Constitución (ésta es al menos la opinión de BALDASSARRE, 1997, pp. 138-139, referida a la doctrina alemana pero aplicable en nuestro país). En Estados Unidos la cuestión es algo distinta, pues la Constitución es más abierta (lo que deja mayor margen a la filosofía política) y el debate ideológico más encendido. Al menos, en Estados Unidos las ideas morales y políticas suelen explicitarse sin complejos (modélico al respecto BARBER, 2003) y esto ya es de agradecer.
231. Escasamente entre nosotros, salvo en BASTIDA FREIJEDO, 2004, pp. 71-76.
232. En general, constata un cierto declive de las teorías de los derechos fundamentales, GOMES CANOTILHO, 2004, p. 66.
233. GOMES CANOTILHO (2004, p. 74) acaba afirmando que no hay una teoría única de los derechos fundamentales, sino que todas las propuestas por BÖCKENFÖRDE son en cierta medida compatibles entre sí.
234. En síntesis, en esto consiste, a nuestro entender, la propuesta metodológica de ZA-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

- a) Concepciones democráticas y concepciones valorativas. Partiendo de una visión estrictamente formal de la democracia (la democracia como procedimiento), los derechos deberían ser interpretados de conformidad con la ley o de conformidad con el sentir mayoritario de los ciudadanos, según se acentúen, respectivamente, el carácter representativo o directo del proceso democrático. Ambas concepciones de la democracia presentan algunos inconvenientes: la primera, por minusvalorar la primacía de la Constitución sobre la ley y presuponer la existencia de unas condiciones (debate público en libertad, servicio de los representantes al interés general) que no se dan en la realidad (disciplina de los grupos parlamentarios, obediencia ciega del partido mayoritario al gobierno que sustenta, opacidad de las decisiones, presión de los grupos de interés)²³⁵; la segunda, porque remite a consideraciones fácticas de difícil demostración (¿cuál es el sentir de los ciudadanos?) que, llevadas a su extremo, eliminarían uno de los rasgos siempre atribuidos a los derechos: su capacidad para defender a las minorías frente a los excesos de las mayorías.

Sin embargo, tampoco la determinación del contenido de los derechos a partir de valores resulta del todo correcta, sobre todo por el subjetivismo (no hay cauces seguros para determinar en qué consisten los valores) y el autoritarismo (la interpretación se realiza al margen del legislador y de la voluntad popular) que conllevan²³⁶. Quizás un adecuado punto medio consista en proponer una interpretación de los derechos conforme a sus valores subyacentes (en última instancia, a los derechos humanos), pero teniendo muy en cuenta las valoraciones implícitas en la voluntad del legislador y de los ciudadanos²³⁷.

- b) Concepciones individualistas y concepciones institucionales. Como hemos afirmado, los derechos son, ante todo, derechos subjetivos de las personas concretas. Ahora bien, esta concepción básicamente

GREBELSKY de una «dogmática fluida», «que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos» (1995, p. 17).

235. Para una breve introducción a estos problemas, p. ej., CASTORIADIS, 2005, pp. 129 y ss., trabajo que todo constitucionalista debería leer.

236. Así, recopilando la literatura y jurisprudencia alemana sobre el escepticismo frente a los valores, tendencia ésta cada vez más clara, KAHL, 2006, pp. 592 y ss. y, en castellano, CRUZ, 2005, pp. 42 y ss. Más específicamente sobre nuestro ámbito, KRINGS, 2003, pp. 164 y ss.

237. En esta misma línea cabe situar las propuestas, a las que ya aludimos (*supra*, III, 1.2), que abogan por una concepción amplia de la democracia, en cuya virtud ésta no sólo no se opone sino que refuerza la exigibilidad de los DFSP; p. ej., FABRE, 1999, pp. 110 y ss. y, sobre todo, BURCHILL, 2007, pp. 361 y ss.

individualista de los derechos no puede presentarse como absoluta (*supra*, 4.2.2). En algunas circunstancias, los intereses colectivos deben tenerse en cuenta, también, en la determinación del contenido de los derechos²³⁸ y, sobre todo, en las restantes fases del proceso interpretativo. Corresponde al mérito de Peter HÄBERLE, máximo representante de la llamada teoría institucional de los derechos, el haber puesto de manifiesto estos extremos²³⁹. Sus tesis, sin embargo, no pueden considerarse mayoritarias en la dogmática actual, seguramente por haber descuidado otras perspectivas. Han sido criticadas, entre otras cosas, por acentuar en exceso el papel del legislador y minusvalorar la faceta más genuina de los derechos, que no es otra que la subjetiva²⁴⁰.

- c) Concepciones liberales y concepciones sociales. Los derechos pueden concebirse en el marco de una teoría liberal, en su sentido tradicional, o de una teoría social, que tome en serio el principio constitucional del Estado social y los objetivos de satisfacción de las necesidades básicas de las personas y de igualdad en el disfrute de todos los derechos, del tipo que sean. Como sabemos, prácticamente nadie sostiene hoy que los derechos puedan garantizarse desde la mera abstención de los poderes públicos, resultando preferible una concepción, al menos, moderadamente social, aunque ello imponga límites (mayores o menores, según los casos) a la libertad del legislador y del mercado.

Como se advierte, ninguna de las concepciones citadas de los derechos puede entenderse de modo absoluto. Sin embargo, la equidistancia perfecta suele resultar imposible y muchas veces se impone optar. Quizás lo más correcto sea construir concepciones relativamente abiertas de los derechos, que tiendan a preferir uno de los elementos de la dualidad, sin impedir una cierta entrada del otro, al menos en determinados casos. Por su parte, la pretensión, avalada por el propio BÖCKENFÖRDE, de optar por la teoría de los derechos implícita en el texto a interpretar tiene algo de ilusoria²⁴¹: los textos

238. En este punto conviene traer a colación, por parecernos significativa, una novedosa línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de protección a las colectividades innominadas, p. ej., en materia de «derecho a la verdad». En este caso (la excepción no contradice la regla general) ciertamente cuesta encontrar intereses de personas concretas, pues el derecho protege a toda la sociedad.

239. Sobre todo, HÄBERLE, 2004.

240. No es éste el momento de entrar en la discusión sobre los derechos colectivos, quizás de menor importancia (de momento) para el Derecho constitucional español.

241. Esta misma «ilusión del jurista» aparece bien patente en la más reciente teoría de la interpretación de LINDNER, quien sobre este punto señala: las «ideas preconcebidas materiales [...] han de evitarse» y «no es posible recurrir a las reflexiones teóricas [...], dado que dicha teoría de los derechos fundamentales sólo puede ser el resultado

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

jurídicos no son tratados de teoría constitucional y contienen, como ya hemos advertido, principios heterogéneos e incluso, en cierto modo, contradictorios. No obstante, algunos criterios pueden extraerse de los textos mismos, y siempre resultará preferible apoyar en ellos la concepción defendida.

Llegados a este punto y por considerar que la precompresión ideológica del intérprete influye siempre en las propuestas que formule (y en estas páginas hay mucho de propuesta), nos vemos obligados, por si no hubiera quedado claro todavía, a explicitar algo más nuestros presupuestos, que influyen obviamente en la redacción de los capítulos en los que hemos participado directamente, y ello sin necesidad de formular expresamente una concepción bien desarrollada, pues confesamos que no la tenemos. Nuestra concepción pretende ser, en cuanto a las dualidades antes reseñadas, más valorativa que democrática, más individualista que institucional y más social que liberal. Como resultaría una osadía por nuestra parte insertar aquí unas reflexiones, aunque fueran tangenciales, de filosofía política, nos contentaremos por apoyar nuestra triple opción en el texto constitucional:

- a) Más valorativa que democrática²⁴². Entendiendo la democracia como un proceso, si los derechos se definieran sólo democráticamente (lo que los ciudadanos o sus representantes dicen que son), resultarían fórmulas vacías. Desde su origen, como derechos humanos (en tanto derivados del Derecho natural o, más moderna y correctamente, de la idea de justicia) o como derechos fundamentales (en el constitucionalismo originario), fueron concebidos como límites al poder, inclusive al poder democrático²⁴³. Ciertamente, la Constitución puede

de los procesos de interpretación» (2005, pp. 159-160, cursivas del original). Si las afirmaciones del autor aluden a la necesidad de fundar la *precompresión* en el texto constitucional, coincidimos con él; si se refieren a la eliminación de toda teoría material de los derechos, no las aceptamos, pues (insistimos) aquélla no sólo resulta inevitable (pues está siempre implícita) sino que parece conveniente. Sin teoría no hay (buena) interpretación.

242. Propuestas como las de KAUFMANN (1992) o ELY (1997), que vienen a defender un punto medio entre lo valorativo y lo procedimental, se muestran en la dirección correcta, pero no siempre será fácil, en los casos concretos, lograr una equidistancia como la pretendida. En relación con nuestro tema, la mejor solución que encontramos es la de BARBER (2003, pp. 86 y ss.), quien asume un cierto relativismo moral, fundado en la idea de tolerancia, lo que le lleva a concretar la moral en lo que la gente dice que es moral; como la gente suele pensar que la pobreza es inmoral, así debe entenderse. Téngase en cuenta, no obstante, que en el contexto de la obra de BARBER se trata más bien de un argumento complementario, en réplica de cierre a los críticos del Estado social (que, por cierto, son legión en su país), pues este autor dedica buena parte de su análisis a exponer argumentos morales materiales a favor de los derechos sociales.
243. Sobre los límites del consenso, en este sentido, p. ej., ARA PINILLA, 1990, pp. 81-82 o PRIETO SANCHÍS, 1990, pp. 65 y ss. Últimamente, SALAZAR UGARTE (2006, pp. 91-94)

autodestruirse por voluntad popular (art. 168 CE) pero esa situación resulta políticamente impensable. El fundamento último de la CE está, sin duda ninguna, en la dignidad de la persona (art. 10.1). En la opción entre el autoritarismo (académico) y la táctica del avestruz (remitir la definición de los derechos al proceso democrático) elegimos lo primero²⁴⁴. Existe además otro argumento, más pragmático, que dificulta la remisión al consenso, especialmente en materia de DFSP: la falta de acuerdo claro en muchas cuestiones de política social concreta²⁴⁵. El riesgo de subjetivismo puede mitigarse con una buena argumentación (da igual de quien provenga), construida sobre el diálogo colectivo, en los términos que propondremos más adelante. En resumen: los derechos fundamentales no son lo que la ley dice que son ni lo que la mayoría de los ciudadanos dice que son sino lo que una buena argumentación, basada en valores, que tenga en cuenta las definiciones legales y ciudadana de los derechos y susceptible de discusión racional, dice que son²⁴⁶.

- b) Más individualista que institucional²⁴⁷. Hay un trasfondo personalista en todo el espíritu de la Constitución: las normas se hacen para las personas individuales y las instituciones son medios al servicio de las personas. No podemos compartir las tesis más radicales de la izquierda (sólo los valores colectivos) ni de la derecha (sólo los valores individuales, pero del individuo abstracto), pues al final cualquier menosprecio de la persona, entendida siempre en su contexto (el

adscribe las teorías procedimentales al constitucionalismo débil y las teorías axiológicas al constitucionalismo fuerte, tesis esta última que asumimos, con base en una concepción amplia de las funciones de la Constitución (en relación con nuestro tema, p. ej., DOGLIANI, pp. 696 y ss. y *supra*, I, 3). Todo ello se refuerza desde una concepción no puramente formal de la democracia, entendida en sentido amplio (p. 138), a la que ya hemos hecho referencia (*supra*, III, 1.2).

244. Tenemos bien en cuenta el relato de Cox (1998) sobre el Reino Unido, quien demuestra que la deriva discursiva en materia de derechos sociales, acontecida en los últimos años, se ha traducido en la práctica en un exceso de representación de los intereses clientelares, contradiciendo la concepción originaria del Estado social, basada en la universalidad de las necesidades objetivas.
245. Destaca este punto HEINIG, 2008, pp. 133-134 y 590.
246. Si tenemos en cuenta que los valores, en tanto constitucionalizados, muestran ya un cierto acuerdo social (el pacto constituyente) y que resultan abiertos por definición, esto es, discutibles racionalmente, el riesgo de subjetivismo queda bastante mitigado. *Vid.*, en esta dirección, la propuesta ecléctica de PECES-BARBA, 1984, pp. 105 y ss.
247. El propio HÄBERLE ha ido matizando su teoría institucional, intentando en obras posteriores (2003, esp. pp. 115 y ss.) un equilibrio entre lo individualista y lo institucional. El intento resulta sin duda loable, pero mucho nos tememos que, al final, al menos en los casos difíciles, no habrá más remedio que optar.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

«hombre situado»), conduce al autoritarismo y ya sabemos adónde conduce el autoritarismo.

- c) Más social que liberal. De entrada, conviene advertir que cuando preferimos lo social frente a lo liberal estamos presuponiendo un concepto de lo liberal quizás reduccionista. El liberalismo que se opone a lo social no es, desde luego, el liberalismo moral (lo que más bien llamaríamos individualismo, en la acepción menos peyorativa del término), al menos en sus versiones actuales, sino el liberalismo económico conservador²⁴⁸, que mira con recelo cualquier intervención pública en la economía, aunque la finalidad de ésta, directa o indirecta, sea la justicia social. En su momento demostramos (*supra*, III, 4.1) que este liberalismo contradice claramente los fundamentos de nuestra Constitución económica, y a lo dicho entonces nos remitimos.

Pues bien, a nuestro juicio no hay contradicción entre lo individual y lo social si ambos términos son entendidos en su justa medida. Hay muchos socialismos, unos permitidos por la Constitución y otros no. El llamado socialismo liberal (o quizás, más estrictamente, socialismo republicano) defiende precisamente esta compatibilidad y ésta es la ideología que ha terminado por imponerse, no ya como una opción política posible dentro de la Constitución sino como la opción preferida por la Constitución misma²⁴⁹.

248. Obviamente, este liberalismo resulta no sólo incompatible con los derechos sociales (entre otros muchos, PRIETO SANCHÍS, 1990, pp. 43 y ss.) sino, como ya hemos afirmado, con el sistema de la CE.

249. En esta dirección, suscribimos, hasta cierto punto, la tendencia doctrinal que viene a sostener que los derechos sociales se encuentran hoy al margen de la dicotomía liberalismo (tesis) – socialismo (antítesis), superada en una suerte de síntesis constitucional, trasunto a su vez del consenso constituyente, tal y como viene a reconocer un autor poco sospechoso de conservadurismo (COURTIS, 2009, p. 54). También JUDT (2010, p. 213): «Lo que a mediados del siglo XIX era idealista y, cincuenta años después, un desafío radical, se ha convertido en política cotidiana en muchos Estados liberales». Aunque seguramente BALDASSARRE (1997, pp. 126 y ss.) exagera al negar al socialismo el protagonismo histórico en el reconocimiento de los derechos sociales, lo cierto es que el pensamiento socialista prestó siempre menos atención a los derechos que el pensamiento liberal; sobre ello, la obra de referencia es CAMPBELL, 1983. Aun sin un desarrollo teórico bien depurado, en los albores de la Constitución los autores considerados socialistas intentaron precisamente un equilibrio entre lo individual y lo social, sin renunciar al ideario tradicional del socialismo e incluso reivindicando una corriente del mismo socialismo que históricamente apuntaba en esa dirección; por citar a los autores que tuvieron una cierta influencia en aquellos años, DÍAZ, 1978, esp. pp. 125 y ss., y PECES-BARBA, 1978, pp. 133 y ss. (esp. pp. 161-162) y 2004, esp. pp. 34 y ss. Años después, la tendencia se consolida; p. ej., *Manifiesto del Programa 2000* (1991), esp. pp. 48-49, o últimamente, PARAMIO, 2009, p. 83. Entre los escasos autores que tratan de explicitar su *precomprensión* ideológica, en

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el plano de las teorías de los derechos fundamentales, en esa difícil tierra de nadie entre la filosofía política y la dogmática constitucional, la llamada teoría social²⁵⁰ coincide bien con la concepción que defendemos, al menos si damos por buena la descripción que de dicha teoría realiza GOMES CANOTILHO, en términos que conviene reproducir: «Continúa considerándose, como en la teoría liberal, que la libertad, aunque tenga una dimensión subjetiva, adquiere hoy una dimensión social (*Freiheitsrecht und soziale Zielsetzung*). Por otra parte, muchas veces lo que está en cuestión no es el uso razonable de un derecho fundamental, sino la imposibilidad de que el particular pueda disfrutar de las situaciones de ventaja abstractamente reconocidas por el ordenamiento. De ahí la problemática de los *derechos sociales* que, al contrario de lo que la teoría liberal defendía, no exigen la abstención estatal sino una intervención pública estrictamente necesaria para la realización de estos derechos; la intervención estatal es concebida no como un *límite* sino como un *fin* del Estado. La socialidad [sic] pasa a considerarse como un *elemento constitutivo* de la libertad y no como límite meramente externo de la misma. Pero no [basta] con exigir prestaciones existenciales e imponer al Estado deberes sociales si no se configura la posición de los ciudadanos en el proceso de realización de los derechos como un *status activus processualis* (HÄBERLE). Aquí interviene la tercera dimensión atribuida a los derechos fundamentales: el componente procesal permite a los ciudadanos participar en la [efectividad] de las prestaciones necesarias para el libre desarrollo de su *status activus*»²⁵¹. El modelo descrito por el profesor portugués encaja bien, a nuestro entender, con el diseño de la CE²⁵². La teoría social de los derechos fundamentales

la línea que defendemos, destaca sin duda el también militante socialista GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2004, esp. pp. 493 y ss. Para un contexto más amplio, remitimos a la excelente síntesis de RUIZ MIGUEL (2002, pp. 207 y ss.), donde se concluye: «el siglo XX ha barrido las ilusiones del XIX sobre un socialismo no liberal-democrático, hasta haber reconocido la insistencia de los revisionistas reformistas y fabianos en que "no existe una idea liberal que no pertenezca también al contenido ideal del socialismo" [BERNSTEIN] ni "oposición entre un socialismo correctamente entendido y un legítimo individualismo" [VORLÄNDER]», añadiendo referencias, entre otros, a autores tan fundamentales para el pensamiento constitucional actual como HELLER o ROSSELLI. Sobre este último, BOBBIO, 1991.

250. O quizás mejor sería decir, teoría del Estado social, como prefiere HEINIG, 2008, esp. pp. 361 y ss. En las páginas de su monumental obra encontramos sin duda la mejor exposición de la evolución de esta teoría, en relación con los derechos fundamentales, y una buena defensa de la necesidad de mantener sus componentes esenciales.
251. GOMES CANOTILHO, 2004, p. 70. Las cursivas proceden del original.
252. En la doctrina española, hasta donde hemos visto, únicamente BASTIDA (2004, pp. 75-76) se enfrenta, aunque brevemente, al problema de la asunción de la teoría

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

implicó una relativa novedad en los años setenta del siglo pasado pero sus postulados son hoy algo asumido por la mayoría de la doctrina²⁵³, aunque ésta no lo diga²⁵⁴.

4.4. ¿QUIÉN DETERMINA EL CONTENIDO DE LOS DFSP?

4.4.1. Lineamientos generales

Como ya hemos advertido, la determinación del contenido de los dere-

social por la CE. Tras describir correctamente, en términos similares a CANOTILHO, los postulados de tal teoría, concretados sobre todo en su «intento de superar la diferencia entre libertad formal y libertad real», en su consagración de los derechos de prestación y en su reinterpretación (social) de los demás derechos fundamentales, en el sentido de admitir en ellos (o en alguno de ellos, matizaríamos nosotros) un contenido prestacional, y tras reconocer que estos postulados están presentes en el art. 9.2 CE, este autor se muestra ambiguo en su respuesta, al describir las implicaciones (negativas) de la teoría social sobre el diseño constitucional del poder prefijado en la CE en estos términos: «La garantía judicial de los derechos *puede* desembocar en un control político del Gobierno si se estima que éste vulnera determinados derechos por no destinar suficientes recursos para hacer practicable su ejercicio. Dado que los recursos son escasos y que los derechos sociales proclaman fines, pero no los medios para alcanzar esos fines, *el problema de la interpretación se hace insoluble* y un activismo judicial *puede* trastocar el Estado de Derecho, mutándolo en Estado judicial. El criterio de los tribunales *se sobrepondría* al del legislador y el Gobierno, pues *serían* aquellos los que acabarían por seleccionar las prioridades» (subrayados nuestros, GE), observando que estas cautelas están presentes en el art. 53.3 CE. En estas afirmaciones de BASTIDA observamos una cierta caricaturización de la teoría social, basada quizás en prejuicios intuitivos no demostrados. Evidentemente, cualquier teoría, llevada a su extremo, conduce a resultados inaceptables, y ya hemos demostrado aquí (*supra*, III, 1.2) que la teoría social, entendida en su justa medida, es compatible con nuestra Constitución orgánica y que cabe una interpretación diferente del art. 53.3. Al hilo de nuestras cursivas, podríamos completar nuestras matizaciones a BASTIDA como sigue: no hay problema interpretativo insoluble (aunque la interpretación de los DFSP ciertamente no es fácil) y los argumentos hipotéticos no se han demostrado en la práctica.

253. Es decir, no por toda la doctrina. Nuevamente, en los casos difíciles se pondrán de manifiesto las diferencias entre las concepciones (ideológicas) de los derechos sociales, unas más compatibles que otras con la Constitución. GARCÍA MANRIQUE (2009) destaca bien esta perspectiva, exponiendo con rigor y claridad las concepciones liberal, socioliberal y socialista de los derechos sociales, tomando partido por esta última. Ahora bien, a nuestro juicio resulta claro, como ya se adelantó, que la única de las tres admitida por la CE es la segunda. Seguramente no otorgue la máxima protección posible a los derechos sociales (así, pp. 349-350), pero pretender la práctica desaparición del mercado, que es lo que viene a proponer el autor, es inconstitucional (*supra*, III, 4.1). La tesis de GARCÍA MANRIQUE puede ser acertada en términos de derechos humanos o de filosofía política (no nos pronunciamos sobre ello) pero resulta claro que es incorrecta para la dogmática constitucional, que es el punto de vista de esta obra.
254. Si bien se mira, en las extraordinarias páginas que DE OTTO dedicó al tema de la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chos interesa al conjunto de la sociedad y no sólo a los juristas: en una sociedad democrática (abierta, por tanto, por usar la clásica formulación de POPPER y, en la dogmática constitucional, de HÄBERLE²⁵⁵), el Derecho es una «obra colectiva, sucesiva y concatenada»²⁵⁶ y todos los ciudadanos son potenciales intérpretes de la Constitución. La determinación del contenido de los derechos es una actividad que puede llevar a cabo cualquier persona con un mínimo de preparación (léase, sobre todo, información) y sentido común (léase, sobre todo, aptitud para la imparcialidad). Muchas veces esta tarea es llevada a cabo de un modo inconsciente, poco riguroso y condicionado en exceso por la *precomprensión*: por ejemplo, cuando los ciudadanos concretan sus demandas ante los poderes públicos («el Estado debería establecer la gratuidad de los libros de texto en la etapa obligatoria de la educación») o cuando opinan sobre las medidas adoptadas por los mismos («la política del Ministerio de Sanidad es insuficiente para prevenir el VIH/SIDA»). La formación jurídica no resulta imprescindible para que afirmaciones de esta índole sean realizadas con una cierta coherencia argumentativa. Sin embargo, una mínima preparación cultural de los ciudadanos es necesaria en toda sociedad democrática y los poderes públicos deberían difundir los rasgos básicos de la cultura de los derechos humanos y fundamentales, lo que incluye, al menos, enseñar a razonar en torno a los mismos (*infra*, V, 8).

Con carácter habitual, la determinación del contenido de los derechos fundamentales es llevada a cabo por los juristas, y especialmente por quienes se dedican al cultivo del Derecho constitucional. Tanto la interpretación ciudadana como esta interpretación doctrinal o profesoral de los derechos carecen de efectos jurídicos. En principio, su fuerza no es otra que la propia del valor intrínseco de los argumentos utilizados en favor de una u otra posición. Como corresponde a una sociedad abierta, cada vez debería ser menos importante el peso del argumento de autoridad: las razones cuentan por sí mismas, con independencia de quién las manifieste. En algunas ocasiones, no obstante, la interpretación ciudadana tiene un cierto peso en la práctica, pero esto sucede normalmente en los casos concretos, no al nivel de las fuentes del Derecho, que es la materia que ahora pretendemos abordar. Además, como después veremos, tanto la interpretación ciudadana como la interpretación doctrinal pueden (y aun deben) tener una cierta influencia en la realizada por los poderes públicos²⁵⁷.

«política de derechos fundamentales» en su clásico trabajo de 1988 (pp. 163-170) ya se estaba defendiendo la teoría social, en términos que hoy suscribirían la inmensa mayoría de los constitucionalistas españoles.

255. En castellano se encuentra en HÄBERLE, 2001, pp. 149 y ss., y su lectura resulta recomendable.

256. SANTIAGO, 2010, pp. 135 y ss.

257. Nótese, sin embargo, que no llegamos a afirmar que la interpretación ciudadana

4.4.2. Determinación general por los órganos constitucionales e internacionales

A diferencia de la interpretación ciudadana y de la interpretación doctrinal, la realizada por los poderes públicos resulta jurídicamente vinculante. La forma y efectos de la determinación del contenido de los derechos realizada por los distintos poderes se encuentran en función de sus respectivas competencias y de la posición institucional de cada órgano. Con distintos grados de importancia, buena parte de los resultados de estos procesos interpretativos pueden ser considerados fuentes secundarias de los derechos. Fuente primaria o en sentido estricto de los derechos fundamentales sólo lo es la Constitución (*supra*, III, 1.2 y 1.1).

Veamos seguidamente las fuentes materiales secundarias de determinación de los derechos y las particularidades que presentan en materia de DFSP:

a) En un Estado democrático, el Parlamento es el órgano que cuenta con un mayor grado de legitimación democrática, no sólo por su elección popular sino también por la publicidad de su actuación y por la participación de las minorías en el proceso de toma de decisiones. Siendo esto así, el Parlamento debería desempeñar el papel central en el proceso de determinación del contenido de los derechos fundamentales, también de los DFSP. Ciertamente es que, como órgano de creación y no de aplicación del Derecho, que dicta normas generales al margen de los casos concretos, su función no coin-

sea decisiva (en ningún caso la situamos al nivel de la realizada por los poderes públicos), tan sólo que debe ser tenida en cuenta. Nos hacemos así eco de la crítica de LINDNER a HÄBERLE (e incluso a ALEXY, quien a su vez se inspira en APPEL y HABERMAS), cuando el primero sostiene: «es una obviedad [...] que, naturalmente, todos tenemos algo que decir sobre los derechos fundamentales, cada uno desde nuestro ámbito de interés específico. Sin embargo, de ello no se puede inferir que las ideas preconcebidas de quienes participan en el debate sobre la Constitución sean decisivas para la auténtica interpretación de las disposiciones de derecho fundamental, ya que, de otra manera, se desmoronaría el postulado de la argumentación teórica de los derechos fundamentales, que debe estar libre de prejuicios, dentro de lo posible» (2005, pp. 168-169). En sentido similar, CASCAJO CASTRO (1988, pp. 42-43) advierte del peligro de la eventual falta de «proporción y medida» de las demandas ciudadanas y aboga por su «graduación racional» por el legislador. Aceptamos las intuiciones de ambos autores pero tampoco plenamente, pues LINDNER y CASCAJO parecen presumir que los ciudadanos sólo razonan conforme a sus intereses y de manera algo arbitraria y que el legislador actúa siempre racionalmente, y ambas premisas pueden demostrarse falsas en la realidad. Sea como fuere, parece inevitable un cierto componente utópico de la concepción deliberativa de la democracia, que no acaba de concretarse en propuestas asumibles a corto plazo, ni siquiera en los estudios que la defienden con mayor ardor (para los DFSP, DE SOUZA CRUZ, 2008). Enseguida avanzaremos algunas ideas al respecto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cide con el concepto estricto de interpretación. No cabe olvidar, sin embargo, que la determinación del contenido de los derechos tiene mucho de labor creativa y, desde un concepto amplio de interpretación, también el Parlamento contribuye (con las peculiaridades derivadas de su naturaleza) a esta tarea. Entender lo contrario implicaría potenciar en exceso la importancia de la jurisprudencia constitucional, con el consiguiente riesgo para el principio democrático.

La determinación por el Parlamento del contenido de los derechos es sólo una de las formas posibles de relación entre la ley y los derechos fundamentales. Como sabemos, la mayor parte de los derechos fundamentales (y, por definición, todos los DFSP) exigen actuaciones positivas de los poderes públicos. Estas actuaciones deben ser definidas, ante todo, por el legislador, quien de esta forma contribuye a determinar, de forma directa o indirecta, el contenido de los derechos: respectivamente, por ejemplo, cuando establece cuáles son las prestaciones sanitarias cubiertas por la sanidad pública o las obligaciones administrativas de fomento de la cultura. En el lado opuesto, casi todas las leyes inciden de algún modo sobre los derechos, ofreciendo así una implícita imagen de los mismos. En determinados casos esta incidencia puede ser considerada una intervención, quedando por tanto sujeta al control de su justificación (*infra*, 6).

La determinación legislativa del contenido de los DFSP resulta crucial, pudiendo hablarse aquí de un deber, implícito (en general, arts. 9.1, 53.1 y 3; para figuras concretas, arts. 27.5, 8 y 9; 41, 42, 43.2, 1ª frase, 44.1, 47, 49 y 50)²⁵⁸ o explícito (arts. 27.7, 35.2, 43.2, 2ª frase, y 47)²⁵⁹ de regular. Sobre los mecanismos procesales de exigencia de tal deber volveremos en el lugar sistemático oportuno (*infra*, V, 3.7). Además de que existe una obligación jurídico-constitucional (también jurídico-internacional)²⁶⁰, más o menos fuerte según los casos, de determinación legislativa de los DFSP, esta determinación resulta, en línea de principio, políticamente conveniente, pues aporta mayor legitimidad (el juez constitucional goza de un menor grado de legitimación democrática) y seguridad jurídica (la jurisprudencia constitucional

258. Al margen de estos preceptos, la obligación de legislar en materia de derechos fundamentales deriva del deber de protección de los mismos; por todos, GAVARA DE CARA, 2007, pp. 277 y ss., con amplia jurisprudencia, a la que añadimos, por todas las últimas, la STC 37/2011.

259. Las reservas de ley contenidas en estos preceptos no son sólo prohibiciones a la Administración de regular (con las matizaciones que después se harán) sino también obligaciones del Parlamento de legislar; en general, DE OTTO, 1988, pp. 151 y ss.

260. El Comité DESC ha insistido de manera permanente en que los derechos del PIDESC implican, ante todo, la obligación de regularlos. Con carácter general, p. ej., OG 3, ap. 3.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

carece de la certeza y generalidad de las fórmulas legales) y, casi siempre (su legitimidad constitucional se presume), redundante a favor de la mejor efectividad de los derechos²⁶¹.

La labor legislativa de determinación del contenido de los derechos adquiere distintos grados de intensidad, lo que normalmente depende del tipo de derecho cuyo contenido se determina²⁶². Aunque ya hemos criticado la categoría, de creación jurisprudencial, de los derechos de configuración legal (*supra*, III, 1.2), admitimos que los DFSP suelen caracterizarse (otro *leitmotiv* de la doctrina tradicional) por la mayor libertad (nunca por supuesto absoluta) que abren al legislador. En ocasiones, como tendremos oportunidad de comprobar con el análisis de las figuras específicas de la parte II de esta obra, el contenido de los DFSP se diluye en una selva de disposiciones legales (y, lo que es peor, administrativas) dispersas, lo que merma su eficacia y ejemplifica la menor relevancia que a estos derechos, *como derechos*, a veces atribuyen los poderes públicos.

En otro orden de cosas, debe recordarse que el legislador no crea los derechos fundamentales (recordemos que la ley es fuente secundaria); éstos han sido previamente creados por la Constitución, única fuente primaria de los mismos. Por ello, incluso en las determinaciones directas de su contenido, el legislador no puede cerrar el elenco de las prestaciones posibles, que pueden ser ampliadas (aunque reconocemos que de forma excepcional y con un plus de argumentación) por la Administración y por la jurisprudencia.

En línea con nuestras afirmaciones precedentes sobre la toma en consideración de la determinación ciudadana del contenido de los DFSP, conviene advertir sobre las limitaciones al respecto, derivadas de la configuración actual del procedimiento legislativo, que admite mal la participación (directa, pues la indirecta –pese a la ficción que en gran parte implica– va de suyo) de la sociedad²⁶³. Ahora bien, aun dentro de estas limitaciones, queda un

261. Como demuestra el análisis comparado de LIEBENBERG (2001, esp. p. 84), la regulación constitucional resulta normalmente insuficiente por sí sola para garantizar los derechos sociales. De interés, asimismo, GEARTY y MANTOUVALOU, 2011.

262. La discrecionalidad del legislador en su tarea de determinación del contenido de los DFSP es exigida, en línea de principio, por la práctica unanimidad de la doctrina. La tesis es correcta, siempre que sea entendida en sus justos límites.

263. En general, LARIOS PATERNA, 2003, pp. 153 y ss., y especialmente sobre nuestro ámbito, CANO BUESO, 1997, pp. 647 y ss., quien acertadamente (en términos normativos, no descriptivos del Derecho vigente) concluye: «Sólo la progresiva implicación de los agentes sociales y políticos en la formación del mandato jurídico puede conseguir la suficiente adhesión preventiva y/o el necesario acuerdo en sede parlamentaria en torno a la idoneidad y efectividad de la ley. Si esta implicación de los sujetos sociales y políticos se consigue, cabría afirmar que el procedimiento deviene por sí mismo la fuente de legitimación de la decisión vinculante [BARCELONA]; es decir, cabría hablar de la centralidad del procedimiento como momento de síntesis al que

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cierto margen para que los parlamentarios, con algo de imaginación política, escuchen las demandas de los ciudadanos²⁶⁴. En el Derecho internacional, curiosamente, se han logrado avances mucho más importantes en esta dirección.

b) Como sabemos, por definición, los derechos fundamentales son exigibles directamente y por tanto no requieren (para existir como derechos, p. ej., STC 15/1982) de la intermediación del legislador (*supra*, III, 1.2). De esta forma, siempre podrá el juez garantizar de algún modo los derechos (también los DFSP), aunque para ello deba antes realizar una determinación autónoma de su contenido. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional resulta de trascendental importancia en la determinación del contenido de los derechos, y ello por dos motivos principales: se realiza en el lugar más adecuado para la interpretación, esto es, el caso concreto (entendiéndose como tal, en el sentido amplio del término, también el juicio abstracto de control de normas), y se impone con carácter general a todos los poderes públicos, incluido el legislador; de ahí la habitual afirmación (sin duda incorrecta pero reveladora) de que «los derechos son lo que el Tribunal Constitucional dice que son».

A lo largo de sus sentencias, el «máximo intérprete de la Constitución» puede ir precisando, de forma más o menos coherente (a los tribunales no puede exigírseles la misma coherencia que a la doctrina), el conjunto de prestaciones que conforman el contenido de cada figura, en una suerte de diálogo más constructivo que crítico con el legislador (*infra*, V, 3.7.4). Su indudable relevancia, en todo caso, no puede hacer olvidar que las sentencias configuran un orden fragmentario de los derechos (no se construye libremente un sistema, pues se responde sólo a los recursos que llegan), que también pueden ser objeto de interpretación, que muchas veces su alcance es más limitado de lo que parece (si la sentencia se dictó resolviendo un caso concreto, sus razonamientos podrían no ser válidos para otros casos²⁶⁵) y

se confía la resolución del problema de la legalidad y de la legitimidad mediante la participación institucionalizada de una multiplicidad de sujetos» (p. 658).

264. P. ej., LARIOS PATERNA (2003, pp. 299 y ss.) propone potenciar las audiencias ciudadanas. Para otras propuestas, MARTÍ, 2006, pp. 295-297, trabajo que tiene el mérito de intentar concretar, en este caso dentro de las instituciones, el ideal de la democracia deliberativa.

265. En relación con nuestro tema, GARCÉS SANAGUSTÍN (2000, p. 191) expresa bien esta idea cuando afirma: «uno de los argumentos básicos que inspiran la *ratio decidendi* estriba en el llamado argumento de la universalidad. Su fuerza deriva de que un requisito que ha de cumplirse para que una decisión judicial pueda considerarse justificada es que la regla o principio en que se base pueda universalizarse, y, por tanto, no puede tratarse de un criterio *ad hoc*, válido sólo para esa ocasión, sino de un criterio que se pueda extrapolar a todos los casos iguales o semejantes que pudieran plantearse. Ahora bien, en el supuesto de las prestaciones sociales, no es ni

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

que, por supuesto, no resultan inmunes al debate público ni a la crítica doctrinal y ciudadana. Si sacralizáramos la interpretación de los derechos realizada por el Tribunal Constitucional, como hace buena parte de nuestra doctrina, se impediría toda evolución dogmática y social.

En materia de DFSP, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (esto es, la parte de los razonamientos jurídicos de sus sentencias a la que cabe atribuir carácter normativo) resulta escasa y poco dada a los planteamientos generales; en todo caso, aludiremos a ella en los lugares oportunos. De esta circunstancia (que en parte explica el poco tratamiento de los DFSP en nuestra doctrina constitucional, tan propensa –todavía– a la glosa jurisprudencial) no cabe inferir sin más una concepción del Tribunal Constitucional que los minusvalore; se debe, más que a un perjuicio dogmático consolidado, a la inexistencia de recurso de amparo para la mayor parte de las figuras y a la escasez de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad presentadas²⁶⁶.

Uno de los temas más debatidos (aunque creemos que no tiene tanta importancia en la práctica como suele decirse)²⁶⁷ en materia de derechos

aconsejable ni posible en muchas ocasiones la generalización de una decisión concreta al conjunto de supuestos que genera el sistema». El argumento es válido como precaución frente al valor de la jurisprudencia como fuente pero no para negar (más bien lo contrario) la importancia del papel de los tribunales ordinarios en la determinación concreta del contenido de los DFSP.

266. La escasez de recursos es responsabilidad de la clase política dominante. La escasez de cuestiones es más preocupante, por cuanto trasluce una cierta desmovilización ciudadana. Más adelante (*infra*, V, 6) volveremos sobre esta problemática central.

267. El tema de las relaciones entre legislador y Tribunal Constitucional (que es básicamente el de los límites de éste) es uno de los «clásicos» de la dogmática constitucional y, sobre todo, de la teoría constitucional. Sobre él existe una abundante literatura, que no creemos necesario volver a recorrer ahora. Ya abordamos parcialmente esta materia al responder a las objeciones democráticas y de la separación de poderes a la justiciabilidad de los derechos sociales y volveremos sobre ella al tratar de las garantías de estos derechos ante la jurisdicción constitucional, y a tales páginas (respectivamente, *supra*, I, 1.2 e *infra*, 3.7) remitimos. Como se trata básicamente de una cuestión de moderación, de equilibrio, poco más puede decirse ahora con carácter general, debiendo acudir, para calibrar si las pretendidas moderación y equilibrio se han logrado, al análisis concreto de sentencias que se realizará a lo largo y ancho de las partes II y III de esta obra. Ahora bien, a vista de pájaro, bien puede adelantarse una consideración general de carácter provisional: el temor a un Tribunal Constitucional activista, beligerante para con el legislador (en relación con nuestro tema, sobre todo, CARRILLO, 1999, pp. 67-71), que quizás sí aparece en otros países, como Colombia (de interés, PEMÁN GAVÍN, 2009, pp. 66-73), ha resultado infundado en la realidad española: más bien nos encontramos, en materia de derechos sociales, con un Tribunal timorato, excesivamente plegado a los designios del legislador, «falto de coraje», como le ha calificado uno de nuestros primeros expertos en la materia, a cuento de una reciente y polémica Sentencia (BLANCO VALDÉS, 2010, pp. 17-18).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

sociales es el reparto de funciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional. El problema puede ser sistemáticamente abordado, sobre todo, en dos lugares, muy conectados entre sí: en relación con la determinación del contenido de los DFSP y en relación con las garantías. La primera tarea resulta de hecho excepcional: el legislador es quien normalmente define los derechos y el Tribunal Constitucional sólo rellena las lagunas de la ley y corrige sus excesos o insuficiencias, lo que sucede en escasas ocasiones. La segunda, que es más importante, será abordada después (*infra*, V, 3.7).

c) En algunos casos, la jurisprudencia de los tribunales internacionales (sobre todo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) tiene un valor similar al propio de la jurisprudencia constitucional. En general, es aceptada con creciente intensidad por los tribunales nacionales, en uso del criterio de interpretación conforme al Derecho internacional, al que ya hemos aludido. En nuestro país, además, la doctrina más reciente viene a considerar que esta jurisprudencia tiene naturaleza vinculante²⁶⁸. Igualmente, debe acudir a la doctrina emanada de los órganos internacionales especializados en derechos humanos, que cuenta también con ese carácter vinculante²⁶⁹. Por ejemplo, para los DFSP resulta de gran utilidad acudir a los documentos emanados

268. Para un buen análisis de la discusión, QUERALT JIMÉNEZ, 2008. En las pp. 136-137 concluye: «La jurisprudencia del TEDH, en tanto que desarrollo del propio CEDH sin el cual éste hubiera devenido inaplicable respecto de los preceptos menos claros o detallados y, además, hubiera desaparecido con el paso de los años, goza de su misma obligatoriedad».

269. El carácter vinculante de esa jurisprudencia o doctrina no puede afirmarse con rotundidad (hay argumentos jurídicos a favor y en contra) y al final depende, como todas las cuestiones atinentes al cierre del sistema de fuentes, de su aceptación efectiva por los tribunales nacionales, la cual parece haberse producido en la práctica en relación con el TEDH pero no con el Comité DESC. Sin embargo, y sin perjuicio de las necesarias matizaciones, si admitimos que la jurisprudencia del TEDH es vinculante, no vemos razones de peso para negar la misma vinculación a la doctrina del Comité DESC (últimamente, COURTIS, 2010, p. 800). En ambos casos se trata de órganos independientes, con similar legitimación democrática y similares formas de actuación (los dos incluyen lo más importante, la contradicción), y la vinculación de los tribunales nacionales procede de la ratificación de un tratado, lo que implica aceptar, con todas sus consecuencias, las actuaciones del órgano internacional instituido para vigilar el cumplimiento de dicho tratado: en relación con el CEDS, JIMENA habla de «jurisprudencia» (2007, p. 52) y la doctrina internacional siempre calificó a los procedimientos seguidos ante los Comités (o al menos a parte de ellos) como *cuasijudiciales*. Para un análisis algo más detallado de esta cuestión, ESCOBAR ROCA, en prensa. Sea como fuere, incluso quienes, como O'FLAHERTY (2007, pp. 27 y ss.), más apegados a las tesis tradicionalmente dominantes en la doctrina internacional, defienden la naturaleza no vinculante de estos documentos, acaban reconociéndoles una utilidad en la tarea de determinación del contenido de los derechos sociales.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

d) En el Estado social, cada vez más intervencionista y con mayor protagonismo de la Administración, el realismo obliga a considerar que el legislador no es el único órgano político habilitado para la determinación del contenido de los derechos fundamentales. Especialmente en materia social y económica, el Parlamento se revela en ocasiones como una organización demasiado lenta para la toma de decisiones y sus productos normativos resultan en exceso generales²⁷⁰, haciéndose entonces necesarias, también en materia de derechos fundamentales (y más aún de DFSP), normas intermedias entre la ley y el caso concreto: los reglamentos, esto es, las normas generales dictadas por la Administración y en particular por el Gobierno.

En la tradición liberal, la Administración era considerada el peligro natural para la libertad de los ciudadanos; de ahí que la superioridad jerárquica de la ley sobre el reglamento fuera considerada una garantía insuficiente. El Estado constitucional conoce, al menos desde mediados del siglo XIX, una institución destinada a conjurar el peligro de un poder reglamentario vulnerador de los derechos: la reserva de ley. Ayer como hoy se entiende que hay reserva de ley cuando la Constitución exige, con fórmulas generales (para todos los derechos) o particulares (a favor de determinadas figuras), de mayor (p. ej., «sólo la ley regulará») o menor (p. ej., «mediante ley») contundencia, que sea la ley quien regule una determinada materia.

En la configuración inicial de la institución por la dogmática alemana del Derecho público, el fundamento de la reserva de ley se concreta en la limitación de un poder no democrático (el monarca y su Administración), favoreciendo a uno democrático (el Parlamento) o que se hace pasar por tal (recuérdese que en el Estado liberal de Derecho no hay propiamente democracia). En el Estado democrático actual, donde el Gobierno (no tanto su Administración) cuenta con un amplio grado de legitimación democrática, el fundamento de la reserva de ley no puede ser exactamente el mismo: el fundamento tradicional se mantiene (el Parlamento sigue contando con una legitimación democrática mayor a la propia del Gobierno y sobre todo de su Administración), pero a él se añade otro: el límite al propio Parlamento o, si se quiere, la garantía del Parlamento frente a sí mismo. A la vista del dominio casi total de los partidos políticos por sus órganos dirigentes, se corre el riesgo de que, por razones de comodidad o conveniencia, la mayoría parlamentaria renuncie a regular determinadas materias en beneficio del Gobierno, sustrayéndolas así al debate público y, en general, a las garantías

270. En general, CIRIANO VELA, 2000, esp. pp. 104 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

propias del procedimiento legislativo. En consecuencia, sobre las materias reservadas se prohíbe la deslegalización (esto es, que la ley abra una materia a la potestad reglamentaria, renunciando a regularla) y la habilitación genérica en favor del reglamento. Por todo ello, como ya se ha dicho, las reservas de ley son, además de normas orgánicas (determinan negativamente las competencias de los órganos), normas de mandato (exigen del legislador una actuación determinada).

En el contexto señalado, tiende a imponerse una concepción relativa de la reserva, dirigida a permitir la entrada de la potestad reglamentaria de la Administración, mayor para los DFSP, más dependientes de las posibilidades concretas de actuación del poder ejecutivo. Téngase en cuenta que la Administración no puede actuar sin una previa norma general (legal o reglamentaria) habilitante (principio de vinculación positiva de la Administración a la ley, entendida en sentido material, o principio de juridicidad²⁷¹) pero si mantuviéramos una concepción rigurosa de la reserva, en los casos de silencio del legislador la Administración se vería incapaz de proteger adecuadamente los derechos. En este sentido han de interpretarse (y así sucede en la práctica) las dos reservas generales que nos atañen, la del artículo 53.1 (aplicable a los derechos a la educación y al trabajo) y la del artículo 53.3 (aplicable a los demás DFSP). Nótese, en relación con esta última, que la reserva, literalmente, se refiere tan sólo a la justiciabilidad²⁷², es decir, se trata de una reserva de Derecho procesal, no propiamente de determinación del contenido de los DFSP en sentido estricto. En definitiva, sostenemos la tesis de la reserva relativa en materia de educación y trabajo y la posibilidad de reglamentos independientes para los demás DFSP²⁷³, esto último, obviamente,

271. P. ej., DE OTTO, 1988, pp. 157-160. La cuestión exige sin embargo tres matizaciones importantes: 1) en supuestos excepcionales, la propia CE puede salvar la falta de ley o reglamento (resultaría paradójico que se esgrimiera un principio constitucional formal para eludir el cumplimiento de normas constitucionales materiales); 2) no cabe exigir una absoluta precisión legal o reglamentaria como requisito previo de la actuación administrativa (p ej., las competencias obligatorias de los municipios de la LBRL pueden ser suficientes para obligar a éstos a actuar); 3) por si hubiera duda, en los dos casos anteriores, existe una obligación administrativa (derivada de la CE o de la ley, según los casos) de dictar el reglamento correspondiente.

272. En contra parece VILLACORTA MANCEBO (1994, pp. 150-152), sobreponiendo una concepción muy exigente de la reserva a las previsiones literales de la norma.

273. La tesis de la licitud constitucional del reglamento independiente es sostenida con rigor por BAÑO LEÓN, 1991, esp. pp. 163 y ss., a quien remitimos; en sentido similar y con especial referencia a nuestro ámbito, GARCÉS SANAGUSTÍN, 1996, pp. 69 y ss. Más en concreto, BAÑO concluye, por lo que aquí interesa: «la mayoría de la actividad administrativa prestacional puede ser regulada por el reglamento independiente» (p. 222). En sentido similar, SANTAMARÍA PASTOR (1988, p. 783): «no hay en la CE norma alguna que permita extender [la] reserva a la actividad prestacional o no autoritaria de la Administración».

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

como una solución transitoria en los casos excepcionales de inactividad legislativa, total o parcial, pues no podemos olvidar, como ya se ha dicho, que el primer destinatario del deber de regular los derechos fundamentales es el Parlamento. En estos casos, las cautelas deben extremarse, exigiendo la mayor participación posible en la elaboración de este tipo de reglamentos (*infra*, V, 2)²⁷⁴.

4.4.3. Determinación particular por los tribunales ordinarios

Hasta aquí hemos aludido a las normas generales de determinación del contenido de los derechos o fuentes secundarias de los mismos. En los casos concretos (esto es, en el ámbito natural del proceso interpretativo, que es la aplicación del Derecho o, en nuestro caso, el cumplimiento de los DFSP²⁷⁵), casi siempre estas normas generales resultarán insuficientes²⁷⁶. La Administración y, sobre todo, los tribunales ordinarios, deberán entonces precisar con más detalle el contenido de los derechos, determinación ésta que resulta necesaria no sólo cuando la ley no dé respuesta clara al conflicto planteado, sino también cuando omita toda regulación. En principio, la determinación judicial del contenido de un derecho sólo tendrá eficacia entre las partes. Si

-
274. Ésta es, nos parece, la idea que sostiene HÄBERLE (2002, pp. 198-199) cuando defiende, a cuento precisamente de los derechos sociales, que, más que en la reserva de ley, debemos pensar en la reserva de procedimiento, en el sentido de abierto a la participación. En sentido similar parece pronunciarse GÓMEZ PUENTE (2002, pp. 331 y ss.), quien aunque se muestra muy reticente a la admisión del reglamento independiente, acaba reconociéndole un cierto margen, en cuyo caso el autor entiende que deben extremarse las garantías de participación (p. 335).
275. Aclaremos que los DFSP se cumplen, sobre todo, con el otorgamiento por la Administración de las prestaciones asociadas a los mismos, lo que puede realizarse a través de actos administrativos o de actos materiales. Para más precisiones, *infra*, 6.2 y 6.3 y V, 3.3.
276. Destaca este punto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, esp. pp. 102-103. La idea de determinación última, en sede judicial, de las obligaciones de atención a las necesidades es al menos tan antigua como la idea misma de equidad: NOVOA, 1930, p. 155. A cuento de la teoría de las capacidades de SEN, ARANGO (2001) sintetiza bien la cuestión: «en la determinación del contenido definitivo de un derecho social fundamental se tiene en cuenta siempre su importancia relativa según la situación concreta de la persona [...]». Lo importante con el concepto de capacidades de SEN es que nos sensibiliza frente a la particularidad de la persona en el proceso de interpretar y aplicar la Constitución». Ahora bien, la propuesta de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (y, en la misma línea, la de GARCÉS SANAGUSTÍN, 1996, pp. 34-35) debe ser examinada con cautela, so pena de subvertir nuestro sistema de fuentes, que sigue otorgando centralidad a la ley. De aceptarse plenamente el planteamiento de GARCÉS en este punto (quien llega a afirmar que «son las categorías jurídicas las que deben adaptarse a la realidad sobrevenida y no a la inversa») se pondrían en riesgo los valores que justifican la inferioridad del reglamento sobre la ley, que son, no se olvide, valores constitucionales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

esto es así (los tribunales ordinarios no definen los DFSP con alcance general²⁷⁷), el temor (excesivo) de la doctrina tradicional a admitir la justiciabilidad de los derechos sociales se diluye bastante²⁷⁸. En circunstancias extraordinarias y excepcionales²⁷⁹ (y en esto insisten los partidarios de la justiciabilidad²⁸⁰, entre los que, como es sabido, nos encontramos) y en casos concretos (el ámbito natural, insistimos, de actuación de la Justicia), los tribunales pueden (y deben²⁸¹) aplicar directamente la CE, pues los derechos fundamentales, por definición, son originarios. Ello exige una determinación autónoma del contenido de un DFSP específico, operación que además deberá salvar, en algunos casos, el problema que plantea el principio de legalidad de la Administración (*infra*, V, 3.3). De esta forma, se demuestra la tesis, ya sostenida (*supra*, III, 1), de que sólo hay una categoría de derechos fundamentales y que la lectura mayoritaria del artículo 53.3 CE es incorrecta. Ahora bien (y nuevamente el aserto contribuye a diluir el aludido temor de la doctrina tradicional), esa determinación autónoma sólo cabe en ausencia de ley (derechos fundamentales *extra legem*), situación poco probable, a los 33 años de desarrollo constitucional. Si la ley ya se pronunció y no cabe interpretarla (obvio es decir, dentro de los criterios de interpretación jurídica, que ya conocemos²⁸², y de las pautas habituales de la argumentación

277. Consideramos (y no es éste el momento de desarrollar la tesis ni de introducir sobre ella las necesarias matizaciones) que a la vista del art. 117.1 CE («únicamente al imperio de la Ley») en rigor la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es fuente de Derecho.
278. Un buen conocedor de la jurisprudencia comparada concluye, y con él, como casi siempre, coincidimos: «el riesgo del gobierno de los jueces en esta materia es remoto» (COURTIS, 2009, p. 48). Para deshacer mejor los temores, LANGFORD, 2008 y COURTIS, 2010.
279. Extraordinarias y excepcionales, en un doble sentido: descriptivo (es poco frecuente el caso de DFSP no regulados legalmente) y normativo (el juez debe adoptar una cierta deferencia hacia el legislador, y aplicar directamente la CE sólo en casos claros; p. ej., GARCÉS SANAGUSTÍN, 1996, pp. 109-110).
280. Incluso un autor tan ponderado y conservador (aunque quizás no tanto para su país) como HEINIG (2008, p. 591) acaba reconociendo que «en caso de emergencia extrema [*äußersten Notfall*], es decir, cuando la protección jurídica que se ofrece no ha funcionado de manera efectiva, el tercer poder tiene la facultad jurídica funcional de otorgar al individuo prestaciones concretas *basándose en la Constitución*» (cursivas nuestras, GE). Aun así, nuestra propuesta iría algo más lejos (y el matiz es importante): basta con que estemos ante el supuesto de hecho de un DFSP (una necesidad básica desatendida, conectada con una de las nueve figuras de DFSP) para que los jueces *deban* otorgar protección.
281. No sólo lo exige nuestro sistema constitucional; también un modelo de juez adecuado a las necesidades de justicia de nuestra época, como ha destacado entre nosotros, sobre todo, ANDRÉS IBÁÑEZ (p. ej., 2006, pp. 149 y ss.). Para una perspectiva más general, por todos, valga el clásico libro de BACHOF, 1987, esp. pp. 54-55.
282. La frontera entre política y Derecho es inevitablemente difusa (aunque menos de lo que se dice, sobre todo ahora, cuando los derechos sociales van consolidándose

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

jurídica²⁸³ y ayudándose en su caso –adelantemos– de los modelos de control que expondremos *infra*, 6) de manera conforme a los DFSP (derechos fundamentales *secundum* y *praeter legem*), lo que por otra parte exige el precitado artículo 53.3, nos encontraríamos ante un derecho fundamental *contra legem*, y en ese caso el juez deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad²⁸⁴.

Llegados a este punto, conviene detenerse en un aspecto importante de la relación entre ley y tribunales, a cuento de los DFSP *praeter legem* y del mandato del artículo 53.3 (se refiere al capítulo III pero la obligación vale para todos los derechos fundamentales: p. ej., STC 19/1982, FJ 7) de interpretación judicial de la ley («informarán [...] la práctica judicial») de conformidad con los DFSP o *secundum constitutionem*. Las leyes reguladoras de DFSP no siempre son claras a la hora de configurar derechos subjetivos. Cuando lo hacen expresamente, utilizando la palabra «derecho» (p. ej., art. 6.3 LODE, introducido por la LOE, o art. 4 LCC), la tarea del juez se limita a concretar mejor, en cada caso particular, las prestaciones correspondientes, pues lo normal será que la sola letra de la ley resulte insuficiente. Esto no parece discutible, pues es simple ejercicio de la potestad jurisdiccional de interpretación de la ley. El problema se plantea cuando la ley establece más bien obligaciones administrativas, del tipo, por ejemplo, de las siguientes: «Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria [...] puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado» (art. 71.2 LOE); o la atención de urgencia «se dispensará [por el SNS] tanto en centros sanitarios como fuera de ellos, incluyendo el domicilio del paciente, durante las 24 horas del día, mediante la atención médica y de enfermería» (art. 15 LCC). En estos casos (sin duda,

jurídicamente) y poco más puede decirse con carácter general, debiéndonos remitir a las soluciones para los supuestos concretos. Téngase en cuenta, en todo caso, que de lo que primariamente estamos hablando aquí es de DFSP, no de mandatos a los poderes públicos, y en materia de derechos, por definición, el aspecto jurídico-obligacional es más claro, y ello pese al componente de fin que sigue caracterizando a buena parte de su contenido (*supra*, IV, 2.1). Sobre las posibilidades de justiciabilidad dependiendo del carácter de las obligaciones, resulta ilustrativo acudir a CRUZ PARCERO, 2007, pp. 96-99.

283. Conviene destacar, como nuevo antídoto frente al consabido temor, que juzgar (y en esto consiste sobre todo la labor de los tribunales, art. 117.3 CE) no es sólo aplicar el Derecho conforme a unas reglas sino también motivar razonadamente las decisiones (art. 120.3 CE), obligación ésta que asimismo ayuda a evitar el gobierno de los jueces; de interés, últimamente, PÉREZ LUÑO, 2010, pp. 73 y ss.
284. Tomamos las expresiones latinas de JIMÉNEZ CAMPO (1996, pp. 466 y ss.). Con ellas y con la interpretación del Derecho procesal que defendemos, creemos haber nuevamente demostrado que los DFSP son igual de fundamentales que los demás.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el contenido obligacional está mejor determinado en el segundo ejemplo, y eso tiene trascendencia, como se verá) la ley no habla expresamente de derechos subjetivos. ¿Quiere ello decir que las referidas obligaciones de la Administración no pueden ser exigidas? ¿En qué medida las actuaciones que la Administración (según la ley) debe acometer resultan justiciables? Nos permitimos adelantar un intento de respuesta: pueden ser exigidas aquellas actuaciones que, guardando relación con la finalidad perseguida por figuras concretas de DFSP, redundan directamente en el logro de dicha finalidad.

Estamos ante un tema también de Derecho administrativo, no sólo de Derecho constitucional, y la cuestión es tan vieja, al menos, como el Derecho administrativo contemporáneo y se encuentra en el centro mismo de su significado. Hace ya bastantes años, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, se encaró de frente con el tema con claridad y contundencia y no seremos nosotros quienes tratemos de enfrentarnos al viejo maestro, pero sí nos gustaría matizar o ampliar su propuesta central, desde una relectura constitucional de la misma²⁸⁵. Decía GARCÍA DE ENTERRÍA que los ciudadanos (él no se plantea que haya otras formas de exigibilidad, que sin duda las hay) pueden exigir el cumplimiento de las normas administrativas en dos supuestos: «1) Cuando [el administrado] ostenta pretensiones activas frente a la Administración para la consecución de prestaciones patrimoniales, o de respeto de titularidades jurídico-reales, o de vinculación a actos procedentes de la propia Administración o de respeto a una esfera de libertad formalmente definida [...]; podemos llamar a estos derechos subjetivos derechos típicos (por su identidad con los derechos clásicos del Derecho privado) o activos. 2) Cuando [el administrado] ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses; a estos derechos subjetivos podemos llamar reaccionales o impugnatorios»²⁸⁶.

El primer caso parece referirse a normas que establecen con claridad (léase: que literalmente emplean la palabra «derecho») derechos²⁸⁷, algo

285. Esta perspectiva es la que echamos en falta en las posiciones de algunos administrativistas, que, seguramente por apegarse a la interpretación tradicional del art. 53.3 CE, vienen a afirmar que sólo hay derechos subjetivos (aunque guarden relación con DFSP) si la ley expresamente los reconoce; p. ej., GARCÉS SANAGUSTÍN, 1996, pp. 76 y 162 o TORNOS MAS, 2005, pp. 375-378.

286. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, p. 53.

287. Dice páginas antes el propio GARCÍA DE ENTERRÍA, definiendo el derecho subjetivo: la «figura se edifica sobre el reconocimiento por el Derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

cada vez más frecuente en materia social²⁸⁸, pero todavía no del todo extendido²⁸⁹, quizás por influencia de nuestra tradición preconstitucional, que concebía la actividad prestadora de la Administración más en términos de potestades discrecionales (cuando no de liberalidades graciabiles, *supra*, I, 3) que de reconocimiento de derechos propiamente dichos. El segundo caso está pensando claramente en los derechos de defensa, que ahora nos interesan menos. Fuera de ambos casos queda precisamente el amplio sector del Derecho administrativo que conecta con el núcleo de los DFSP²⁹⁰: obligaciones administrativas de prestación no expresamente previstas como derechos subjetivos. Que puedan ser exigidas es algo crucial para la efectividad de los DFSP. Vale de nuevo el argumento consecuencialista de GARCÍA DE ENTERRÍA: «si los ciudadanos no pudiesen imponer a la Administración la observancia de las Leyes, éstas carecerían de verdadera eficacia frente a la Administración, serían meras admoniciones morales o de buena conducta deseable, no verdaderas normas vinculantes para ella»²⁹¹.

Pues bien, es ahora el momento de tomarse realmente en serio el deber («informará» –art. 53.3 CE– es una fórmula evidentemente imperativa) de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, que nadie discute. En esta dirección, nos atrevemos a ampliar la tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA a un tercer supuesto, que sería el siguiente: cuando, pese a no reconocer expresamente derechos subjetivos, la ley fije, con relativa claridad y precisión, obligaciones de actuar (prestaciones en sentido amplio) de la Administración que sirvan de manera directa a la finalidad pretendida por un DFSP concreto, tales obligaciones resultan justiciables.

obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición» (p. 34). La cuestión está en saber cómo debe producirse dicho reconocimiento y en concreto si puede darse un reconocimiento implícito. El análisis de la interpretación más común parece llevar a la conclusión de que el reconocimiento ha de ser expreso, pero lo cierto es que también esta tradición puede resultar discutible, y excepciones a la regla sin duda las hay. Véase, p. ej., la STC 140/2002, sobre el uso de ordenadores en centros penitenciarios, donde no se duda en adscribir una mera norma reglamentaria de organización, sin relación aparente con derechos subjetivos, nada menos que al derecho fundamental del art. 27 CE.

288. Sin duda, en los ámbitos de la educación (p. ej., art. 1 LODE) y de la salud (p. ej., art. 1 LGS). Últimamente, también en el ámbito de la dependencia: dice el art. 1.1 LD: «La presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del *derecho subjetivo* de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia».

289. P. ej., en los ámbitos de la vivienda, la cultura y el medio ambiente.

290. Quizás tenga razón RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007) cuando afirma al respecto que existe una laguna importante en la dogmática dominante del Derecho administrativo.

291. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, p. 37.

Sin duda, como ya adelantamos en otros lugares²⁹², en línea con la mejor doctrina alemana²⁹³, la cuestión de la exigibilidad individual de las obligaciones positivas de la Administración legalmente previstas habrá de resolverse caso a caso. En los ejemplos citados de los artículos 71.2 LOE y 15 LCC creemos que su justiciabilidad está suficientemente justificada. Otra cosa es, como ya hemos adelantado, con cita de CRUZ PARCERO, que la determinación legal de la obligación deje mayor o menor margen al juez: si la ley es imprecisa (así, al señalar el fin de «alcanzar el máximo desarrollo posible» de las capacidades de un alumno), se impone una cierta deferencia, un cierto respeto a la discrecionalidad administrativa en su aplicación²⁹⁴.

4.4.4. Consideraciones finales

Como se advierte, la determinación del contenido de los derechos es una actividad colectiva que, considerada en su conjunto, ofrece la imagen de un diálogo constructivo entre una pluralidad de sujetos²⁹⁵: los ciudadanos, los profesores, los jueces (nacionales e internacionales), el Parlamento y la Administración. Es preciso destacar de nuevo la diferencia entre las determinaciones generales (la jurisprudencia, la ley, el reglamento) y particulares (la sentencia, el acto administrativo), por un lado, y entre las determinaciones jurídicamente irrelevantes y las dotadas de efectos vinculantes, por otro. Cada una ocupa su lugar y todas resultan complementarias. Lo importante, al final, es exigir un mínimo nivel de argumentación en unas y otras determinaciones y mantener la respectiva comunicación entre ellas: en una sociedad democrática, los poderes públicos deben tener en cuenta las aspiraciones de los ciuda-

292. Sugiriendo una relectura iusfundamental del Derecho ambiental, en ESCOBAR ROCA, 2001, p. 570 y 2008, p. 168.

293. El planteamiento constitucional es en sustancia el mismo al propio del Derecho administrativo, aunque ambos discurran de forma curiosamente paralela. *Vid.* p. ej., y por citar tan sólo a dos de los más reputados constitucionalistas, nada sospechosos por cierto de izquierdismo, con amplia bibliografía, BÖCKENFÖRDE, 1993, pp. 120 y ss. o STERN, 1988, pp. 978 y ss. Entre la escasa doctrina española, ALÁEZ CORRAL, 2004, p. 188: «algo que debe determinarse de forma específica en la interpretación constitucionalmente adecuada de cada uno [de los derechos fundamentales]».

294. Si bien se mira, en los ejemplos citados (y más adelante volveremos sobre ello, *infra*, 6.2 y V, 3.5), la discrecionalidad se mueve, más que en la interpretación del Derecho, en la valoración de los hechos (y aquí también se aplica la doctrina de la discrecionalidad): determinar si un alumno tiene o no necesidades educativas especiales o si un enfermo requiere o no una atención sanitaria urgente.

295. Obviamente, la tesis es más normativa que descriptiva, como queda bien patente en la apuesta por un «nuevo paradigma constitucional», basado en el diálogo entre instituciones (nosotros iríamos más lejos), que se trasluce en el muy relevante trabajo de GONZÁLEZ PASCUAL, 2010. En relación con nuestro tema, p. ej., LIEBENBERG, 2001, p. 57 y, sobre todo, SCOTT y NEDELSKY, 1992, pp. 59 y ss.

danos, pero éstos no pueden imponer a las instituciones sus intereses particulares; en un Estado de Derecho, el Parlamento debe tener en cuenta las aportaciones de la jurisprudencia (y ésta, a su vez, las de la dogmática), pero los tribunales sólo de forma excepcional pueden suplir la decisión mayoritaria plasmada en la ley²⁹⁶; en un Estado social el legislador carece materialmente de la posibilidad de atender de forma inmediata todas las demandas sociales, pero la Administración ha de respetar la competencia natural de determinación del contenido de los derechos, que dentro del Estado corresponde primariamente al Parlamento.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. ¿Universalidad «versus» necesidad?

Los titulares (también llamados sujetos activos o beneficiarios) de los derechos fundamentales son aquellas personas o grupos en cuyo interés o beneficio los derechos se reconocen²⁹⁷. En principio, son titulares de los derechos humanos todas las personas físicas, por su condición de tales (derechos humanos como derechos morales, dignidad «de la persona»), y así se refleja en el Derecho internacional: la DUDH se refiere habitualmente a «toda persona», a «todo individuo» o a «nadie» e, igualmente, el PIDESC alude siempre a «toda persona». Así entendidos, los derechos son universales, pues pertenecen a todos los seres humanos por igual y sin excepción, tal y como recogían, al menos sobre el papel, las primeras declaraciones de dere-

296. Entre las aportaciones recientes, la crítica más construida al activismo judicial es seguramente la de WALDRON (2005), una obra fundamental en cuya discusión no podemos ahora detenernos, si bien podemos adelantar que nos sigue pareciendo apegada a una visión demasiado ideal de la democracia.

297. Conviene distinguir entre titularidad y conceptos afines. La teoría iusprivatista del derecho subjetivo diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar o, en términos equivalentes, entre titularidad y ejercicio de los derechos. A nuestro juicio, estas dualidades aclaran poco sobre nuestro tema: quienes tienen capacidad jurídica y no capacidad de obrar sólo son titulares en potencia de los derechos, lo que resulta jurídicamente irrelevante; por otra parte, carece de mucho sentido (salvo para argumentar a favor de la tesis de la universalidad, como ahora veremos) afirmar que alguien tiene un derecho pero que no puede ejercerlo. De mayor utilidad e importancia resulta la distinción entre titularidad y legitimación. Legitimación es la capacidad para solicitar directamente la protección judicial de los derechos. Por lo general, es el propio afectado quien está legitimado para la defensa de sus derechos, pero en algunas ocasiones (p. ej., en el caso de los menores o de los colectivos sin personalidad jurídica) otras personas han de realizar esta tarea en su nombre (legitimación por sustitución). Sobre nuestro tema, *infra*, V, 2.1.1.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chos, por influencia del iusnaturalismo racionalista. Sin embargo, aun desde la perspectiva de los derechos humanos, hay especialidades (derechos que, por definición, no son de todos), que nos llevan a pensar que no se trata de un principio absoluto. La concepción socialista de los derechos puso de manifiesto la ideología subyacente a la clásica concepción liberal, la cual, con la excusa de construir una imagen abstracta e intemporal (universal) del individuo, cerró los ojos a la injusticia y a la transformación social. Por ello, la evolución de los derechos, especialmente a lo largo del siglo XX, muestra la presencia de figuras atribuidas sólo a grupos específicos (el llamado proceso de especificación²⁹⁸), casi siempre en situación de desventaja. El primer ejemplo histórico es la libertad sindical, de la que sólo son titulares los trabajadores, lo que se explica por la necesidad de favorecer de forma especial a un colectivo considerado entonces (y aun hoy) debilitado. Actualmente una argumentación similar podría utilizarse, por ejemplo, en relación con los derechos de las mujeres, los menores, las personas con discapacidad o las minorías culturales cuyas tradiciones deben ser preservadas. En esta dirección, el artículo 25.2 DUDH señala que «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales» y, ya en nuestro ámbito, el PIDESC reconoce derechos especiales a los sindicatos [art. 8.1.b) y c)], implícitamente sólo a los trabajadores [art. 8.1.d)] y mandatos de protección (no explícitamente derechos), sólo a favor de las mujeres (art. 10.2) y de los niños (art. 10.3).

La universalidad de los derechos humanos, que en la Filosofía moral y en el Derecho internacional se entiende en términos amplios, donde las excepciones o son excepciones o no autorizan a modificar la esencia del principio²⁹⁹, encuentra dificultades en el ámbito del Derecho constitucional, donde a las excepciones aludidas se suma otra importante, esta vez en un sentido no ampliatorio sino reductor: la exclusión de la titularidad de determinados derechos fundamentales a los extranjeros. Siendo esto así (la dogmática se apoya en el Derecho positivo y éste dice lo que dice), la universalidad

298. P. ej., BOBBIO (1991, pp. 97 y ss.) o PECES-BARBA (1995, pp. 180 y ss.). La perspectiva ideológica es oportunamente destacada en el reciente trabajo de BARRANCO AVILÉS, 2011.

299. Suele considerarse que las formas de atribución particular de derechos que hemos referido resultan compatibles con el principio de universalidad siempre que éste sea entendido, como resulta razonable, en sentido relativo: cada figura pertenece a todas las personas que se encuentren en una determinada situación, pero no a las que no se encuentren en ella. P. ej., todos los trabajadores sin excepción son titulares de los derechos específicos de los trabajadores. En esta dirección, algunos autores proponen referir la universalidad de los derechos humanos no a sus titulares sino a su contenido. Entre la amplia bibliografía, por todos, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2004, pp. 348-350.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

dad se convierte más en un principio orientador que en un principio indiscutido que quepa extraer del ordenamiento, frente a lo que más bien sucedía en el Derecho internacional. Este contraste entre los derechos humanos (por definición y con las matizaciones señaladas, universales), por un lado, y los derechos fundamentales (limitados, en muchos casos, a los nacionales), por otro, podría entonces salvarse en parte mediante la configuración de un criterio interpretativo, derivado, bien de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), bien del Derecho internacional de los derechos humanos (art. 10.2 CE) que rezaría como sigue: el principio de dignidad remite indudablemente a la sustancial identidad entre todos los seres humanos y los textos internacionales no distinguen (en la materia que aquí interesa³⁰⁰) entre nacionales y extranjeros. Los derechos humanos se mostrarían así en su principal función: servir de norte para la interpretación del Derecho positivo. En el apartado siguiente volveremos sobre la temática de los extranjeros.

Regresando a la reflexión filosófica, la titularidad no estrictamente universal de los derechos (humanos o fundamentales, tanto da) siempre se justificó precisamente desde la idea de necesidad: las necesidades, aunque son objetivas, no se padecen ni en todo momento (aparecen y desaparecen en la vida de las personas) ni por igual (unos tienen más necesidades que otros) ni por todas las personas (unos tienen necesidades y otros no), es decir, por lo general dependen de cada individuo y de su contexto; de ahí la clásica caracterización de los derechos sociales como derechos «del hombre situado», en corrección socialista a la construcción liberal originaria. Siendo esto así y yendo ya directamente a nuestro objeto de estudio, de los DFSP serían titulares, en principio, todas las personas que se encuentren en la situación concreta de necesidad que conforma el objeto de cada figura, no quienes carezcan de dicha necesidad³⁰¹. Según el planteamiento ya referido, los DFSP serían universales, y ello en un doble sentido: en abstracto *cualquiera* podría encontrarse en una situación concreta de necesidad y *todos* los que padezcan una necesidad concreta son titulares del DFSP³⁰². No hay privilegio alguno al conferir la titularidad de un derecho a unas personas y no a otras sino mera adecuación de la titularidad a la naturaleza de los DFSP.

300. Excepcionalmente, en algunos instrumentos menores, a veces se distingue entre extranjeros en situación legal e ilegal.

301. En cierto modo, podría realizarse un planteamiento similar para los derechos de defensa: los derechos reaccionales son de todos pero actúan cuando un tercero afecta a los ámbitos vitales correspondientes, y no antes; los derechos de libertad son de todos pero aparecen cuando alguien libremente decide, p. ej., expresarse, reunirse o asociarse.

302. Este planteamiento es ya mayoritario en la doctrina que se ocupa del tema; p. ej., GARCÍA MANRIQUE, 2004, pp. 45-54 o AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, pp. 64-65.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Desde la perspectiva de la titularidad y a la vista de la determinación del contenido de cada figura, encontramos tres tipos de necesidades y por tanto tres formas de atribución de titularidad de DFSP:

- a) Necesidades permanentes, que corresponden a toda persona en toda circunstancia y en todo momento, como la educación y la cultura. Ciertamente, unas personas tienen más necesidad de educación y de cultura que otras, y así lo recoge en algún caso la propia CE, en relación respectivamente con los menores (art. 27.4) y con la tercera edad (art. 50), pero puede considerarse que toda persona, objetivamente (aunque no quiera reconocerlo así), a lo largo de toda su vida, tiene necesidad de aprender y conocer. El aprendizaje y el conocimiento no tienen límites.
- b) Necesidades por lo general coyunturales, que corresponden (potencialmente) a todas las personas pero que sólo adquieren significado jurídico cuando éstas se encuentren en un determinado momento de su vida (niñez) o en una determinada situación fisiológica o psicológica. Esto último sucede en relación con los derechos a la salud y a la autonomía de las personas con discapacidad. En un momento dado de su vida (excepcionalmente desde el nacimiento, para determinadas enfermedades o formas de discapacidad), toda persona (sin excepción) se encontrará en situación de enfermedad y muchas personas llegarán a encontrarse algún día en situación de discapacidad.
- c) Necesidades que sólo afectan a quienes carecen de medios económicos suficientes. Los DFSP correspondientes serían los menos universales de todos, configurándose más como derechos de los pobres que como derechos de los ciudadanos. El rico no necesita que el Estado le suministre una vivienda, pues ya la tiene (a veces, incluso tiene varias). Igualmente, el rico no necesita, mientras lo sea, un salario mínimo de inserción (prestación básica, como veremos, del derecho al mínimo vital) o acceder a servicios sociales, ni en principio tampoco tendría derecho a la Seguridad Social, pues según la CE, el sistema público sólo garantiza prestaciones «ante situaciones de necesidad». Desde luego, esto último es más discutible y el legislador va mucho más allá de la literalidad de la norma, al otorgar buena parte de las prestaciones de Seguridad Social a todas las personas, sean ricas o pobres. Nuevamente, comprobamos que la carga utópica y transformadora de la CE (y de las concepciones más avanzadas de los derechos sociales) trasciende su estricta vinculación jurídica.

A la vista de lo anterior, el principio de universalidad podría seguir en

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

pie: cualquiera (también los ricos), potencialmente, podría ser pobre. Por ejemplo, toda persona (como dicen los arts. 25.1 DUDH y 11.1 PIDESC) podría exigir una vivienda si, en un momento dado, pierde la que tiene y por tanto la necesita. La necesidad objetiva de vivienda es universal pero la necesidad, histórica, real y concreta de vivienda puede no serlo. Para no caer en la ya criticada dualidad capacidad jurídica-capacidad de obrar, conviene llamar a las cosas por su nombre y adscribir la titularidad de los DFSP sólo a quienes se encuentran fácticamente en una situación de necesidad. Tampoco los reclusos tienen derecho a la libertad (mientras dura la condena) y no por ello decimos que el derecho a la libertad no es universal.

La clasificación de los DFSP en razón de la titularidad que hemos propuesto se deduce de la legislación vigente, no de la CE, y restringe a veces la titularidad de los DFSP donde la CE no lo hace (expresamente), por lo que cabría la duda de si dicha restricción es constitucional. La exclusión de los no enfermos del derecho a la salud o de los no dependientes del derecho a la protección de la dependencia deriva sin más del contenido del derecho. La exclusión de los ricos del derecho al mínimo vital o a los servicios sociales, a nuestro juicio, también. La principal duda se produce en el derecho a la vivienda. Como veremos, la faceta prestacional de este derecho se traduce sobre todo en el acceso a ayudas para la compra o el alquiler o en el alojamiento en situaciones de emergencia (*infra*, XI, 4.3). Está claro que quien tiene dinero ni necesita ayudas ni puede encontrarse en una situación de emergencia.

En síntesis de lo expuesto hasta ahora: todas las personas son titulares potenciales de los DFSP pero sólo son titulares actuales (titulares en sentido estricto) cuando se encuentran en la situación de necesidad que conforma el objeto de cada figura concreta de DFSP. Un problema próximo y entrecruzado con lo anterior es analizar si los ricos tienen menos DFSP que los demás. En los derechos del tipo c) hemos visto que así es y hemos argumentado por qué. Quedaría por demostrar ahora, en sentido inverso, por qué los ricos son también titulares de los derechos del tipo a) y b), pues hay quien lo discute³⁰³ y, de hecho, la exclusión es moneda común en muchos países del mundo (sin que quepan ahora las necesarias matizaciones), y singularmente,

303. PECES-BARBA (1995, p. 319) afirma: «Éstos derechos que satisfacen necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por sí mismos, y que comprometen fondos públicos y una acción positiva de los poderes públicos, como derechos de crédito, se sitúan claramente [...] en el ámbito de los derechos específicos, de las personas situadas. Es por consiguiente un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacer por sí mismas esas necesidades, *por tener una capacidad económica suficiente*» (cursivas nuestras, GE).

nada menos que en los Estados Unidos, país poco sospechoso de aversión al constitucionalismo. Desde luego, en términos de necesidad, atribuir tales DSFP a los ricos podría resultar discutible, pues éstos tienen una necesidad en cierto modo relativa (al menos una necesidad de ayuda del Estado, que es lo que conforma el contenido de los DFSP): como los demás e igual que los demás, objetivamente necesitan educación y cultura y, cuando caen enfermos o en dependencia, asistencia sanitaria y protección, pero pueden pagarse una educación, una sanidad o una atención a la dependencia de naturaleza privada. ¿Para qué entonces atribuir a los ricos la titularidad de tales DFSP? Los argumentos a favor son cuatro: negarles dicha titularidad implicaría un retroceso histórico (en Derecho español la tienen atribuida por ley); tienen las mismas necesidades que los demás (aunque puedan pagar las prestaciones correspondientes), siendo la necesidad y no su coste el elemento clave para interpretar los DFSP; negar a los ricos la titularidad de los derechos del tipo a) y b) daría lugar a una sociedad dual, fragmentada (una educación, una cultura, una sanidad y una atención a la dependencia para ricos y otra para pobres)³⁰⁴, que pondría seriamente en riesgo el principio de integración; y la restricción al principio de universalidad resultaría excesiva.

5.1.2. Las categorías de titularidad controvertida

El examen de la titularidad de los DFSP debe prestar especial atención a algunas categorías controvertidas:

- a) La titularidad de los derechos coincide con la existencia de la persona física. Lógicamente, su comienzo está determinado por el nacimiento y su terminación por la muerte. Sin embargo, ambos conceptos remiten a consideraciones biológicas y morales no siempre pacíficas. Con respecto al primer problema, la STC 53/1985 consideró que el embrión no es titular de derechos, añadiendo después que, al resultar la vida un proceso biológico que comienza con la gestación, la vida intrauterina debe ser considerada un bien jurídico-constitucional (una especie de carácter meramente objetivo del derecho a la vida), que obliga a los poderes públicos a adoptar medidas de protección a su favor. Igual consideración resulta aplicable, a

304. En cierto modo, éste es el contraargumento de GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (2004, p. 350) y LEMA AÑÓN (2010, pp. 191 y 197-198). Ambos autores, especialmente el segundo, que trata especialmente y con mayor detalle la cuestión que ahora nos ocupa, cometen el error de no diferenciar donde el Derecho normalmente diferencia. Como no matizan, parece que para estos autores los ricos también deberían ser titulares de derechos tales como el mínimo vital o los servicios sociales, lo que nos parece excesivo. Más acertadamente, RÜFNER, 2006, pp. 706-707.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

nuestro entender, al derecho a la salud: de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que compartimos, existe un mandato de protección de la salud del embrión³⁰⁵, siendo este el único DFSP atribuible a las personas no nacidas. En cuanto al problema de la terminación de la persona física, en general no suele admitirse la titularidad de derechos fundamentales de los fallecidos. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, en cierto modo, sus intereses son protegidos a través de los derechos de sus causahabientes: piénsese como ejemplo, por lo que aquí interesa, en las indemnizaciones que siguen al fallecimiento de una persona, debido a una deficiente asistencia sanitaria. En todo caso, no nos hallamos aquí ante una titularidad de derechos fundamentales de los familiares (resulta discutible que el derecho a la reparación moral sea un derecho fundamental) sino ante una garantía indirecta (de naturaleza más preventiva –evitar casos similares en el futuro– que propiamente reparadora, *infra*, V, 2) del derecho a la protección de la salud del fallecido, único titular en vida del DFSP.

- b) Los menores son titulares de todos los DFSP sin excepción. Es más, como veremos después, dada su situación de especial vulnerabilidad o, más precisamente, dadas sus particulares necesidades, son titulares de algunos derechos específicos (quizás no propiamente DFSP) y, sobre todo, gozan de ampliaciones del contenido de algunas figuras (lo cual no afecta a la titularidad en cuanto tal, que es lo que estamos tratando ahora), todo lo cual lógicamente impone deberes, también específicos, de protección por parte del Estado (directamente o imponiendo obligaciones legales a la familia y vigilando su cumplimiento). En sentido contrario, los menores no son titulares de aquellos derechos que exijan una cierta madurez o responsabilidad para su ejercicio, afirmación implícita en distintos preceptos (arts. 5, 12.1 o 14.2) de la Convención sobre Derechos del Niño. Los DFSP, como derechos de prestación no exigen ninguna madurez especial, por lo que puede afirmarse que no hay ningún DFSP del que los menores carezcan³⁰⁶. Sin embargo, y a la vista de las peculiaridades de cada figura e incluso de cada situación concreta, puede admitirse que los menores tienen alguna de las facultades integrantes de la faceta de-

305. Se admiten, *dentro de* una figura de derecho fundamental, componentes sólo objetivos. Lo que no se admite es que *toda* la figura de derecho fundamental sea objetiva: *supra*, 4.2.2.

306. Obviamente, hablamos de la titularidad, no de la legitimación para exigir tales derechos, que es algo bien distinto, como ya hemos adelantado.

fensiva del derecho y no otras. Por ejemplo, no pueden negarse a recibir la enseñanza básica o (en algunos casos), a recibir determinados tratamientos médicos. Se trata en todo caso, nuevamente, de modulaciones del contenido que no afectan a la titularidad en sentido estricto del derecho. No insistiremos aquí en esta temática, remitiendo al efecto a los apartados correspondientes de la segunda parte y, de forma más sistemática, al capítulo XV.

- c) Los extranjeros³⁰⁷, según la letra de la CE, gozan de unos DFSP y no de otros. Como ya hemos señalado, el principio de universalidad de los derechos, derivado de la dignidad de la persona y del Derecho internacional, debe orientar el proceso interpretativo de determinación de la titularidad de cada figura. En países como el nuestro, de amplia acogida de inmigrantes, la legislación introduce importantes cautelas, fundadas en el apenas disimulado criterio de evitar el denominado *efecto llamada*. Estas exclusiones resultan de discutible constitucionalidad: en primer lugar, los derechos de cuya titularidad se excluye a los extranjeros son también derechos humanos, vinculados de un modo u otro a la dignidad de la persona; en segundo lugar, la justificación económica que larvadamente se ofrece para su exclusión a los extranjeros no parece contar con entidad constitucional suficiente. Tampoco insistiremos aquí en esta temática, remitiendo al efecto a los apartados correspondientes de la segunda parte y, de forma más sistemática, al capítulo XVIII.
- d) Las personas en situaciones de especial sujeción son sobre todo cuatro: funcionarios, militares, reclusos e internos en establecimientos públicos. Las dos primeras categorías son titulares de todos los DFSP, aunque puedan existir modulaciones en el contenido adicional de

307. En general, atendiendo a la titularidad universal o nacional de los derechos, éstos pueden clasificarse como sigue: a) Derechos de titularidad universal, que pertenecen por igual a nacionales y extranjeros. En relación con ellos, salvo que resulten imprescindibles para la preservación de la dignidad humana (el núcleo duro, si se quiere, de los derechos humanos), la jurisprudencia suele admitir que el legislador prevea intervenciones adicionales, no previstas en la Constitución, a su ejercicio por parte de los extranjeros (p. ej., STC 115/1987), siempre y cuando, claro está, dichas intervenciones, respeten al menos el principio de proporcionalidad. b) Derechos de titularidad restringida a los nacionales (p. ej., el sufragio) y derechos de titularidad restringida a los extranjeros (p. ej., el asilo). c) Derechos que, a la vista de las normas constitucionales de reconocimiento, son de titularidad nacional, pero que sin embargo pueden pertenecer también a los extranjeros, cuando así lo prevean los tratados o la ley. Las facultades correspondientes formarían así parte del contenido adicional de los derechos. Siendo esto así, resultaría más fácil justificar las intervenciones sobre los mismos.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

alguna figura concreta. En cuanto a los reclusos, a la vista del artículo 25.2 CE, no sólo son titulares de todos los DFSP sino que el mismo precepto alude expresamente a dos de ellos, el trabajo y la cultura, lo que parece indicar que han de contar con ampliaciones de su contenido (o quizás más estrictamente, garantías adicionales) en relación con el resto de los ciudadanos. Únicamente cabría una excepción, implícita en la cláusula «los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo»: el derecho a la vivienda. De otro lado, existen diversas modulaciones en el ejercicio de algunos DFSP de los reclusos³⁰⁸, pero nuevamente se trata de un problema de contenido, no de titularidad.

Por último, las personas integradas en establecimientos sanitarios, educativos o asistenciales, precisamente lo están en ejercicio de DFSP. Son titulares entonces de DFSP, y precisamente por ello, pueden ver limitada en ocasiones su libertad, un problema sin duda importante pero ajeno a la temática que ahora abordamos³⁰⁹.

- e) Como excepción a la regla de la relación necesaria entre derechos y personas físicas, derivada a su vez de la conexión de aquellos con la dignidad de la persona, algunas Constituciones (p. ej., el art. 19.3 LFB) y la jurisprudencia admiten que también las personas jurídicas son titulares de aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio no sea estrictamente personal. Pues bien, en esta materia, como reconoce con práctica unanimidad la doctrina actual³¹⁰, al parecer frente a la tendencia anterior, hay que señalar con rotundidad que los DFSP son derechos sólo individuales, de forma tal que no pertenecen a las personas jurídicas. La explicación es sencilla: las necesidades básicas, tal y como aquí las entendemos (aquellas que cuentan con respaldo en figuras concretas del catálogo de los DFSP), son de las personas físicas. CONTRERAS PELÁEZ expresa esta idea (aludiendo a la parte de la tendencia anterior que puede mantenerse) de forma tan clara que no resistimos transcribir sus palabras: «La finalidad de los derechos sociales es la satisfacción de las necesidades humanas básicas; sujetos de las necesidades lo son solamente, en rigor, los individuos; los derechos sociales son, por tanto, derechos de titularidad individual. Sólo

308. P. ej., sobre el derecho a la educación de los reclusos, STC 140/2002, donde se habla precisamente de «modulaciones y matices»; sobre su derecho al trabajo, SSTC 172/1989 y 17/1993.

309. *Id.*, al respecto, ALONSO SECO, 2005, pp. 413 y ss.

310. CONTRERAS PELÁEZ (1994, pp. 30-31), MARTÍNEZ DE PISÓN (1998, p. 99), GONZÁLEZ MORENO (2002, p. 168) y ARANGO (2005, pp. 59 y ss.).

en sentido metafórico puede hablarse de las necesidades de un pueblo, de un país o de una clase: el hambre de Somalia se resuelve en siete millones de (espantosas) hambres individuales. Como señala Joaquín HERRERA, las necesidades son siempre sentidas individualmente, pero satisfechas socialmente. Los derechos sociales, en suma, intentan asegurar el disfrute *individual* mediante la colaboración y la solidaridad *colectivas*».

Ahora bien, a la vista del carácter objetivo de los DFSP, también esta idea debe ser matizada: las personas jurídicas no son titulares de DFSP, entendidos como derechos subjetivos, pero pueden beneficiarse, en contadas excepciones, de algunos elementos del contenido de los DFSP que no se encuentren asociadas directamente a la satisfacción de necesidades (que siguen siendo individuales) y siempre como instrumentos al servicio de tales necesidades: por ejemplo, las ayudas a las empresas cinematográficas son una garantía objetiva del derecho de acceso a la cultura de todos los ciudadanos y las ayudas a los centros educativos privados una garantía objetiva del derecho a una educación plural.

- f) La titularidad colectiva de los DFSP merece un análisis más detallado. Sin que resulte preciso entrar ahora en la polémica, todavía abierta, de la admisión de derechos colectivos, hay un dato incontestable, al que ya hemos hecho referencia: algunos DFSP (y también algunos contenidos, pero eso es otra cuestión) se atribuyen sólo a determinados grupos. Centrándonos en las nueve figuras que conforman el catálogo, esto sucede con claridad en los derechos a los servicios sociales, a la protección de la dependencia y al mínimo vital. Nuevamente, suscribimos aquí el planteamiento de CONTRERAS³¹¹: «la pertenencia a "grupos" es, en efecto, muy relevante en la dinámica de los derechos sociales. Y esto *no* porque el "verdadero" titular del derecho sea el colectivo, sino más bien porque la pertenencia al colectivo funciona como una especie de presunción *iuris et de iure*: se presupone que los individuos que pertenecen a determinados grupos (madres, ancianos, trabajadores...) poseen ciertas necesidades típicas. En realidad, siendo la necesidad un fenómeno estrictamente individual, la política social ideal requeriría una asistencia totalmente

311. CONTRERAS, 1994, p. 31. En sentido similar, MARTÍNEZ DE PISÓN, 1998, p. 31, y ARANGO, 2005, pp. 88-90, con oportunas citas literales de NINO y CORSO. Estos tres autores se refieren más bien a los derechos (en sentido amplio) que estudiamos en la tercera parte de esta obra pero su planteamiento es trasladable, con mayor motivo (pues su caracterización «grupal» es menor), a los DFSP en sentido estricto.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

"personalizada", es decir, basada en la indagación de las necesidades específicas de *cada* individuo. Como esto es imposible, el legislador se ve obligado a clasificar a la población en una serie de colectivos, en cada uno de los cuales se presupone la presencia de ciertas necesidades. A partir de aquí, es fácil incurrir en la tentación de "hipostasiar" al grupo, viendo en él un sujeto de necesidades; de ahí la confusión entre derechos sociales y derechos colectivos. En realidad, el "factor grupal" funciona simplemente como un criterio taxonómico que permite la modulación del derecho genérico a la asistencia en función de los diversos contextos vitales».

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. Obligados públicos

Los obligados (también llamados sujetos pasivos o destinatarios) por los derechos fundamentales son aquellas personas, grupos o poderes públicos que han de respetar (pasivamente) y garantizar (activamente), en el sentido amplio del término, tales derechos.

Desde la misma aparición de los derechos fundamentales bajo el constitucionalismo liberal, el primer y natural obligado por los derechos ha sido el Estado, perspectiva todavía dominante en la actualidad. Ya por razones conceptuales, los derechos fundamentales son vinculantes para todos los poderes públicos: éstos se encuentran obligados directamente por la Constitución (art. 9.1 CE, con poco afortunada inspiración en el art. 1.3 LFB, de mejor precisión) tanto a no intervenir en el contenido de los derechos de defensa como a realizar las actuaciones necesarias (imprescindibles, por definición, en los DFSP) cuando la naturaleza de cada derecho así lo requiera. En este punto (la vinculación del Estado por los derechos) coinciden la dogmática liberal y la social; en lo que no coinciden es en el tipo de obligaciones públicas correspondientes, pero esta cuestión no debe ser abordada ahora. En definitiva, las prestaciones que conforman el contenido de los DFSP pueden ser exigidas en primer lugar a los poderes públicos (sin perjuicio de que, como se verá después, éstos puedan encomendarlas, con determinadas condiciones, a particulares), y así se deduce con toda claridad de la CE y del PIDESC.

Históricamente se asiste a la progresiva ampliación del control de la actividad estatal basada en derechos fundamentales (también por tanto en DFSP), proceso que puede apreciarse en las dos tendencias siguientes³¹²:

312. A las que podría añadirse una tercera: el control indirecto de la actividad de otros Estados, contraria a los derechos fundamentales. La vigencia de los derechos se extiende a aquellos ámbitos (Derecho internacional privado y Derecho penal inter-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a) La ampliación de los contornos del Estado. Por un lado, como consecuencia de un entendimiento riguroso del Estado de Derecho, se tiende a la supresión de los ámbitos de inmunidad que tradicionalmente excluían de control (y, por tanto, de la vigencia de los derechos) determinadas parcelas de la actividad política, considerándose hoy (aunque a veces con pequeñas matizaciones) que los actos políticos del Gobierno, los actos discrecionales de la Administración³¹³ y los *interna corporis acta* del Parlamento están vinculados por los derechos fundamentales, resultando posible el control judicial sobre todos ellos.

De otro lado, teniendo en cuenta la cada vez más frecuente transferencia de funciones públicas a favor de instituciones privadas, mixtas o públicas sometidas al Derecho privado, se atiende a consideraciones materiales y no formales a la hora de delimitar el ámbito de lo estatal, concluyéndose, por ejemplo, que deben respetar los derechos *como si fueran Estado*, entre otros, las empresas públicas, los colegios profesionales, los concesionarios de un servicio público e incluso las empresas privadas que desempeñan tareas de interés general. Más adelante volveremos sobre ello (*infra*, 5.2.3).

b) La vinculación del Estado fuera de sus fronteras. Va admitiéndose en la práctica la idea de que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos en relación con actos realizados por sus autoridades más allá del territorio estatal (p. ej., SSTEDH *Drozdz y Janousek*, de 26 de junio de 1992, y *Loizidou*, de 23 de marzo de 1995), idea que se traslada al ámbito de los derechos fundamentales: su grado de vinculación es tal que traspasa el ámbito natural de validez de la propia Constitución. Por ejemplo, con argumentos de Derecho constitucional y no de Derecho internacional, la STC 21/1997 afirmó que los poderes públicos españoles están vinculados por el derecho a la libertad personal cuando se encuentran en aguas internacionales. Lógicamente, este principio sólo puede aplicarse cuando el poder público en cuestión tuvo la posibilidad real de actuar, como ha destacado también la jurisprudencia

nacional, sobre todo) en los que resulta posible el control de las decisiones adoptadas o por adoptar, fuera del ámbito de decisión característico del propio Estado. P. ej., un tribunal nacional debería oponerse a conceder la extradición de un extranjero a otro Estado si considera que éste fue condenado con vulneración de las garantías procesales (STC 91/2000) o que corre el riesgo de ser condenado a la pena de muerte o sometido a tortura en su país (STEDH *Soering*, de 7 de julio de 1989). Entendemos que esta doctrina sirve plenamente para la faceta defensiva de los derechos sociales pero no para su faceta prestacional.

313. Todo es cuestión de grados y enseguida volveremos sobre el tema, aunque de lo dicho ya se desprende que congeniamos más con Tomás Ramón FERNÁNDEZ que con sus oponentes, cuando aquél critica la tesis de la (mayor) libertad de la Administración en relación con los derechos sociales (1994, pp. 122-125).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (p. ej., STEDH *Gentilhomme*, de 14 de mayo de 2002).

Resulta difícil aplicar en bloque esta novedosa y exigente forma de vinculación estatal a los DFSP. Para los españoles existe una previsión constitucional expresa, en el artículo 42, curiosa y significativa, pues contiene la única referencia literal de la norma fundamental a los derechos sociales («derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero»); dedicaremos al tema el capítulo XIX. En relación con los DFSP en sentido estricto, la CE nada señala, y entendemos que no puede obligarse constitucionalmente a los poderes públicos a garantizar (al menos en su faceta positiva) tales DFSP a los españoles que se encuentren en el extranjero. Otra cosa es que el legislador o la Administración puedan hacerlo (y de hecho, así sucede en ocasiones: p. ej., reintegro de la asistencia sanitaria recibida fuera de España), aunque normalmente sin carácter universal, pero no en cumplimiento de una obligación constitucional sino en términos de contenido adicional³¹⁴.

Si constitucionalmente, con las obvias matizaciones exigidas por el artículo 42 CE, no cabe exigir vinculación de los poderes públicos a los DFSP de los españoles en el extranjero, en apariencia, *a fortiori*, tampoco cabría exigir tal vinculación si los titulares de los derechos sociales fueran extranjeros residentes en el extranjero. El mero planteamiento de la cuestión puede parecer chocante, pero no lo es tanto si prescindimos de las anteojeras del «área de conocimiento» y dirigimos la mirada algo más lejos. En efecto, los derechos humanos bien pueden exigir, si no el reconocimiento de derechos subjetivos (las limitaciones presupuestarias, esta vez sí, presentan un claro obstáculo), al menos un cierto deber de cooperación con los países más pobres, a fin de que los incumplimientos, tantas veces indignantes, de los derechos sociales en tales países puedan experimentar alguna reducción. Esta obligación de solidaridad no sólo cuenta a su favor con un relevante apoyo social (articulado sobre todo en la plataforma del 0,7 %) y con buenos argumentos morales³¹⁵, sino también con apoyo en el Derecho internacional. Así, por centrarnos en las normas del máximo rango y en la materia que nos interesa, en el artículo 2.1 PIDESC leemos que «Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas [...] mediante

314. Podemos admitir entonces la idea general de KEMPEN (2006, pp. 1298-1299) de vinculación indirecta del poder público en el extranjero a los derechos fundamentales. Cuando situamos la cuestión fuera del ámbito de protección de los derechos subjetivos y la emparentamos con el deber de protección de los derechos fundamentales, el problema en gran parte se diluye, como se aprecia en la propuesta de KRINGS, 2003, pp. 194 y ss.

315. Sobre este punto, la obra de referencia es POGGE, 2005.

la asistencia y cooperación internacionales [...] para lograr [...] la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos», y en esta dirección insisten las Observaciones Generales del Comité DESC. Ciertamente, esta obligación internacional, como casi todas las de esta naturaleza, goza en la práctica de una vinculación muy relativa, tan relativa que podría incluso dudarse, al menos por esta vez, de la misma existencia de la obligación³¹⁶.

Por su parte, la Unión Europea formula obligaciones mejor definidas, aparentemente relacionadas también con derechos sociales: téngase en cuenta que según el artículo 208.1 TFUE (que nos es literatura o no debería serlo), «El objetivo principal de la política de la Unión [de cooperación para el desarrollo] será la reducción y, finalmente, la erradicación de la pobreza» y que según reza antes el mismo precepto, dicha política «se llevará a cabo en el marco de los principios y los objetivos de la acción exterior de la Unión», y entre dichos principios y objetivos figuran, por lo que aquí interesa, entre otras cosas, «fomentar en el resto del mundo [...] la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos» (art. 21.1 TUE), y ya conocemos las importantes implicaciones de ambos principios para los derechos sociales. Las obligaciones son, sobre todo, para la Unión Europea, pero al parecer no guardan relación con los derechos sociales de la propia Unión Europea, pues en la CDF no se aprecian alusiones, ni expresas ni implícitas, a la cooperación al desarrollo³¹⁷. En estas circunstancias, la configuración de una vinculación de los derechos sociales de la Unión Europea fuera del ámbito territorial de la misma no parece fácil. Resulta de más interés intentar atisbar una vinculación de este tipo en las obligaciones de los Estados de cooperación al desarrollo según el Derecho de la Unión pero de la lectura de los artículos 208 a 214 TFUE no puede deducirse ninguna obligación precisa e independiente que permita a la Unión imponer a los Estados actuaciones precisas.

Volvamos de nuevo a la CE. Teniendo en cuenta que los derechos humanos (aquí en su doble vertiente de derechos morales y derechos de Derecho internacional) pueden servir para la interpretación de los derechos funda-

316. Así, BADERIN y McCORQUODALE, 2006, p. 14, acaban calificando el deber de cooperación internacional de mero deber moral. Como bien apunta CRAVEN, 2007, p. 87, la transformación de la soberanía estatal no ha llegado tan lejos, aunque nada impide, sino todo lo contrario (el autor alude al componente utópico de los derechos humanos), que en el futuro termine reconociéndose una obligación jurídica de los países ricos de cooperar con los países pobres. Sobre las posibilidades del futuro constitucionalismo social en el marco de la globalización, p. ej., MAESTRO BUELGA, 2001, pp. 137 y ss., y con propuestas más concretas, PISARELLO, 2007, pp. 159 y ss.

317. La desconexión sorprende. No deja de resultar significativo que en la completa monografía de CANDELA SORIANO (2006) no se haga referencia alguna a la política de cooperación al desarrollo.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

mentales (*supra*, 3.1), ¿cabría configurar (en la medida en que literalmente, desde luego, no están) obligaciones constitucionales, aunque de baja intensidad, de cooperación al desarrollo, relativas a derechos sociales? Pues bien, a falta de toda disposición de apoyo, a la vista del ámbito natural de aplicación de la Constitución y de la naturaleza de la obligación del artículo 10.2 CE³¹⁸, la respuesta ha de ser negativa; es decir, el Estado podrá desplegar (y sería una buena política) actuaciones, normativas³¹⁹ o ejecutivas, de cooperación al desarrollo para el mejor disfrute de los derechos sociales en otros países pero no hay un deber constitucional de hacerlo.

Como consecuencia de la diferente posición que cada órgano del Estado ocupa en el sistema constitucional, la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (también a los DFSP) no es idéntica³²⁰. Veamos:

- a) El legislador (estatal y autonómico) cuenta con mayor margen de libertad³²¹ para definir derechos (su principal función) que la Administración o los tribunales: el Parlamento cuenta con gran discrecionalidad tanto para determinar el contenido de los derechos (*supra*, 4.4) como para intervenir sobre los mismos; a diferencia de los poderes ejecutivo y judicial, no está obligado a motivar sus decisiones, salvo lo que después se dirá sobre las intervenciones y límites (*infra*, 6). También del principio democrático se deriva que las exigencias que los derechos dirigen al poder legislativo, sólo sometido a la Constitución (y en su caso al Derecho internacional y de la Unión Europea), son menores que las propias del resto de los poderes del Estado, sometidos también a la ley.

Sin embargo, como hemos venido señalando, el primer destinatario

318. El art. 10.2 obliga a interpretar a partir de lo existente (la CE) pero no permite crear normas que no existen.

319. La Ley 23/1998, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, regula más bien el marco general (objetivos de la cooperación, incluyendo, por cierto, de un modo u otro, el cumplimiento de los derechos sociales) y los aspectos organizativos del sector, sin establecer obligaciones claras para la Administración, posponiendo las cuestiones materiales más concretas a los planes correspondientes, los cuales, una vez aprobados, parecen carecer de efectos vinculantes.

320. Para una perspectiva más amplia, sigue siendo útil GARCÍA TORRES (1988). Para una buena panorámica de los últimos desarrollos de la dogmática alemana, KEMPEN, 2006, pp. 1304-1322.

321. Desde luego, en sus justos límites: por todos y sobre nuestro tema, FERNÁNDEZ, 1994, pp. 128-129. Esta libertad sin duda es menor para el legislador autonómico, que normalmente ha de respetar o la reserva de ley orgánica o las bases estatales y en todo caso, como sabemos, el art. 149.1.1ª CE. Así sucede en todos los Estados descentralizados, incluyendo los federales: p. ej., KEMPEN, 2006, p. 1303, con amplia bibliografía alemana.

de las obligaciones características de los DFSP (e igualmente a nivel internacional) es el legislador: las reservas de ley específicas son obligaciones de legislar y las referencias expresas a los poderes públicos incluyen, necesariamente y en primer lugar, al legislador (*supra*, 4.4). Ahora bien, que exista un deber constitucional de legislar a favor de los DFSP no equivale a decir que tales DFSP incluyan, automáticamente, una acción judicial para exigir el cumplimiento de dicho deber. Por tratarse de una cuestión básicamente procesal, posponemos su estudio a un apartado posterior (*infra*, V, 3.7).

- b) El Gobierno y la Administración (estatales y autonómicos), en todas sus dimensiones, están vinculados por los DFSP de manera especialmente intensa. Una vez aprobadas las leyes correspondientes (para la mayoría de las figuras tales leyes existen³²² y no plantean problemas de constitucionalidad), así como sus reglamentos de desarrollo, el peso del cumplimiento de los DFSP radica en la Administración, obligada a aplicar la ley y a interpretarla de conformidad con la CE (expresamente, para los DFSP del capítulo III, así lo indica el art. 53.3). De hecho, como veremos, las vulneraciones más importantes de los DFSP proceden de actuaciones (en rigor, omisiones, actuaciones insuficientes y daños) administrativas (*infra*, 6).

En este lugar debemos abrir un breve paréntesis general sobre uno de los conceptos más polémicos del actual Derecho público, que inevitablemente recorre buena parte de las páginas de esta obra: la discrecionalidad administrativa. Al menos en España el debate se centra en su control judicial³²³, por lo que será abordado nuevamente después, al hablar de las garantías de los DFSP (*infra*, V, 3.3). De momento, en cuanto a la obligación administrativa de dar cumplimiento a los DFSP mediante el otorgamiento de las prestaciones correspondientes, cabe señalar que la discrecionalidad, que sin duda cabe (dependiendo, como es obvio, del mayor o menor grado de determinación del contenido de los DFSP en leyes y reglamentos) y en cierto

322. Aunque muchas veces sin la contundencia obligacional necesaria, como iremos comprobando. Para todavía bastantes leyes sigue siendo válida la crítica de FERNÁNDEZ, 1994, pp. 125-129.

323. El debate puede darse prácticamente por cerrado con GARCÍA DE ENTERRÍA (2009), quien con la maestría que le caracteriza ha puesto límite (matizado, en todo caso) a la no siempre bien fundada apelación a la democracia que pretendió justificar la exención de control judicial de amplios sectores de la actividad administrativa. Si esto es así para la actividad administrativa en general, cuanto más para el cumplimiento de los DFSP por la Administración: la Constitución es algo más importante (jurídica, política y moralmente) que el mero Derecho administrativo.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

modo parece razonable³²⁴, resulta muy limitada, a la vista de los cánones interpretativos que hemos desarrollado con anterioridad y que en última instancia encuentran reconocimiento en el artículo 53.3 CE, en su referencia a la obligación de la Administración («informarán») de tener en cuenta los derechos sociales en su actuación. La Administración, al aplicar la ley y los reglamentos, debe tener en cuenta la CE, y ésta admite un margen para la interpretación y por tanto para la discrecionalidad, pero un margen relativo. En definitiva, si existe un DFSP no hay discrecionalidad para actuar o no, pues su cumplimiento es obligatorio por definición. Si la ley o el reglamento permiten opciones (p. ej., cuando los derechos se configuran como habilitaciones de actuar), la Administración deberá escoger la alternativa que proteja (no necesariamente la que mejor proteja) las necesidades básicas de los titulares de los DFSP, y si seguimos los criterios expuestos anteriormente (*supra*, 4.3), esa alternativa resultará, en la mayoría de los casos, la única posible. Como después veremos en algunos ejemplos, la elección se produce, más que en la definición misma de la prestación concreta, en la valoración de sus presupuestos fácticos (*infra*, 6.3), esto es, no parece haber mucho margen para que la Administración decida, jurídicamente, si una persona necesita una determinada asistencia sanitaria, una pensión o un alojamiento, aunque puede haber dificultades de apreciar si dicha persona, fácticamente, está enferma, cumple los requisitos para recibir la pensión o carece efectivamente de una vivienda adecuada. Es decir, la discrecionalidad se presentará, normalmente, en la apreciación del supuesto de hecho de aplicación de la norma de DFSP.

En cuanto al problema particular de la vinculación de los concesionarios de servicios públicos y de las empresas que operan en mercados de servicios de interés general, también será abordado más adelante, en un apartado independiente (*infra*, 5.2.3).

- c) Los jueces y tribunales deben proteger los DFSP, en tanto son, por definición, «derechos» (art. 24.1 CE), y ello aun frente al legislador (*supra*, III, 1.2 e *infra*, V, 3.7): en síntesis, si los DFSP son derechos, entonces deben ser protegidos por los jueces; si los DFSP son dere-

324. Ésta es la tesis central del trabajo de GARCÉS SANAGUSTÍN (1996, esp. pp. 146 y ss.), sin duda sugerente pero demasiado centrado, a nuestro juicio, en el Derecho administrativo y en la concesión a la realidad. No olvidemos que los DFSP no son derechos de Derecho administrativo sino de Derecho constitucional, y desde esta perspectiva cualquier propuesta de extender la discrecionalidad administrativa debe ser vista con cautela.

chos fundamentales, entonces deben ser protegidos por los jueces frente al legislador. En todo caso, nuestro sistema de control de las leyes contiene numerosas limitaciones. Aunque serán analizadas más adelante (*infra*, V, 3.7), adelantemos ya que existe una relativa contradicción (ni absoluta ni insuperable) entre el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales (no sólo de DFSP) y la prohibición (tampoco absoluta ni insuperable) de alegación por sus titulares frente al legislador.

Pese al interés teórico de la cuestión, las hipótesis de garantía constitucional *praeter legem* serán escasísimas en la práctica y de hecho no hemos encontrado ningún caso claro en España al respecto. La garantía judicial de los DFSP se concentra en los ámbitos de la jurisdicción social y, sobre todo, contencioso-administrativo, donde los jueces y tribunales otorgan las prestaciones debidas a los titulares de tales derechos. Volveremos con más detalle sobre todas estas cuestiones en el capítulo siguiente (*infra*, V, 3).

5.2.2. Obligados privados

La concepción clásica de los derechos de defensa, según la cual el Estado es el único obligado por los derechos fundamentales, se encuentra superada. En la actualidad, los peligros más graves y los atentados más frecuentes a los derechos proceden seguramente de los particulares³²⁵. En este contexto, el Derecho internacional³²⁶ y, sobre todo, la Constitución no se dirigen sólo a los Estados, sino que pretenden incidir también en la sociedad (art. 9.1 CE). Téngase en cuenta, de entrada, que muchos derechos carecerían de sentido

325. En materia de derechos sociales, la afirmación quizás no resulta tan válida en España aunque sí, al parecer (al menos ésta es la opinión de CHAPMAN y RUSSELL, 2001, p. 11), a nivel internacional, teniendo en cuenta que el problema principal en los países pobres reside en la dificultad de los gobiernos de obtener recursos de los más ricos. En otro orden de cosas, la propuesta de control de los actores privados internacionales vulneradores de derechos sociales realizada por SSENYONJO (2007, pp. 109 y ss.) resulta de gran interés, pero no entraremos a analizarla, por salirse de nuestro principal objeto de estudio, el Derecho constitucional. Parece claro que, hoy por hoy, el Derecho constitucional (que es Derecho estatal) se muestra incapaz de encarar esta problemática.

326. En esta materia hacemos nuestras las conclusiones de COURTIS (2007, pp. 77-78): «la tesis de la ineficacia de los derechos humanos [de Derecho internacional] frente a los particulares es una idea sesgada, apegada excesivamente a la doctrina tradicional del derecho internacional, y que poco tiene que ver con el análisis del contenido concreto de los tratados internacionales de derechos humanos, y de la tendencia de mayor interrelación entre el derecho internacional y el derecho interno, en especial entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional local».

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

o verían muy mermada su eficacia si únicamente vincularan a los poderes públicos: piénsese, por ejemplo, en el honor o la huelga, vulnerados normalmente por particulares³²⁷.

La vinculación general de los derechos fundamentales a los particulares raramente es reconocida de forma expresa en los textos (como excepción puede verse el art. 18.1 de la Constitución de Portugal), pero puede fundarse en tres argumentos³²⁸: los valores superiores han de protegerse con independencia del origen, público o privado, de los ataques contra ellos³²⁹, el principio del Estado social implica una función transformadora del orden social existente (*supra*, III, 2.4.1) y el carácter objetivo de los derechos obliga a interpretar el Derecho privado de conformidad con la Constitución (*supra*, 4.2.2).

La dogmática constitucional discute desde hace décadas si los derechos fundamentales vinculan a los particulares directa o indirectamente. Según la segunda opción, la mediación legislativa resultaría necesaria para que los derechos resultaran eficaces en las relaciones entre sujetos privados. Sin embargo, como sabemos, los derechos fundamentales son, por definición, exigibles de forma directa (*supra*, III, 1.2) y precisamente por ello la tesis de la eficacia indirecta (tributaria, a nuestro entender, de una concepción liberal del Estado y de la Constitución) desnaturaliza esta categoría, minusvalorando su sentido y disminuyendo enormemente su capacidad transformadora. Consideramos, por tanto, que los titulares de los derechos pueden exigir ante los tribunales su respeto por los particulares, exista o no expresa previsión legislativa al respecto. La eficacia directa de los derechos frente a los particulares no es, en todo caso, absoluta³³⁰, pues debe insertarse en el orden jurídico que corresponda, cuya lógica esencial debe respetarse. Así:

- a) En los ámbitos penal y administrativo sancionador el principio de legalidad viene a prohibir en realidad la eficacia directa (art. 25.1 CE). También el sistema de los derechos, y concretamente el derecho a la legalidad, exige que las penas y sanciones administrativas se encuentren tipificadas en normas con rango de ley. Es decir, si las leyes

327. Afirmación hoy indiscutida en la dogmática. Para una buena síntesis de los presupuestos políticos y constitucionales de la tesis, p. ej., DE VEGA GARCÍA, 1988, pp. 121 y ss. o LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, 1994, pp. 165 y ss.

328. Para una exposición más detallada, por todos, BILBAO UBILLOS, 1997, pp. 241 y ss.

329. Afirmación especialmente clara en relación con la libertad: por todos, KRINGS, 2003, pp. 142 y ss., con amplia bibliografía al respecto.

330. Como concluye el muy relevante estudio de VENEGAS GRAU (2004, p. 230 y, con más detalle, pp. 184-188), «todos los autores que defienden la *Drittwirkung* directa abogan por una eficacia inmediata diferenciada, atendiendo a las circunstancias del caso concreto». P. ej., BILBAO UBILLOS, 1997, pp. 360 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

no prevén figuras delictivas o infracciones administrativas que castiguen las vulneraciones de derechos por particulares, no habrá propiamente vinculación de éstos.

- b) En los ámbitos civil y laboral existen cláusulas legales generales³³¹ que permiten y aun exigen la vinculación de los particulares; entre ellas pueden citarse, respectivamente, el principio de limitación de la autonomía de la voluntad por la moral y el orden público del artículo 1255 CC (que habría que entender, ante todo, como orden público constitucional) y el deber legal del empresario de respetar los derechos de los trabajadores (art. 4 ET).

Resulta significativo comprobar cómo la jurisprudencia toma partido, de hecho (p. ej., al imponer una indemnización al injuriante o al anular un despido), en favor de la tesis de la eficacia directa, pues suele proteger los derechos sin citar expresamente ninguna ley. Incluso cuando, por razones procesales, sólo puede atribuirse al Estado la vulneración de los derechos, los tribunales afirman la responsabilidad del poder público, por no haber defendido adecuadamente los derechos del ataque de los particulares (p. ej., STEDH *Hatton*, de 2 de octubre de 2001). Es evidente que con esta tesis se afirma de modo implícito que los derechos vinculan a los particulares de forma directa. Lo relevante, en definitiva, no es tanto el origen público o privado de las intervenciones, como las peculiaridades de la relación concreta entre el titular y el obligado por el derecho.

El planteamiento desarrollado hasta aquí puede servir con carácter general y para introducir el problema. Cuando el análisis se traslada a los DFSP, las dificultades para admitir su eficacia horizontal directa (la indirecta no se discute) se agudizan. Dejando ahora de lado la faceta defensiva de tales derechos³³², parece que la mayor parte de las prestaciones, ya desde la misma perspectiva moral, se dirigen a la colectividad, representada por el Estado. El planteamiento ético de ARANGO nos parece trasladable a la teoría constitucional³³³: «La asignación de obligaciones positivas generales en cabeza de

331. Desde luego, también particulares, pero éstas presentan menos problemas. En el ámbito civil, la más amplia es seguramente la obligación de alimentos del art. 142 CC, que incluye obligaciones positivas, por lo que aquí interesa, en materia de educación, salud y, sobre todo, vivienda.

332. En nuestra jurisprudencia constitucional, el único caso que conocemos de *Drittwerking* de DFSP es la STC 129/1989 (por cierto, BILBAO UBILLOS, 1997, p. 837, considera que en ella el Tribunal Constitucional niega la eficacia directa, interpretación con la que no estaríamos tan de acuerdo), pero se refiere a la faceta defensiva, no prestacional del derecho a la educación (empresa con turnos rotatorios, que impide a los trabajadores acudir a clase).

333. Hasta donde hemos visto, ARANGO (2005, pp. 99-107) es el único autor que se enfrenta directamente y con algún detalle con el problema de la *Drittwerking* de los

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

determinados particulares parece inaceptable por ser supererogatoria para los individuos. Tal circunstancia no se presenta en la asignación de derechos generales negativos ni en la asignación de derechos especiales positivos». Y más adelante: «¿Cómo habría de hacerse la asignación de obligaciones generales positivas cuando no hay un título adquisitivo, como sí existe en el caso de las obligaciones especiales? ¿Cómo podrían determinarse el círculo de los obligados y el alcance de la obligación sin más criterios? Que cada cual esté obligado a un actuar positivo respecto a todos es desproporcionado. Esta solución gravaría más al enfermo que al saludable, a los desempleados que a los empleados. Por otro lado, una asignación aleatoria de las obligaciones generales positivas no es admisible porque la obligación se volvería dependiente de factores irrelevantes de su asignación y no de la racionalidad de su justificación».

Desde la teoría y dogmática constitucionales dos nuevos argumentos avallan la no vinculación directa de los DFSP a los particulares: en primer lugar, el Estado social (principio constitucional, no se olvide) fue creado precisamente, ante todo, para atribuir la responsabilidad de la solidaridad colectiva al Estado, sustituyendo las aportaciones espontáneas y aisladas, basadas en la caridad antes que en la justicia, procedentes de los particulares, todo ello por obvias razones de consolidación de obligaciones (no dádivas) de DFSP, igualdad y racionalidad. En segundo lugar, si consideráramos que de la Constitución se deducen sin más obligaciones de otorgamiento privado de prestaciones, seguiría faltando la norma legal que sancionara los incumplimientos de tales obligaciones. En síntesis y de manera simplificada: no hay obligación sin sanción, no hay sanción sin norma con rango de ley³³⁴.

Desde luego, que no exista una obligación general positiva, derivada sin más de la Constitución, de los particulares, de otorgar las prestaciones características de los DFSP a sus titulares, no quiere decir que la ley no pueda establecer obligaciones especiales positivas e incluso, excepcionalmente y para determinados sujetos, obligaciones generales positivas. Es más, en relación con algunos derechos, parece que existe una obligación del legislador

derechos sociales. ARANGO niega de raíz la eficacia directa de los mismos, fundándose en «razones pragmáticas» (que creemos no trasladables al Derecho español) y en «razones normativas» (inscritas en la filosofía moral). En sentido sustancialmente similar pero menos contundente, LAPORTA, 2004, pp. 314-315.

334. Pensamos sobre todo en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. En los ámbitos civil y laboral la situación es algo distinta, pues como ya hemos apuntado con carácter general, no parece que el art. 25.1 CE llegue tan lejos. En todo caso, el problema resulta de laboratorio, pues tanto el CC como el ET contienen cláusulas generales suficientes para fundar la vinculación privada de algunos DFSP, en determinadas circunstancias.

de prever tales obligaciones (al menos, claramente, en relación con el derecho del artículo 35.1, que sin duda vincula, ante todo, a los empresarios)³³⁵.

5.2.3. Examen especial del servicio público (en sentido amplio) como forma de otorgamiento de prestaciones de DFSP

La idea de servicio público recorre transversalmente buena parte de la temática de esta obra. Ya hemos realizado algunas reflexiones preliminares al respecto, al hablar del Estado social (*supra*, III, 2.4.1), y volveremos sobre el tema al estudiar las garantías administrativas de los DFSP (*infra*, V, 2). En este lugar corresponde abordar dos cuestiones: si del régimen general del servicio público (en el sentido amplio del término, que es el que asumiremos) pueden derivarse consecuencias relevantes para los obligados (específicamente, cuando son particulares) de los DFSP y si existen límites constitucionales a la transferencia de obligaciones de DFSP de los poderes públicos a los particulares.

De entrada, debemos preguntarnos cuándo los DFSP son cumplidos (mediante el otorgamiento de las prestaciones correspondientes) por los particulares. Como sabemos, lo relevante es la satisfacción efectiva de las necesidades básicas que conforman el objeto de los DFSP, resultando en principio indiferente que dicha satisfacción sea realizada por los poderes públicos o por los particulares³³⁶. Ahora bien, también sabemos que existe una obligación constitucional indisponible de cumplimiento de los DFSP (*supra*, 5.2.1); de esta forma, si el Estado delega en los particulares, dicha delegación nunca podrá ser en blanco ni implicar el abandono del control último del Estado³³⁷. De otro lado, los particulares otorgan, de hecho y en muchos ámbitos, prestaciones similares a las que caracterizan a los DFSP, y se trata de comprobar si

335. En su breve análisis del tema que nos ocupa, GAVARA DE CARA (2007, p. 314) señala que «muchos de los tradicionales derechos sociales [...], solían tener como principal destinatario a las personas privadas, ya que sus infracciones se solían cometer en el transcurso de relaciones sociales como podía suceder con la prohibición del trabajo infantil o forzoso, el tiempo mínimo de vacaciones o la negociación colectiva. En la medida en que el destinatario no es el poder público, su indudable carácter imperativo o prescriptivo *se ha articulado por la vía del tratado internacional o de decisiones legislativas*, que salvo excepciones no aparecen recogidas en la Constitución, pero cuya efectividad y alcance de protección con el transcurso del tiempo no es cuestionada» (cursivas nuestras, GE). Nótese por las cursivas que el autor no llega a admitir la eficacia directa de los derechos sociales (ni siquiera como derechos de defensa).

336. Tesis indiscutida, incluso para los más conspicuos valedores de los derechos sociales: p. ej., ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 25.

337. Tesis indiscutida en la doctrina, incluso en Alemania (p. ej., KRINGS, 2003, pp. 268-269), donde goza de cierta implantación la tesis de la subsidiariedad (*supra*, III, 2.1.7).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

tales prestaciones se otorgan en cumplimiento de DFSP o fuera de este ámbito.

El análisis de nuestro Derecho positivo pone de manifiesto que, en los ámbitos propios de los DFSP, no se ha establecido ningún monopolio estatal ni ninguna *publicatio* excluyente de la gestión privada de servicios públicos³³⁸. Por su parte, la observación de la realidad revela que en la práctica existe, para todos los DFSP, una actividad prestacional pública obligatoria (de gestión directa o indirecta) y, para muchos DFSP, una actividad prestacional similar (nunca idéntica), de libre iniciativa, ejercida por particulares.

Así las cosas, dejando fuera el caso peculiar (en este tema) del derecho al trabajo, las prestaciones otorgadas por particulares pueden ser de dos grandes tipos: las derivadas de obligaciones de servicio público y las de libre iniciativa. Como en la dogmática jurídica no hay acuerdo terminológico sobre el concepto de servicio público, debemos abrir un breve paréntesis sobre el particular³³⁹.

De entrada, podemos admitir que hoy el servicio público (en sentido amplio) incluye sobre todo dos cosas: los servicios de interés general (tal y como los define el Derecho de la Unión Europea) y los servicios públicos en sentido estricto o tradicional (tal y como venía definiéndolos nuestra dogmática administrativa). Unos y otros vienen normalmente caracterizados, por lo que aquí interesa, como servicios prestacionales para la satisfacción de necesidades de los ciudadanos (y desde luego las necesidades que conforman el objeto de los DFSP encajan como anillo al dedo), esto es, quedan fuera de

338. Ni siquiera en el ámbito más discutible, la Seguridad Social (*infra*, VIII, 4.1). Para el concepto más estricto (que no seguiremos aquí) de servicio público (que exige la exclusión de los particulares, salvo concesión administrativa), no habría en consecuencia servicio público en DFSP; por el contrario, sobre la compatibilidad entre servicio público e iniciativa privada no concesional (tesis que asumimos), *vid.* las referencias, al parecer mayoritarias, de GÓMEZ FERRER, MORELL OCAÑA, DE LA CUÉTARA, BERMEJO VERA y SOUVIRÓN MORENILLA, contenidas en VAQUER CABALLERÍA, 2002, p. 128. La definición de ALEXY de los «derechos a prestaciones en sentido estricto» (categoría equivalente a nuestros DFSP) incluye la puesta a disposición de las prestaciones correspondientes *también* en el mercado (ALEXY, 1993, p. 482), que es lo que sucede hoy en España con todos los DFSP, pero no creemos que se trate de algo conceptualmente necesario. Aunque habría que examinar en cada caso la afectación a la libertad de empresa y en su caso profesional, entendemos que conceptualmente un DFSP seguiría siendo tal aunque su prestación se hubiera reservado en exclusiva al Estado. No obstante, entendemos que la afirmación de ALEXY se formula en términos hipotéticos, es decir, ha de existir la posibilidad de prestación privada, no que ésta exista de hecho.

339. La bibliografía es por supuesto amplísima. Para lo que buscamos ahora, la claridad conceptual, remitimos por todos a SÁNCHEZ MORÓN (2009, pp. 755 y ss.), a quien seguimos básicamente en este punto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los mismos otras técnicas más clásicas de intervención administrativa, como la inspección, la sanción y el fomento (sin perjuicio, como veremos, de que a veces aparezcan junto al otorgamiento de prestaciones, pues no hay incompatibilidad sino complemento entre las variadas formas de intervención administrativa).

A grandes rasgos, la actividad administrativa prestacional desarrollada a favor de los DFSP encaja en el concepto de servicios de interés general (según la terminología del Derecho de la Unión, en su mayoría, servicios de interés general no económicos) y, en algunos casos, además, en el concepto de servicio público en sentido estricto. Veamos:

- a) Las prestaciones educativas (art. 116 LOE) y sanitarias (art. 90 LGS), la atención a la dependencia (art. 16.2 LD) y los servicios sociales (regulados en la normativa autonómica), además de ser otorgados por los poderes públicos, pueden serlo por los particulares. En los tres preceptos citados de la normativa estatal se alude a la fórmula del concierto, más parecida a la concesión que a la autorización³⁴⁰. Estamos por tanto en presencia de auténticos servicios públicos³⁴¹. Paralelamente, pueden existir servicios educativos, sanitarios y sociales y atención a la dependencia al margen del concierto.
- b) Algunas prestaciones de Seguridad Social (art. 67 LGSS) pueden ser otorgadas por los particulares, previa autorización administrativa. No se exige para ello la fórmula del concierto ni de la concesión pero parece fuera de duda que el régimen aplicable resulta el propio del servicio público (*infra*, VIII, 4.1).
- c) Algunas prestaciones básicas propias del derecho a la cultura son calificadas por el legislador como servicio público, más en un sentido material que formal (arts. 14.3 y 15.4 LLLB, 3.2 LRTP). Desde luego, pueden desarrollarse actividades culturales (p. ej., museos y bibliotecas privadas), a disposición del público, sin ningún tipo de autorización administrativa.
- d) La legislación no califica las prestaciones propias del derecho a la vivienda o el mínimo vital como servicios públicos. En ambos casos,

340. En general, sobre concierto y concesión en DFSP, VAQUER CABALLERÍA, 2002, pp. 136-139 o VILLAR ROJAS, 2005, pp. 399 y ss.

341. Según SÁNCHEZ MORÓN (2009), en la Unión Europea son «servicios de interés general» «la educación, la sanidad, los regímenes de Seguridad Social obligatorios, los servicios sociales o asistenciales y los servicios culturales en general» (p. 765) y, en el Derecho español, son «servicios públicos en sentido estricto», la educación y la sanidad (p. 771).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

pueden existir prestaciones particulares (respectivamente, p. ej., viviendas de emergencia propiedad de organizaciones no gubernamentales o cualquier tipo de acción privada contra la pobreza) sin necesidad de autorización administrativa de ningún tipo.

Así las cosas, se observa que no para todos los DFSP se prevé la fórmula del servicio público. Según SÁNCHEZ MORÓN, la *publicatio* es constitucionalmente obligatoria en educación, Seguridad Social, salud y, parcialmente, servicios sociales, y constitucionalmente potestativa (aunque conveniente) en cultura y vivienda³⁴². Ahora bien, si la razón de la obligatoriedad constitucional del servicio público (en sentido amplio) es la existencia de un DFSP, entonces el argumento vale para todos los DFSP. En todo caso, debe matizarse (insistiendo en nuestro concepto amplio de servicio público) que en los ámbitos donde no existe una *publicatio* clara (por falta de tradición al respecto o por la inadecuación de configurar un servicio público al modo tradicional), esto es, en cultura y vivienda, no hay inconstitucionalidad, pues las fórmulas legales utilizadas, como veremos, cumplen los mismos objetivos perseguidos con la *publicatio*.

Cuando las prestaciones son otorgadas por particulares bajo el régimen del servicio público (en sentido amplio), tales particulares se sitúan en una posición sustancialmente equivalente a la estatal. Aunque el régimen concreto puede variar de un supuesto a otro (por eso no es éste el lugar para abordarlo, debiendo remitirnos al efecto a la parte II de la obra), cabe señalar con carácter general³⁴³ que se debe garantizar la continuidad del servicio (es decir, su regularidad, permanencia y no interrupción injustificada), que los poderes públicos pueden modificar las condiciones de prestación del mismo (mutabilidad) y que el particular que presta el servicio tiene obligaciones de respeto a la igualdad (a veces incluso positivas), de calidad y de asequibilidad.

Obviamente, el problema de fondo es si de la dualidad público-privado en el otorgamiento de las prestaciones propias de los DFSP se derivan desigualdades (mejor trato en el ámbito público que en el privado o viceversa) o diferencias de calidad (mejor calidad en el ámbito público que en el pri-

342. SÁNCHEZ MORÓN, 2009, p. 772. Igualmente, MALARET I GARCÍA, 1998, p. 75. En sentido parcialmente similar, VAQUER CABALLERÍA, 2002, pp. 129-130.

343. Seguimos aquí a SÁNCHEZ MORÓN (2009, pp. 765-771), quien se inspira a la vez en el Derecho de la Unión y en el concepto tradicional de servicio público en sentido estricto. Para este autor, con quien coincidimos, el servicio público no ha muerto, solamente se ha transformado, sin renunciar a su esencia (sobre todo, pp. 760-761). Para otra buena síntesis, en esta misma dirección, HERREROS LÓPEZ, 2003, esp. pp. 945-946.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

vado o viceversa). Nada en la normativa vigente (tampoco, en la práctica, se observan problemas claros de trascendencia nacional) permite llegar a esa conclusión y la perspectiva constitucional apunta precisamente en la dirección contraria, aportando en su caso argumentos para la mejor interpretación (o en su caso para la invalidez) de las normas o para exigir su efectividad. No se olvide que el Estado cuenta siempre con la posibilidad de inspección y sanción de los servicios prestados por particulares, así como de revocación de la autorización correspondiente (*infra*, V, 2).

Cuando las prestaciones son otorgadas por particulares fuera del régimen del servicio público, aun en su sentido amplio, esto es, como sanidad o educación puramente privadas (respectivamente, arts. 88 y 89 LGS y 114 y 115 LOE) o al modo de la tradicional beneficencia (desplegada todavía, en buena medida, por la Iglesia católica, aunque cada vez más por organizaciones no gubernamentales o, en términos más amplios, por el llamado tercer sector), nos encontramos ya fuera del contenido (como tal contenido, esto es, vinculante) del DFSP³⁴⁴. El Estado hará bien en fomentar, como parte del carácter objetivo de cada figura, esta actividad asistencial privada, pero sólo podrá controlarla de manera indirecta, no desde la supervisión del incumplimiento de prestaciones que *como tales* quedan fuera del DFSP³⁴⁵. La satisfacción de necesidades por esta vía no exime al poder público de las responsabilidades que en todo caso por definición conserva. Ahora bien, tampoco puede dejar de reconocerse que dicha satisfacción implica, por razones bien distintas (por un lado, tenemos a los más ricos, que prefieren pagar la sanidad, educación o cuidados privados y, por otro, las asociaciones sin ánimo de lucro, que cubren las carencias de la asistencia pública, para ayudar a los más pobres), además del obvio ahorro a las arcas públicas, la renuncia práctica (por supuesto, nunca definitiva), por un grupo (entendemos que poco significativo en España) de titulares de DFSP, de las prestaciones que podría exigir al Estado o a los particulares prestadores de servicios públicos.

Como consecuencia de cuanto venimos señalando, comprobamos que

-
344. Uno de los pocos autores que se enfrentan directamente al tema es VAQUER CABALLERÍA (2002, pp. 128-134). Aunque este autor no razona en términos de DFSP, llega a conclusiones que juzgamos similares a las nuestras: cuando las prestaciones son otorgadas por particulares fuera del servicio público, se mueven en una lógica muy diferente, en un sistema ajeno, sin que quepa en ningún caso hablar de competencia con las públicas.
345. En cuanto a la familia habría que hacer alguna matización. Se trata de una importantísima red de sustento de necesidades en nuestro país (ALEMÁN BRACHO, 2005, pp. 241-246), que no tiene nada que ver con el servicio público, ni material ni formal, pero que en ocasiones actúa como obligada por algunos DFSP (específicamente, cuando la ley —y singularmente el CC— impone obligaciones de alimentos y cuidado entre parientes).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

nuestro modelo constitucional no responde, como a veces se ha dicho, al modelo del «mínimo subsidiario»³⁴⁶, según el cual los ciudadanos han de encontrar la satisfacción de sus necesidades en el mercado y sólo después en el Estado³⁴⁷. Ni constitucional ni legalmente es así: el primer obligado a las prestaciones es el Estado, quien obviamente debe satisfacerlas cuando existan tales necesidades, pudiendo delegarlas, con las condiciones que ya hemos visto, en los particulares. En ese caso (cuando así lo decide el legislador), el mercado (un mercado muy relativo, en todo caso) es quien resulta ser el mecanismo subsidiario de obtención de prestaciones y no al revés.

346. GARCÍA MANRIQUE (2008, p. 376), quien considera (críticamente) que es el modelo de la CE (al menos según la interpretación del mismo que él considera dominante), lo define así: «[1] la provisión pública *complementa* la provisión privada o mercantil, *considerada primaria u ordinaria*; y [2] provisión mínima, o básica, porque es *siempre* menor que la que puede obtenerse en el mercado si se tienen los recursos necesarios» (cursivas nuestras, GE). Pues bien, a nuestro juicio, lo primero sería inconstitucional, lo segundo no necesariamente. En un trabajo posterior, GARCÍA MANRIQUE (2010, p. 81) viene a criticar el concepto de derechos sociales de ALEXY, pero bien mirado, ALEXY no formula una tesis normativa (el Estado debería actuar *después* del mercado) sino meramente descriptiva (no hay monopolio público de las prestaciones) y en este sentido la creemos correcta y trasladable al ordenamiento español. Sea como fuere, la idea parece distinta a la sostenida por los valedores del principio de subsidiariedad (aplicable, en todo caso, sólo en los derechos sociales que atienden situaciones de pobreza): tal y como interpretamos a la doctrina alemana (*supra*, III, 2.1.7), en un país desarrollado algún peso ha de otorgarse a la responsabilidad de cada persona en su situación de necesidad y en las posibilidades de superarla, y desde esta perspectiva puede considerarse que el Estado es subsidiario a la persona (o a la familia, como sucede en materia de vivienda, o a los creadores, como sucede en materia de cultura), no necesariamente al mercado (más claramente, BERLIT, 2005, pp. 110-112). Sin duda, los derechos sociales exigen limitar al mercado pero la propuesta de GARCÍA MANRIQUE (2010, p. 83), al menos con el carácter general que se plantea (*todo* lo relativo a los derechos sociales debe quedar fuera del mercado) nos parece difícilmente compatible con nuestra Constitución económica (*supra*, III, 4.1).
347. La evolución del Derecho de la Unión puede resultar aquí reveladora, como tendencia general (y el realismo obliga a tenerla en cuenta, aunque para nosotros la CE es prevalente), especialmente por cuanto en ese ámbito se tiene por norte (al menos, así se critica desde la izquierda) antes la competencia que la solidaridad. Pues bien, la Unión desconfía del monopolio y obliga a ampliar la competencia pero hasta ciertos límites, entre los cuales se encuentran los servicios relativos a los derechos sociales, no sólo porque en muchos casos no sean rentables sino también y sobre todo porque tienen una lógica diferente a la del mercado. Las técnicas utilizadas por los Estados son un medio y éstos pueden elegir el más apropiado, debiendo justificar, eso sí, que sirven al fin de la solidaridad, lo que no resulta difícil. Al respecto, sigue siendo útil acudir a MUÑOZ MACHADO, 1998, esp. pp. 156 y ss.; para posteriores desarrollos, MUÑOZ MACHADO, 2009, esp. p. 72. Donde mejor se analiza esta problemática es en relación con figuras concretas de DFSP; al respecto, *vid.* el amplio estudio sobre la vivienda como servicio de interés general de PONCE SOLÉ, 2008, pp. 177 y ss., con útiles consideraciones trasladables, *mutatis mutandis*, a otros DFSP.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En otro orden de cosas, partiendo de la constitucionalidad de la realidad legislativa actual, se plantea el problema (de momento más bien hipotético³⁴⁸) de la posible transferencia a los particulares de servicios (los ya existentes o los que se creen en el futuro) asociados a los DFSP (al menos, a su contenido constitucional) y de los límites de dicha transferencia. Nuevamente, antes de abordar el tema, con la brevedad exigida por su naturaleza hipotética (no conviene alargarse demasiado sobre lo que aún no existe), se impone una mínima clarificación terminológica. Reiterando lo señalado en otro lugar³⁴⁹, entendemos por liberalización (o desmonopolización), la ruptura del monopolio público sobre un determinado sector o servicio económico; por despublicación, la pérdida formal de su condición de servicio público; por privatización, el traslado de la titularidad de determinadas empresas del sector público al sector privado o, añadiríamos ahora, de la gestión de un servicio público del Estado a los particulares³⁵⁰; y por desregulación (concepto éste el más impreciso de todos), la disminución del volumen o de la importancia de las normas jurídicas relativas a una determinada actividad. Pues bien, la liberalización no cabe, pues ya dijimos que no existen monopolios en los ámbitos propios de los DFSP y la despublicación (que exigiría reformas legislativas) no parece sobre la mesa (y, de plantearse, seguramente resultaría inconstitucional). Por tanto, el único tema que conviene tratar es la privatización.

La privatización, tal y como la hemos definido y por lo que aquí interesa, puede entenderse en un doble sentido: retirada total del Estado de la gestión directa de servicios públicos de DFSP o retirada parcial. A la vista de la legislación vigente, la retirada total no parece posible³⁵¹. La retirada parcial, ensa-

348. En otros países se han ensayado fórmulas de privatización (aquí se encuentra, como enseguida veremos, el auténtico debate), siendo de particular interés el modelo sueco (ROJAS, 2008). Últimamente, el Partido Popular, citando recientes políticas del Gobierno del Reino Unido, apunta la posibilidad, sin que contemos todavía con un documento claro y preciso al respecto.

349. ESCOBAR ROCA y CHILLÓN MEDINA, 2001, p. 24.

350. Reconocemos que esta última forma de privatización no corresponde con el concepto estricto de la misma (p. ej., DE LA SERNA BILBAO, 1995, pp. 55-64), pero suele utilizarse en el lenguaje político.

351. Tesis que mantenemos en relación con los DFSP, no necesariamente en otros ámbitos, donde se viene aceptando la retirada total (pese a los problemas que la misma plantea: p. ej., ESCOBAR ROCA, 2000, p. 585). El autor que más directamente se enfrenta al problema constitucional de la privatización en DFSP es TRONCOSO REIGADA, quien va más allá de nuestro planteamiento, pues se mueve en la perspectiva de *lege ferenda*. Para TRONCOSO, la retirada total (no sabemos si con despublicación o sin ella, pues en nuestro concepto de privatización cabe la renuncia a la gestión directa manteniendo la *publicatio*) resultaría posible (y aun deseable, como viene a sugerir), como opción (desde luego, no como imposición constitucional) de política legislativa, salvo en materia de salud y educación (1997, pp. 298 y 303). Ahora bien, desco-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

yada ya en el ámbito de la sanidad (*infra*, IX, 4.3.1), cuenta con argumentos a favor y en contra³⁵² y parece constitucionalmente admisible, con las cautelas oportunas, que se resumen en el mantenimiento de los ya mencionados elementos del servicio público material: continuidad, mutabilidad, igualdad, calidad y asequibilidad. Aquí residen el núcleo de la cuestión y los límites constitucionales a la privatización en DFSP: si hablamos, de acuerdo a la legislación vigente (y constitucionalmente así debe ser), de servicios públicos, sólo se admite su gestión indirecta, con un control estatal, mayor o menor³⁵³, pero conservando la esencia del servicio público³⁵⁴; es decir, no bastando el mero recurso de las técnicas de policía³⁵⁵.

5.2.4. Examen especial del personal especializado en el otorgamiento de prestaciones de DFSP

Una peculiaridad importante del otorgamiento de las prestaciones pro-

nocemos por qué nuestro autor selecciona sólo estos dos DFSP y no los demás. Si el argumento para justificar la prohibición de la retirada total (y así lo interpretamos) es que salud y educación son DFSP, igualmente valdría (y así lo afirmamos) para las demás figuras de DFSP. Más correctamente, DE LA SERNA BILBAO, 1995, p. 192.

352. La mayor parte de unos y otros argumentos giran en torno a tres cuestiones de hecho, raramente demostradas empíricamente, al menos con carácter general: para los defensores de la privatización, se gana en eficiencia, calidad y libertad de elección (p. ej., TRONCOSO REIGADA, 1997, pp. 100-104 o EGUIDAZU, 2008, pp. 23-26); para los críticos, no hay evidencia de que la gestión privada sea más eficaz y de mayor calidad (p. ej., PAREJO ALFONSO, 2000, p. 244), y la libertad de elección (que, por definición, existe) no es un valor relevante a tomar en consideración.
353. El control estatal de los servicios privatizados siempre existe, pero desde la técnica de la policía administrativa (para una panorámica, por todos, DESDENTADO DAROCA, 1999, pp. 155 y ss.), que resulta insuficiente, a nuestro juicio, cuando hablamos de DFSP. En su trabajo sobre el tema, PAREJO ALFONSO (2000, esp. pp. 222-223 y 245) se muestra optimista, pues o no hay privatización (sin duda, no la hay, por el momento, desde un concepto estricto de la misma, como el que él maneja) o, si se avecina, «dicha privatización, *como regla general*, no es total o completa, no lo es en su sentido más estricto, toda vez que no alcanza a desresponsabilizar al Estado» (cursiva nuestra, GE). En sentido similar, MIR PUIGPELAT, 2004, pp. 113 y ss., con más referencias. Habrá que estar atentos no obstante, especialmente cuando se rompa esa «regla general».
354. En la práctica, los problemas principales se van a plantear con la igualdad, calidad y asequibilidad. Si pudiera demostrarse que el otorgamiento privado de prestaciones no cumple los parámetros de igualdad, calidad y asequibilidad exigidos por la CE, habrá que ver si el incumplimiento reside en la norma o en su aplicación. Si la norma sigue la lógica del servicio público, el problema estará en su aplicación, y siempre cabrá entonces remedio contra ello, por vía de garantía administrativa o judicial. Si el problema de aplicación es persistente y generalizado (tesis que vienen a sostener, sin evidencia empírica, los críticos de la privatización), quizás convendrá plantearse el retorno a la gestión estatal directa.
355. Ahora bien, con frecuencia las modalidades clásicas de intervención administrativa

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pías de los DFSP es su carácter personalísimo, mucho más acentuado cuando estamos en presencia de prestaciones de servicios: si las prestaciones sirven a la satisfacción de necesidades, está claro que las necesidades, aunque puedan objetivarse en algunos casos (p. ej., la situación de desempleo), varían, no sólo en cada persona sino incluso en cada situación personal concreta. Esta circunstancia, poco atendida por la dogmática de los derechos sociales, ha sido acertadamente destacada entre nosotros por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO³⁵⁶. Este autor señala que, especialmente en las prestaciones personales, el legislador debe fijar sólo las líneas maestras, dejando a la Administración la determinación en cada caso del contenido de la prestación. Sin embargo, al final, la prestación concreta no suele ser otorgada por un acto administrativo típico sino por la actuación de un profesional; como dice WAHL, mediante la «interacción entre una persona prestadora y el destinatario de la prestación»³⁵⁷. Si bien RODRÍGUEZ DE SANTIAGO está pensando sobre todo en la asistencia sanitaria y en la asistencia social, el planteamiento resulta aplicable a casi todos los DFSP, pues normalmente (también, p. ej., cuando se concede una pensión no automática, en cuyo otorgamiento hay un margen para la interpretación) la verificación de que el solicitante cumple los requisitos fijados por la norma queda en manos de un profesional.

Así las cosas, los problemas que se plantean son la eventual desigualdad de trato, difícilmente evitable, entre las prestaciones efectivamente recibidas por unos y otros titulares de los DFSP (p. ej. un médico puede prescribir un tratamiento en un caso y otro médico no prescribirlo en otro caso idéntico), y sobre todo, el control de los profesionales, pues éstos han de tener un margen de actuación³⁵⁸ (en parte derivado de su derecho a la libertad profesional, que tiene un cierto reconocimiento constitucional³⁵⁹) pero no pueden negar o cumplir insuficientemente el contenido del DFSP. Nuevamente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO apunta muy bien el problema, al aludir a un peligroso «elemento de dominio» del profesional sobre el titular del DFSP³⁶⁰. Se trata de una cuestión de garantías, por lo que posponemos su análisis más detenido a un capítulo posterior (*infra*, V, 2). Podemos sin embargo adelantar algunas ideas, anunciadas también por el autor a quien seguimos y com-

se entremezclan en materia social (p. ej., GARCÉS SANAGUSTÍN, 2009, pp. 157-159). Las técnicas características del servicio público que a nuestro juicio deben mantenerse se refieren a lo esencial, a lo que venimos caracterizando precisamente como prestaciones vinculadas a los DFSP, no necesariamente a todo lo demás.

356. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, esp. pp. 98 y ss.

357. WAHL, 2001, p. 64.

358. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 110.

359. P. ej., SSTC 83/1984, FJ 3; 89/1989, FJ 5 o 118/1996, FJ 4.

360. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 112.

pletamos en este punto³⁶¹: debe concederse un margen al control de los profesionales por las autoridades administrativas de las que aquéllos dependen; existe una obligación administrativa de formación de los profesionales, que nosotros entendemos derivada del carácter objetivo de los DFSP³⁶²; y han de potenciarse las garantías no judiciales frente a la vulneración de los DFSP por los profesionales, habida cuenta de que, mientras se desarrolla la relación prestacional, la actuación de los tribunales no resulta adecuada en la mayor parte de los casos.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

6.1. EL MODELO TRADICIONAL DE CONTROL DE LAS INTERVENCIONES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES: APLICACIÓN A LA FACETA DEFENSIVA DE LOS DFSP

Como sabemos, los DFSP tienen en parte un contenido defensivo, y a él se aplica el modelo tradicional de control de las intervenciones sobre los derechos fundamentales. Esta faceta de los DFSP no es la más característica de los mismos (incluso en alguna figura resulta casi imperceptible) pero conviene detenerse con algún detalle sobre ella, ahora en relación con las intervenciones y límites, a fin de recordar los lineamientos del aludido modelo tradicional, para comprobar después si éste resulta aplicable también o aplicable en parte a la faceta prestacional de los DFSP, que es la que más nos interesa.

La intervención (también llamada afectación, injerencia o restricción) sobre un derecho de defensa es aquella acción realizada por un obligado del mismo y que afecta negativa y significativamente a una o más de las inmunidades o facultades que integran su contenido³⁶³. Las hipótesis de intervención son numerosas; en síntesis, consisten en privaciones o ataques contra los bienes protegidos por los derechos reaccionales y en disuasiones, dificultades, prohibiciones y castigos contra las acciones asociadas a los derechos de libertad. Con frecuencia se confunden los conceptos de intervención y límite³⁶⁴. Como después veremos, se trata de dos categorías distintas, resultando en el plano lógico la primera anterior a la segunda.

361. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, pp. 111-113.

362. Esta perspectiva ha sido destacada, de un modo u otro, por el Comité DESC (p. ej., OG 13, ap. 6, OG 14, ap. 44, OG 20, ap. 38) y, con mayor claridad, por la FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN (p. ej., 2006, Rec. 8; 2008, Rec. 29 a 32).

363. Tomamos el concepto de la doctrina alemana (*eingriff*). En castellano, CASAL, 2010.

364. La doctrina española, con contadas excepciones (p. ej., BRAGE CAMAZANO, 2004, pp. 280 y ss. o CABEZUDO BAJO, 2005, pp. 204-205), prácticamente desconoce el concepto de intervención. Sobre la necesidad de distinguir entre ambos conceptos ya nos pronunciamos en ESCOBAR ROCA, 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Para la comprensión general del doble fenómeno de la intervención-limitación puede acudirse inicialmente a un concepto amplio de límite, muy utilizado en las aproximaciones menos rigurosas al tema. Así, desde las primeras formulaciones de los derechos en el plano nacional (p. ej., art. 4 de la Declaración francesa de 1789) e internacional (p. ej., art. 29.2 DUDH) es un lugar común afirmar que éstos se encuentran limitados por los derechos de los demás y por otros bienes de relevancia colectiva; no se olvide que ya en el plano filosófico los derechos humanos son parte de la moral, no toda la moral. La configuración no absoluta de los derechos engarza, sobre todo, con las concepciones de corte individualista: si los derechos responden a intereses particulares de las personas concretas, el conflicto de unos derechos con otros resulta inevitable. En aproximaciones de tipo más objetivo (como la teoría institucional) la idea de límite encuentra peor encaje. Por nuestra parte, aquí consideraremos, al igual que la opinión mayoritaria en la dogmática actual, que la idea de límite de los derechos (en el sentido amplio de la expresión) es algo natural e inevitable: dejando aparte el contenido esencial, cabe entender por tanto que no existen derechos ilimitados.

El primer problema que plantean las intervenciones es la constatación de su relevancia, pues pueden existir intervenciones de bagatela, de muy escasa entidad o sólo ligeramente disuasorias, todo lo cual resulta de difícil objetivación. Sin embargo, hay casos claros; por ejemplo, no parece relevante (y por tanto no constituye intervención propiamente dicha) el cierre de un museo los lunes o la imposición de un canon de unos céntimos de euro por la compra de un aparato de grabación (no afectarían al derecho a la cultura) o un aumento razonable sobre el precio de arrendamiento de una vivienda (no afectaría al derecho a la vivienda).

La intervención procede del exterior del derecho y sólo resulta posible sobre el contenido del mismo, que previamente habrá de determinarse. En consecuencia, el concepto de intervención es por naturaleza relacional, ya que se encuentra siempre en directa dependencia de lo que en cada caso se entienda por contenido del derecho intervenido. El problema esencial es entonces la determinación previa del contenido de los derechos, aunque a veces se confunda esta cuestión con la irrelevancia de la intervención. Por ejemplo, cuando el legislador impone una preparación especial para el ejercicio de determinadas profesiones no está realizando una intervención irrelevante sobre el derecho al trabajo, en su faceta de libertad de trabajar, ya que en este caso no hay intervención en sentido estricto, pues se entiende que la libertad de trabajar no comprende la libertad de trabajar en cualquier oficio, pero la cuestión no deja de ser discutible: todo depende, insistimos, de la previa determinación del contenido del derecho que se proponga. En gene-

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

ral, puede afirmarse que no hay una diferencia tajante entre determinar y restringir el contenido de un derecho. Siendo esto así, el razonamiento en torno a la intervención no puede separarse del razonamiento en torno al contenido.

Una determinación estrecha del contenido de los derechos limita la argumentación en torno al control de las intervenciones, lo que en última instancia resulta perjudicial para el valor de la libertad. Así, si consideramos que una concreta inmunidad o facultad queda fuera del contenido de un derecho se cierra el paso a todo razonamiento sobre el caso planteado. Por ello, debemos insistir en la regla interpretativa de la determinación amplia del contenido (*supra*, 4.3.1).

El concepto de intervención se aplica normalmente a las afectaciones a los derechos fundamentales procedentes de los poderes públicos. Sabemos que también los particulares se encuentran obligados por los derechos, pero el alcance de esta obligación no llega a la intensidad característica de la vinculación de los poderes públicos (*supra*, 5.2.2). En la mayor parte de los casos, las intervenciones de los particulares sobre los derechos de otros o están sancionadas en vía penal o administrativa o implican un conflicto de derechos a resolver en el orden jurisdiccional civil o laboral. En lo sucesivo, nos referiremos al ámbito natural de aplicación de la teoría de las intervenciones, esto es, a las procedentes de los poderes públicos, haciendo no obstante una referencia al caso especial de la colisión o conflicto de derechos y advirtiendo que gran parte de lo que a continuación se dirá resultaría trasladable, *mutatis mutandis*, a las intervenciones procedentes de particulares. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional ha ensayado ya esta penetración del modelo clásico de control en el Derecho privado, por la vía de la revisión de resoluciones de tribunales del orden laboral³⁶⁵.

Las intervenciones de los poderes públicos pueden ser de alcance general (contenidas en leyes o reglamentos) o particular (derivadas de actos materialmente administrativos, vía de hecho o de resoluciones judiciales). Por lo general, las Constituciones y los textos internacionales no contienen intervenciones, sino límites. Al igual que acontece en el proceso de determinación del contenido de los derechos, la posición de cada poder público resulta distinta en relación con las intervenciones. Veamos:

- a) Intervenciones del legislador. Como consecuencia del principio democrático, el legislador es el órgano del Estado a quien de forma

365. P. ej. la STC 186/2000 examina la idoneidad, necesidad y ponderación de la filmación, en un circuito cerrado de televisión, por parte de un empresario de las actividades realizadas, en el centro laboral, por los trabajadores a su cargo.

natural corresponde intervenir sobre los derechos. Precisamente la configuración clásica de la reserva de ley responde a esta idea: es el legislador (y no la Administración) quien se encuentra en mejores condiciones para articular los intereses individuales y colectivos, y ello exige sin duda alguna afectación de los primeros. Es más, el legislador no puede delegar esta tarea en la Administración: si la ley habilita en blanco al reglamento a intervenir sobre los derechos, vulnerará la reserva y resultará por ello inconstitucional. Normalmente en relación con esta idea, en conexión con el principio de seguridad jurídica, suele hablarse también de una exigencia específica de las leyes que afecten a derechos: la claridad o certeza en la intervención³⁶⁶. Piénsese, sobre todo, en los peligros inherentes a una desmesurada aplicación administrativa de la cláusula del orden público u otras similares, por mucho que se encuentren previstas en la ley.

Como corresponde a su peculiar posición en el sistema de fuentes de un Estado democrático, la ley cuenta con un importante grado de libertad para afectar a los derechos; en muestra de ello, a diferencia del resto de los poderes públicos, el Parlamento no está obligado a motivar expresamente sus intervenciones. Siendo esto cierto, también lo es que dicha libertad no puede ser total. El Estado de Derecho no permite los actos carentes de motivación (de otra forma, serían arbitrarios), correspondiendo en su caso al Tribunal Constitucional descubrir la motivación implícita del legislador. Además, como veremos después, las intervenciones legislativas están sujetas al control de su justificación, más riguroso aquí que en la tarea de determinación del contenido de los derechos.

- b) Intervenciones de la Administración. Si existe una reserva de ley a favor de un derecho, parece claro que sólo por ley podrá intervenir sobre el mismo. Normalmente se considera que se debe ser más exigente en materia de intervenciones que en materia de determinación del contenido. Es más, a juicio de una influyente corriente doctrinal,

366. Así, en palabras de la STC 292/2000, «aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones [en rigor, intervenciones, GE] del derecho fundamental establecidas por una Ley, éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. [...] Y al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la Ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla, menoscabando así tanto la eficacia del derecho fundamental como la seguridad jurídica».

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

aunque no haya reserva específica, del mismo principio de legalidad se deriva la necesidad de que la Administración fundamente en una ley previa las intervenciones que decida imponer. Como en tantas ocasiones, en la práctica se imponen matizaciones a lo antedicho (reserva relativa de ley), resultando también frecuente que los tribunales legitimen intervenciones administrativas contenidas en reglamentos sólo indirectamente sustentados en la ley³⁶⁷. Como se advierte, parece en todo caso necesario que la intervención cuente con algún tipo de referente legal. Descartada la constitucionalidad de las cláusulas legales que permitan una intervención administrativa sobre los derechos a partir de conceptos excesivamente genéricos, las leyes suelen habilitar a la Administración para intervenir en casos concretos; por ejemplo, para realizar los trámites necesarios para el ejercicio de algunos derechos, para condicionar su ejercicio o para impedirlo temporalmente. En muchos de estos casos la propia ley prevé mecanismos específicos destinados a impedir una eventual extralimitación de las potestades administrativas. Además de su previsión legal, los actos administrativos que afecten a derechos deben respetar un requisito adicional, no exigido al legislador: el deber de motivación expresa³⁶⁸. En definitiva, una concepción rigurosa del Estado de Derecho impone la anulación judicial de los actos administrativos que no justifiquen expresa y adecuadamente, conforme a los parámetros que después veremos, la intervención sobre los derechos. En esta dirección, la jurisprudencia ha ido conformando algunas reglas generales de la motivación administrativa, muy rigurosas en esta materia, como la obligación de justificar el cambio de criterio, la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia de la motivación *ex post* o la necesidad de motivación individualizada, sin que resulte suficiente para considerar motivada una decisión la mera referencia genérica al precepto que le sirve de sustento legal.

c) Intervenciones de los tribunales. Las exigencias derivadas de la re-

367. Así, según la citada STC 292/2000, «incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del Reglamento, pero siempre que estas remisiones restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley».

368. En palabras de la STC 52/1995, «la restricción del ejercicio de derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó, siendo la motivación un riguroso requisito del acto del sacrificio de los derechos».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

serva de ley y, en su caso, del principio de legalidad, alcanzan también a los tribunales. Ciertamente, aquí el peligro para los derechos es menor, ya que, por un lado, a diferencia de la Administración, los jueces sólo actúan a instancia de parte y, por otro, se encuentran mentalmente mejor formados en el respeto al Derecho y, más en especial, en la protección de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, que el riesgo sea pequeño no debe hacernos olvidar que existe. En coherencia con la posición constitucional que ocupan, los jueces sólo podrán intervenir sobre los derechos mediando previa habilitación legal. Hay diversos supuestos de previsión legal de intervenciones judiciales sobre los DFSP, entre los que podrían citarse las afectaciones más típicas a la faceta defensiva de los derechos a la salud (la imposición de un tratamiento) o a la vivienda (el desahucio).

Al igual que veíamos en relación con la Administración, las intervenciones de los tribunales sobre los derechos, además de someterse al régimen general de control que ahora veremos, deben encontrarse especialmente motivadas. De esta forma, el deber de motivación de las resoluciones judiciales se convierte en una garantía añadida, de gran utilidad para el control de las intervenciones de esta procedencia.

El modelo más asentado de control de las intervenciones sobre los derechos de defensa, destinado a verificar su legitimidad o constitucionalidad, una vez superado el test de la previsión legal³⁶⁹, consta de dos pasos³⁷⁰:

- a) En primer lugar, las intervenciones deben hallar fundamento en otra norma constitucional³⁷¹, la cual opera como necesario límite al derecho en cuestión: una cosa es la intervención (p. ej., el tratamiento

369. Para más detalles sobre los requisitos legales de las intervenciones, BRAGE CAMAZANO, 2004, pp. 311-332.

370. Entre ambos suele incardinarse el respeto al contenido esencial, sobre el que ya nos hemos pronunciado en este capítulo, y a ello remitimos (*supra*, 4.2.3). Pese a las dificultades de separar en cada derecho entre el contenido esencial y el no esencial (lo que explica seguramente la escasa mención a esta garantía en la más reciente jurisprudencia constitucional) y pese a las críticas de parte de la doctrina (según la cual la extrema ambigüedad de la fórmula facilita su uso como tópico argumentativo en blanco), creemos conveniente mantenerla.

371. Tesis unánime en nuestra doctrina: por todos, MEDINA GUERRERO, 1996, p. 73, y NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 76. La exposición más detenida es seguramente la de BRAGE CAMAZANO, 2004, pp. 295 y ss. La utilización de tratados internacionales para fundamentar las intervenciones sobre los derechos fundamentales no parece admisible, dada su subordinación a la CE. Los mismos tratados parecen además negar esta posibilidad (arts. 53 CEDH y 53 CDF).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

sanitario forzoso o el desahucio) y otra el límite que forzosamente ha de justificarla (respectivamente, la salud pública o la propiedad privada). Los fines y valores sociales, por importantes que sean, no pueden ser utilizados como límite de los derechos si no encuentran reconocimiento en el texto fundamental³⁷². Entender lo contrario implicaría tanto como privar a la Constitución de su condición de norma jurídica: si los derechos fundamentales gozan, por definición, de rango constitucional, sólo en normas del mismo rango podrá encontrarse la justificación de lo que, también por definición, son afectaciones a las inmunidades y facultades que integran su contenido.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los límites de los derechos fundamentales pueden ser directos, esto es, expresamente mencionados como tales en relación con determinados derechos (no hay ningún ejemplo para los DFSP), o indirectos, esto es, no previstos para justificar intervenciones sobre los derechos³⁷³. Hay numerosos supuestos de aplicación de límites indirectos a la faceta defensiva de los DFSP: además de los dos recién citados (la salud pública y la propiedad privada) podemos añadir, entre otros, la seguridad (que es la consideración colectiva del derecho a la vida e integridad) o los derechos de autor y a la intimidad, que podría limitar la libertad de acceder a determinados bienes culturales, o la protección de los menores, que podría limitar su libertad de ser o no educados por los poderes públicos. Hay que advertir que la justificación constitucional de las intervenciones mediante límites indirectos habrá de ser especialmente cuidadosa, pues de otro modo se corre el riesgo de reducir a la nada la fuerza normativa de los derechos; sobre todo, deberá evitarse en lo posible el recurso a normas cuya finalidad está claramente alejada de lo que podríamos denominar el sistema de los derechos, así como a las normas de principio, cuya característica indeterminación no permite obtener resultados fiables en la resolución de este tipo de problemas.

- b) Como segundo límite de los límites adquiere progresiva fuerza en la jurisprudencia constitucional (en España desde mediados de los noventa) la idea de que las intervenciones sobre los derechos fundamentales, además de encontrar fundamento constitucional en un límite directo o indirecto, deben respetar el principio de proporcionalidad. Este principio, surgido en el Derecho público alemán del siglo

372. Este punto fue destacado por DE OTTO en su clásico estudio de 1988, pp. 115 y ss.

373. Este segundo supuesto es precisamente el más habitual, como se afirma en la minuciosa exposición de LINDNER, 2005, pp. 278 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

XIX con el fin de controlar la actividad administrativa de policía, ha sido trasladado al Derecho de los derechos fundamentales, por entenderse hoy implícito en la cláusula del Estado de Derecho. En las construcciones más desarrolladas, el principio de proporcionalidad se concreta en tres exigencias: adecuación o idoneidad (la intervención debe resultar adecuada o idónea para el fin que se propone, que no es otro que el reconocido por la norma constitucional que le dota de cobertura, como límite directo o indirecto); necesidad o indispensabilidad (cuando existan dos o más medios, todos ellos constitucionalmente legítimos, para la consecución del fin que justifica la intervención, deberá optarse por el menos dañoso para el derecho intervenido); y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto (habida cuenta de que, por definición, entran en colisión dos normas constitucionales –el derecho y su límite– debe intentarse, en la medida de lo posible, una ponderación o equilibrio entre ambas, procurándose que los intereses subyacentes se respeten en lo esencial)³⁷⁴.

El campo típico de aplicación del principio de proporcionalidad es el control de la intervención administrativa sobre los derechos de defensa. Cuando está en juego la actuación del legislador, los criterios examinados para juzgar la constitucionalidad de las intervenciones, al estar muchas veces teñidos de valoraciones morales y políticas, deben ser utilizados con cautela, pues de otro modo podría ponerse en riesgo el principio democrático³⁷⁵. La naturaleza no estrictamente jurídica (valoración de situaciones fácticas) y en ocasiones netamente política del principio de proporcionalidad se pone de manifiesto, sobre todo, en los juicios de necesidad y de ponderación. Por ejemplo, determinar si imponer la vacunación obligatoria es indispensable (es decir, que no existen otros medios para conseguir igualmente el fin pretendido) para impedir una epidemia deriva de apreciaciones fácticas que no encajan bien en las categorías jurídicas; o decidir si los intereses de la sociedad a la integración de los menores, por un lado, y de los padres a formar libremente a sus hijos, por otro, resultan adecuadamente ponderados entre sí con la prohibición de la educación alternativa, depende de apreciaciones valorativas. El análisis de casos pone de manifiesto el subjetivismo inherente,

374. Para un análisis más detallado, BRAGE CAMAZANO, 2004, pp. 333-396.

375. Además de otros principios importantes, como la eficacia administrativa y la seguridad jurídica. Para una exposición de los planteamientos críticos con el principio de proporcionalidad, por todos, RAUE, 2006. No faltan autores que advierten un cierto repliegue del principio, limitando quizás algunos excesos de la jurisprudencia pasada; por todos, KAHL, 2006, pp. 605 y ss. Entre nosotros, la mejor exposición crítica es seguramente la de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2000.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

sobre todo, a la atribución del mayor o menor peso de cada uno de los intereses en conflicto. Por ello, son frecuentes las críticas doctrinales a la inseguridad jurídica y a la alteración del equilibrio de poderes (llega a afirmarse que los tribunales sustituyen a la Administración y al Parlamento en su función de equilibrar los intereses individuales y colectivos) que derivarían de la idea misma de ponderación. Sin embargo, el método de la ponderación se encuentra hoy tan extendido en materia de derechos fundamentales que no cabe su sustitución por otro alternativo³⁷⁶, y las dos críticas aludidas pueden ser respondidas como sigue:

- a) La repetición de casos similares va creando un cuerpo doctrinal que reduce considerablemente el subjetivismo y la inseguridad jurídica, configurando reglas de prevalencia generalizables. En esta dirección, cobran creciente aceptación métodos como la llamada *ley de la ponderación*, según la cual «cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario», y otros similares.
- b) Como sabemos, un cierto reforzamiento del poder de los tribunales es una consecuencia inevitable de la vinculación actual de los derechos fundamentales (*supra*, III, 1.2). Para paliar sus efectos sobre el principio democrático, el legislador debería realizar cuantas ponderaciones le resultaran posibles. Los tribunales, por su parte, deberían llevar a cabo un control moderado de la ley (afirmación aplicable, *mutatis mutandis*, al control de la discrecionalidad administrativa). En realidad, rara vez los tribunales anulan intervenciones legislativas sobre los derechos por vulneración del principio de proporcionalidad.

Por último, todos los criterios de justificación de las intervenciones descritos hasta aquí, al igual que sucede con los métodos de interpretación de las normas en general, operan en la argumentación de modo acumulativo; de esta forma, si una intervención tiene un débil fundamento en un límite indirecto, parece afectar al contenido esencial del derecho y resulta discutiblemente ajustada a los tres elementos del principio de proporcionalidad, podemos esperar con más seguridad su declaración de inconstitucional que si la intervención hubiera afectado tan sólo al principio de ponderación.

Un supuesto especial de intervención, en el sentido amplio del término, es el de la colisión o conflicto entre derechos. En estos casos normalmente un poder privado, en el ejercicio de un derecho fundamental propio, afecta

376. Como relata GONZÁLEZ PASCUAL (2010, p. 62) sobre Alemania, ni siquiera los autores más críticos llegan a postular la desaparición del principio.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

al derecho fundamental de otro particular³⁷⁷. En estos supuestos, la necesaria previsión constitucional del límite que justifica la intervención se encuentra, por definición, en la norma material de reconocimiento de otro derecho fundamental. Por ello, no hay otro modo de solucionar el conflicto que acudiendo al principio de ponderación o de proporcionalidad en sentido estricto. La práctica jurisprudencial muestra el uso de tópicos argumentales complementarios al principio de ponderación, de los cuales pueden extraerse en ocasiones tesis a favor de una cierta prevalencia de algunos. El método de solución del conflicto puede ser descrito como sigue. Primero habrá que analizar si la colisión se produce entre derechos del mismo rango (p. ej., entre derechos fundamentales) o entre derechos de naturaleza distinta (p. ej., entre un derecho fundamental claramente garantizado en una norma material de reconocimiento y un derecho que cabría deducir, sin demasiada seguridad, de la interpretación de un principio constitucional). Seguidamente, a la vista de lo anterior y de las circunstancias del caso, deben equilibrarse los intereses en juego. Aunque la solución depende de cada supuesto pueden avanzarse algunos criterios generales: cuando el particular que interviene sobre el derecho de otro se encuentra en una situación de poder (el típico caso es el empresario), habrá que dar preferencia, de entrada, al derecho del sujeto en situación de subordinación, y ello no sólo por razones derivadas del principio del Estado social sino también por la dificultad de otorgar el mismo peso a la libertad de empresa (el derecho que mejor traduce en términos constitucionales el principio iusprivatista de la autonomía de la voluntad) que, por ejemplo, al trabajo digno (*supra*, III, 4.2). Cuando es la propiedad privada la que colisiona con un DFSP, puede hacerse mención a la «función social» de aquélla, que avala una cierta subordinación frente a intereses quizás más conectados con el principio de dignidad de la persona. Se impone, sin embargo, una atención más detenida a las circunstancias de cada caso concreto.

Hasta aquí la exposición sucinta del modelo de control de las intervenciones sobre la faceta defensiva de los DFSP. Este modelo, aunque es evidente que ha ido evolucionando, se concibió originalmente para controlar los daños externos a los ámbitos vitales y a las libertades de los individuos, fundados en el mejor de los casos en la salvaguarda de bienes colectivos o de derechos de otros. La situación típica que el modelo tiene en mente mantiene así importantes diferencias con la situación típica de daños a los DFSP, esto es, a su faceta prestacional: en este último caso, el objeto a controlar no es una

377. Los conflictos entre un derecho fundamental y un derecho subjetivo dotado de relevancia constitucional, gracias a su apoyo en otra norma constitucional, son asimilables a los conflictos entre derechos fundamentales.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

actuación activa sino una omisión o una actuación insuficiente y no siempre vamos a encontrarnos con problemas claros de colisión con bienes colectivos o con derechos de otros. No obstante, dado el éxito del modelo tradicional de control de intervenciones, siguiendo la propuesta de Dieter GRIMM³⁷⁸, convendrá que intentemos aprovecharlo en la mayor medida posible e incluyamos las omisiones entre las intervenciones sobre los derechos fundamentales³⁷⁹. En los apartados que siguen discutiremos en qué medida puede lograrse este propósito, distinguiendo entre cuatro hipótesis diferentes de intervención. Antes de ello, conviene advertir brevemente de la posición metodológica que adoptaremos: sobre la base de una selección (lógicamente, no neutral) de sentencias significativas con carácter vinculante, extraeremos un modelo general, útil tanto para la construcción de un razonamiento homogéneo similar para casos futuros de presunta vulneración de DFSP como para la crítica de los razonamientos que no cumplan dicho modelo.

6.2. OMISIÓN DE TODA PRESTACIÓN

Si existe un DFSP y si ese derecho es exigible en un supuesto concreto, por definición existe también una obligación de otorgar las prestaciones correspondientes y si no es así, habrá vulneración del DFSP, salvo que existan razones constitucionales de mayor peso que justifiquen el incumplimiento de esa obligación.

Existiendo una demanda de prestación mínimamente razonable o formalmente correcta (no siempre es necesaria la solicitud formal) en lo sustancial, derivada de un DFSP, debe ser respondida por los obligados de ese DFSP.

El estudio doctrinal de la vulneración de los DFSP en general y de las omisiones de toda prestación (normalmente denominadas omisiones absolutas) en particular suele centrarse en el control de la inactividad del legislador. Ciertamente, el tema puede resultar interesante desde una perspectiva teórica (por cuanto destaca bien la importancia de la obligación de legislar sobre DFSP) o *puramente* constitucional (la singularidad de la CE es que se trata de la *única* norma que vincula al legislador³⁸⁰) pero resulta escasamente relevante en la práctica: las vulneraciones a los DFSP proceden, en la inmensa mayoría de los casos, de omisiones administrativas³⁸¹, y no conviene

378. GRIMM, 2006, pp. 168 y ss. Adelantemos ya su conclusión, con la que coincidimos: salvo en el caso de las omisiones absolutas, que son las menos, el modelo tradicional de control, con algunas matizaciones, sirve (pp. 168 y 172-173).

379. Así lo hace uno de los pocos autores que en España analizan con cierto rigor el concepto de intervención: BRAGE CAMAZANO, 2004, pp. 284-285.

380. Con la salvedad, matizadamente, del Derecho internacional y de la Unión Europea.

381. Así también, COURTIS, 2009, p. 47.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

perder la perspectiva centrándonos en lo excepcional. Tan inconstitucional es la vulneración administrativa como la legislativa de un DFSP. El problema del desenfoque se acentúa si atendemos a las dificultades (no insalvables, como veremos: *infra*, V, 3.7.3) procesales para controlar las omisiones legislativas absolutas, que lleva a algunos a tirar la toalla y a eludir finalmente la cuestión. De forma simplificada, el planteamiento que aquí queremos combatir rezaría como sigue: «el principal obligado al cumplimiento de los DFSP es el legislador; ahora bien, como no puede obligarse al legislador a actuar, no hay forma posible de lograr el cumplimiento de los DFSP».

Como decíamos, normalmente contamos con ley de reconocimiento de los DFSP y, a partir de ella (y de forma excepcional también sin ella, *supra*, 4.4), el obligado natural de los DFSP es la Administración, la cual ha de iniciar los procedimientos solicitados por los interesados (arts. 70 y 71 LPC) y desde luego dictar resolución expresa en los ya iniciados (art. 42 LPC). En cuanto a los tribunales, en algunas ocasiones, poco frecuentes, deben otorgar directamente las prestaciones (seguidamente pondremos dos ejemplos de ello), y en estos casos (como en todos los demás) también están obligados a responder sin excepciones a las demandas de los ciudadanos (arts. 24.1 CE, 7.3 LOPJ y 1.7 CC). Lo normal será, sin embargo, que la función de los tribunales consista no en otorgar prestaciones sino en controlar su no otorgamiento por parte de la Administración, es decir, no en cumplir el derecho sino en garantizarlo en caso de incumplimiento injustificado o vulneración (*infra*, V, 3.1).

Si el supuesto típico de daño por omisión de toda prestación (omisión absoluta en sentido amplio) de un DFSP se produce en el ámbito administrativo, en él debemos centrarnos. Los supuestos básicos son cuatro³⁸²:

- a) Inactividad reglamentaria. Si existe una ley reguladora, total o parcialmente, de un DFSP, suele existir (depende de cada figura de DFSP y del alcance más o menos detallado de cada ley) la obligación administrativa de desarrollarla, y así sucede, expresamente, en las leyes estatales más importantes (p. ej., DF 6ª LOE, DF 5ª LCC o DF 7ª LD). Como regla general, puede señalarse que esa obligación se da cuando la ley no es lo suficientemente precisa como para poder ser aplicada directamente. Si, por desidia del Parlamento, no existe ley reguladora alguna, mientras la reserva de ley no lo impida (y ya hemos mantenido aquí una concepción flexible al respecto, *supra*,

382. Para un análisis más detenido del régimen jurídico general de los tres primeros supuestos remitimos a GÓMEZ PUENTE, 2002, respectivamente pp. 307 y ss., 403 y ss. y 793 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

- 4.4), también existe una obligación de la Administración de regular, como ha sucedido, de manera significativa, en relación con el derecho a la vivienda. Como veremos, según la mejor jurisprudencia la clave para el control judicial de la inactividad reglamentaria es de tipo material, es decir, si existe o no un auténtico deber administrativo de regular (*infra*, V, 3.3). Pues bien, a nuestro entender, éste se encuentra implícito, como regla general, en el deber de protección de los derechos fundamentales.
- b) Inactividad declarativa formal. Si la Administración está legalmente obligada a dictar un acto administrativo de reconocimiento de un DFSP o, lo que viene a ser lo mismo, de otorgamiento de las prestaciones correspondientes (casos, p. ej., de las pensiones o de las ayudas sociales en vivienda o para la dependencia), debe hacerlo, y si no es así, cometerá un ilícito jurídicamente sancionable. Ciertamente, aunque la ley impone a la Administración la obligación de responder a los ciudadanos, también prevé que la Administración va a incumplir con frecuencia esta obligación y por ello regula el silencio administrativo, que con carácter general es positivo (art. 43 LPC). Pese a ello e incluso pese a la obtención del certificado acreditativo del silencio, es posible que el titular del DFSP siga sin recibir la prestación que demanda. Pues bien, a la vista del Derecho vigente, resulta claro que las omisiones absolutas de la Administración son por sí mismas ilegales y, podríamos añadir, también inconstitucionales, por vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE): si este principio exige a la Administración una actuación no irrazonable, parece irrazonable la misma ausencia de razones.
- c) Inactividad material. Como iremos comprobando en el estudio de las figuras concretas, muchos DFSP, y significadamente los consistentes en prestaciones de servicios (salud y educación sobre todo), no requieren la emisión de un acto administrativo formal. Ello no quiere decir, desde luego, que no exista un deber de desplegar una actuación administrativa, tan jurídicamente controlable como el anterior.
- d) Acto administrativo expreso que deniega al ciudadano toda prestación. No se trata aquí de una omisión absoluta en sentido estricto, pues existe una actuación pero que de manera expresa y formal concluye que el solicitante no tiene derecho a recibir prestación alguna. Una vez más, las posibilidades de control de este acto administrativo dependen de la cuestión de fondo, esto es, de si realmente nos encontramos dentro del contenido de un DFSP y, en ese caso, si la

Administración puede justificar adecuadamente la negativa total a satisfacerlo.

Ciertamente, en algún caso la omisión absoluta de la Administración puede ser, por motivos formales, en sí misma ilegal pero ello no implica automáticamente que sea vulneradora del DFSP. Para ello debería demostrarse, en cualquiera de los cuatro supuestos, que la omisión absoluta produce un daño efectivo al titular del DFSP, esto es, un incumplimiento de su contenido o, más precisamente, una falta de otorgamiento de las prestaciones correspondientes. Si el supuesto de hecho del DFSP se cumple, no parece fácil aducir razones que justifiquen una omisión absoluta.

Veamos seguidamente algunos ejemplos de inactividad absoluta vulneradora de un DFSP, para comprobar mejor cuanto venimos diciendo. En su exposición nos detendremos especialmente en dos cuestiones que consideramos clave: el papel de las normas en la constatación inicial del incumplimiento y las eventuales razones aducidas para justificar dicha inactividad absoluta. Hemos elegido ejemplos jurisprudenciales de tribunales que dictan sentencias con fuerza vinculante:

- a) La STEDH *Moreno Gómez* contra España, de 16 de noviembre de 2004, puede ser analizada como un supuesto de omisión absoluta del cumplimiento del derecho a la protección de la salud. En primer lugar, el Tribunal señala que la Administración no hizo nada por impedir el ruido sufrido por la demandante: «la administración toleró el incumplimiento reiterado de la regulación que ella misma había establecido» (ap. 61). Seguidamente, el Tribunal afirma que como consecuencia de la omisión absoluta de la Administración, se produjo un daño al bien jurídico protegido: «los niveles de ruido en el interior de las viviendas situadas en esta zona son intolerablemente elevados durante la noche y, por tanto, tienen una repercusión negativa en la salud y bienestar de los habitantes» (ap. 45). Y de ahí se concluye sin más la vulneración del derecho: «los hechos demuestran que la demandante sufrió una vulneración grave de su derecho [...] debido a la pasividad de la Administración frente al ruido nocturno» (ap. 61). Por último, resulta significativo constatar que en su defensa la Administración no opone ningún argumento material (el equivalente a los límites en el modelo tradicional de control de las intervenciones) y únicamente pretende rebatir los hechos, intentando demostrar que sí hizo algo por impedir el ruido.
- b) La STC 48/1996 se refiere a un supuesto de inactividad judicial, en una de las escasas ocasiones en las cuales el juez actúa materialmente

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

como Administración: en este caso es el juez quien ha de otorgar directamente la prestación, no controlar la falta de otorgamiento de la misma. Ante la solicitud de un recluso, gravemente enfermo, de ser excarcelado (un acto positivo, prestación en el sentido amplio del término), la Audiencia Provincial denegó del todo su solicitud, esto es, respondió al recluso pero en sentido radicalmente negativo, lo que constituye, según los parámetros conceptuales que venimos defendiendo, una omisión absoluta. En su momento, la Audiencia Provincial (que, como sabemos, no puede personarse como tal en el proceso de amparo) no justificó la denegación de la excarcelación en motivo material alguno sino que se limitó a negar la realidad fáctica del daño: «los informes médicos hablan del mal estado físico del interno y del futuro incierto que es inherente a su padecimiento, sin que se afirme que la estancia en prisión constituya un peligro seguro para su vida» (Antecedente 1). En contra de esta argumentación, la STC 48/1996 afirma que existía una obligación activa de evitar el daño (a la Administración penitenciaria «le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad», FJ 2), que dicha obligación se incumplió («lectura restrictiva del precepto reglamentario», «opinión profana sobre un tema médico, ni siquiera compartida por todos los peritos», FJ 3) y que precisamente por ello el daño (más exactamente, riesgo de daño) se produjo. Por tanto, la omisión absoluta de la Audiencia Provincial vulneró el derecho fundamental. Ninguna razón justificó dicha omisión absoluta.

- c) La STC 62/2007 resulta especialmente interesante, por aludir a un supuesto de vulneración de un DFSP por omisión absoluta de prestación (nuevamente, en el sentido amplio del término) por parte de la Administración empresaria, con lo cual el esquema argumental bien podría trasladarse al control de los empresarios particulares³⁸³. Se trataba de una funcionaria embarazada que aducía riesgos a su salud si permanecía en su puesto de trabajo. Para evitarlo, la Administración contaba con varias posibilidades (adaptación del puesto, cambio de puesto o suspensión del contrato) pero no adoptó nin-

383. La reciente STC 37/2011 es todavía un ejemplo más claro: el amparo se concede (por vulneración de la faceta prestacional del derecho a la integridad física, si bien lo que está en juego es más bien el derecho a la salud), dada la falta de toda información médica (por una clínica privada) previa (consentimiento informado). Se trata de una omisión absoluta de información que conlleva sin más la vulneración del derecho fundamental (FJ 7).

guna de ellas; nos encontramos, por tanto, ante una omisión absoluta. Como en los casos anteriores, se sigue el razonamiento siguiente: existía una obligación de actuar y su incumplimiento provocó un daño al bien jurídico protegido, lo que equivale, en ausencia de justificación suficiente, a la vulneración del derecho fundamental: en efecto, existe un «deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales» (FJ 5) y en este caso «la inactividad administrativa, [...] permaneciendo pasiva [...] sin ocuparse de anular el acto previo o de dictar uno que lo sustituyera en cumplimiento de la normativa aplicable, dio como resultado la lesión de los derechos fundamentales invocados» (FJ 4). Interesa destacar de nuevo que la Administración en ningún momento justifica su inactividad en argumentos materiales y únicamente se escuda en su desconocimiento de los hechos, aduciendo que no sabía que la funcionaria estaba embarazada (Antecedente 7).

- d) Los casos más frecuentes de omisión absoluta de prestaciones analizados por el Tribunal Constitucional se refieren a denegación de pensiones. Por razones procesales, no se examina el asunto a partir de ninguno de los DFSP (quedan fuera del objeto del amparo) sino a partir del artículo 14 o del artículo 24 CE. A nuestro entender, el juicio de igualdad muchas veces no sirve³⁸⁴ (*supra*, III, 2.3.8), por lo que no conviene utilizar ese razonamiento ahora, cuando lo que pretendemos es reconstruir un modelo general. Los tres ejemplos anteriores precisamente demuestran que puede constarse la vulneración de un DFSP (la salud, en los tres casos) sin necesidad de acudir al artículo 14 CE. Debemos centrarnos por tanto en los casos en los cuales el Tribunal considera que la negativa a otorgar una pensión es inconstitucional por un motivo más generalizable, y este bien podría ser la falta de suficiente motivación de la inactividad. Por ejemplo, en la STC 96/2005 se analiza la motivación de una decisión judicial que denegó una pensión de alimentos. Para el Tribunal Constitucional, existía en el caso concreto una obligación legal de alimentos y sin embargo los órganos judiciales la denegaron, con una argumentación jurídica deficiente: «la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que

384. Obviamente, muchas otras veces sí: SSTC 199/2004 o 49 y 50/2005, entre otras muchas. Que el juicio de igualdad no siempre sirve lo demuestra claramente la STC 96/2006. Por ello, creemos que ARANGO comete un error al fundar su modelo de control de las omisiones absolutas, que él llama «esquema de coherencia», exclusivamente en el principio de igualdad (2005, pp. 188-191).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; en segundo lugar, [...] la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería en todo caso una mera apariencia» [FJ 5.a)]. La Sentencia destaca así que toda denegación de una prestación debe argumentarse suficientemente. Dada la limitación del objeto del recurso de amparo, el Tribunal considera vulnerado en estos casos el artículo 24 CE, pero creemos más correcto, cuando no existe dicha limitación procesal, considerar directamente vulnerado el DFSP (en este caso, el derecho al mínimo vital). Las normas que establecen obligaciones de prestación deben interpretarse de manera conforme al DFSP; de no hacerlo así, se vulnera el DFSP mismo.

Tras el análisis de los ejemplos citados llegamos a tres conclusiones importantes, que nos permiten dibujar un modelo de control de las omisiones absolutas, alternativo al modelo clásico de control de las intervenciones sobre los derechos de defensa. El modelo que proponemos consta de tres pasos:

- a) ¿Existe en el caso concreto una obligación positiva de actuar derivada de un DFSP? Para responder afirmativamente deben cumplirse a su vez dos requisitos: que de las normas legales o reglamentarias³⁸⁵, interpretadas de conformidad con la CE y sin rigorismos excesivos, pueda derivarse dicha obligación positiva; y que estemos en presencia de la situación fáctica o supuesto de hecho de aplicación de tales normas, en principio un daño o riesgo de daño a las necesidades que conforman el objeto del DFSP³⁸⁶. En las SSTC 48/1996 y 62/2007 los obligados por el DFSP intentaron escudarse sin éxito en la inexistencia de supuesto de hecho³⁸⁷. En la STC 96/2005 los obliga-

385. Pensamos en el supuesto habitual, que es la existencia de regulación infraconstitucional del DFSP.

386. Esto es lo que ARANGO, de forma algo enrevesada, denomina «supuesto de hecho de los derechos sociales fundamentales» (2005, p. 198), que viene a coincidir con nuestro doble requisito, general y particular: «disposición de derecho fundamental» y «situación de necesidad».

387. Aprovechamos para destacar nuevamente la importancia de una correcta valoración de los hechos en materia de DFSP. Seguramente no le falte razón a GARCÉS SANAGUS-

dos por el DFSP interpretaron las normas aplicables en sentido desfavorable al mismo.

- b) ¿Se ha incumplido totalmente dicha obligación, bien porque el obligado por el Derecho no haya respondido en absoluto, bien porque haya respondido resolviendo que el titular del DFSP no ha de recibir prestación alguna? En la STEDH *Moreno Gómez* el obligado por el DFSP intentó argumentar sin éxito que desplegó alguna actividad.
- c) ¿Existen argumentos razonables, con apoyo constitucional, que puedan justificar la omisión absoluta? En ninguno de los cuatro ejemplos citados se adujeron argumentos materiales de relevancia constitucional para justificar la denegación de la prestación. A nuestro juicio, dejando fuera la omisión que atente al contenido esencial (la cual, como sabemos, nunca puede justificarse), no será imposible encontrarlos en algún otro caso que pueda imaginarse, pero nos tememos que no será fácil. Téngase en cuenta, además, que si respondemos afirmativamente a las cuestiones a) y b) la carga de la argumentación (dar razones para justificar la omisión absoluta) debe recaer sobre el obligado por el DFSP³⁸⁸.

En los cuatro ejemplos mencionados la respuesta a las cuestiones a) y b) fue positiva y la respuesta a la cuestión c) fue negativa. En caso de respuesta negativa a la cuestión a) o respuesta positiva a la cuestión c) habría de concluirse la no vulneración del DFSP. En caso de respuesta negativa a la cuestión b) estaríamos en presencia del supuesto de omisión relativa o insuficiente, que analizaremos en el apartado siguiente.

6.3. OTORGAMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE UNA PRESTACIÓN

Otro grupo de supuestos de intervención o daño a los DFSP viene conformado por los otorgamientos parciales o insuficientes de las prestaciones que integran su contenido. Para estas situaciones, la doctrina ha ensayado diversos modelos de control, que exponemos a continuación, no sin antes advertir que todos ellos caen en el error, que ya hemos denunciado con anterioridad, de centrarse casi en exclusiva en el control del legislador. No obstante, unos y otros podrían trasladarse sin excesivos problemas al control de la Administración, que es el que más nos interesa.

TÍN cuando afirma (1996, p. 113) que «la mayoría de las resoluciones judiciales [y administrativas, GE] "injustas" no derivan de un mal razonamiento jurídico [...], sino de un desconocimiento real de los hechos objeto de litigio».

388. Aquí debemos dar la razón a ARANGO cuando defiende la inversión de la carga de la argumentación en las omisiones absolutas (2005, p. 206), si bien limitando erróneamente su planteamiento al caso del legislador.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

Los modelos de control del otorgamiento parcial o insuficiente de una prestación propuestos por la doctrina son los siguientes:

- a) El principio de proporcionalidad en sentido amplio, en un sentido clásico, en términos en esencia idénticos a los utilizados para el control de las intervenciones sobre los derechos de defensa, que ya conocemos (*supra*, 6.1), esto es, el principio seguiría estando formado por tres elementos: adecuación o idoneidad, necesidad o indispensabilidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En la doctrina escrita en España, éste es el planteamiento de BERNAL PULIDO³⁸⁹, que cabe resumir del modo siguiente: la protección deficiente debe ser idónea para satisfacer una finalidad constitucionalmente legítima (adecuación), no debe existir una medida alternativa que favorezca la realización de dicha finalidad con la misma intensidad y a la vez favorezca más el cumplimiento del DFSP (necesidad) y el grado de favorecimiento de la finalidad ha de ser superior al grado de cumplimiento del DFSP (ponderación). Resulta significativo que el autor no ponga un solo ejemplo jurisprudencial de aplicación de este modelo³⁹⁰. Tras una exhaustiva búsqueda, nosotros tampoco lo hemos encontrado. Si examinamos alguna otra propuesta, más compleja y elaborada (el planteamiento de BERNAL nos resulta demasiado sintético), en esta misma dirección, como la de BOROWSKI³⁹¹, enseguida nos percatamos de dos serias dificultades: en primer lugar, el modelo parte de un contenido amplio del DFSP³⁹², que en principio puede ser limitado, y como sabemos, los obligados de los DFSP no lo están al mayor contenido posible de los mismos sino sólo a su contenido constitucional (*supra*, 4.2.3); en segundo lugar, impone una excesiva carga a tales obligados, pues son éstos quienes han de demostrar en cada caso que la prestación deficiente es adecuada, necesaria y ponderada³⁹³. El modelo parece presumir que cuando se otorga una

389. BERNAL PULIDO, 2003, pp. 800-803. En términos próximos, DOMÉNECH PASCUAL, 2006, pp. 159 y ss.

390. DOMÉNECH PASCUAL sí lo hace, con el TEDH. Volveremos luego sobre ello.

391. BOROWSKI, 2002, pp. 315 y ss.

392. Así también, claramente DOMÉNECH PASCUAL (2006, p. 159): «La tesis a la cual nos adherimos es que debe acogerse la interpretación que satisfaga en mayor medida el conjunto de todos los mandatos constitucionales. En virtud de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), el legislador, los Tribunales y la Administración deben interpretar racionalmente el alcance de los derechos fundamentales. Y sólo una actuación que trata de maximizar la satisfacción de sus fines puede llamarse justamente racional».

393. La mejor crítica de la identificación del principio de prohibición de defecto con el principio de proporcionalidad es seguramente la de STÖRRING (2009). En síntesis, los argumentos de este autor son dos, y con ambos coincidimos: el objetivo del

prestación insuficiente existen argumentos materiales para ello (el «fin legislativo» al que se refiere BERNAL), pero creemos que ésta no es la situación habitual. Estas razones, y sobre todo, la falta de seguimiento del modelo por los tribunales, nos llevan a descartarlo.

- b) El principio de proporcionalidad en sentido estricto, haciendo uso tan sólo del tercero de los elementos recién mencionados, el juicio de ponderación. Esta propuesta, menos exigente (y por tanto de entrada políticamente más razonable³⁹⁴) que la anterior, es la defendida por ALEXY³⁹⁵. A diferencia de BOROWSKI, este autor parece partir de un contenido más reducido del DFSP, similar al que venimos defendiendo (la prestación que «exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica»). A nuestro juicio, ALEXY comete sin embargo dos errores: introducir los principios democrático y de división de poderes como criterios de ponderación (tesis ya criticada *supra*, III, 1.2) y llegar a una conclusión general algo apodíctica³⁹⁶: los resultados (quiere decir los resultados a los que se llega tras la aplicación de su modelo de control), «en cualquier caso se cumplen para los derechos fundamentales mínimos, o sea, para los derechos a un mínimo vital, a una vivienda simple, a una educación escolar, a una formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica». Realmente, si ésta es la conclusión, para el viaje no habían hecho falta alforjas: después de la ponderación, el contenido mínimo del que se parte no ha sufrido alteración alguna³⁹⁷. De otro lado, si el nudo de la cuestión es el equilibrio entre DFSP y otros bienes constitucionales (de «principios materiales» habla ALEXY) habría que poner ejemplos de ello y, curiosamente, ALEXY, tan dado a los ejemplos (lo que sus lectores siempre agradecen) aquí no pone ninguno. La lectura que nosotros realizamos de la jurisprudencia comparada

control es diferente en cada caso (la suficiencia del medio en uno y la proporcionalidad del mismo en el otro) y la aplicación del principio de proporcionalidad a los DFSP implicaría una afectación demasiado elevada al principio democrático. En el mismo sentido, MAYER, 2005, pp. 75 y ss.

394. Así lo señala el propio ALEXY (2007, p. 54), que comienza a la defensiva, frente a BÖCKENFÖRDE: «la solución [que propongo] intenta mostrar que la combinación de derechos a protección y proporcionalidad no lleva a la sobredeterminación, ni siquiera a una determinación total. Es compatible con la idea de un marco que deje lugar para la autonomía de la legislación parlamentaria».

395. ALEXY, 1993, pp. 494 y ss.

396. *Vid.* una crítica similar en ARANGO, 2005, p. 203.

397. Seguramente porque ALEXY, al identificar DFSP con mínimo vital (argumentación quizás necesaria para la LFB, que no reconoce derechos sociales, pero no para la CE), reduce el contenido de los mismos a su contenido esencial, el cual, como sabemos, no admite intervención alguna (*supra*, 4.2.3).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

nos lleva a pensar que no es habitual que la prestación deficiente pretenda justificarse en la necesidad de salvaguardar otros intereses de rango constitucional³⁹⁸; si esto es así, el modelo tampoco serviría con carácter general, al menos para el objetivo que nos proponemos, encontrar pautas de razonamiento que puedan ser asumidas con relativa facilidad por los tribunales.

- c) El principio de igualdad. Ésta es la tesis que parece sostener ARANGO³⁹⁹, quien identifica los DFSP con los derechos de igualdad material o derechos a la diferenciación, de tal forma que toda prestación insuficiente puede ser analizada como intervención sobre esa concreta concepción del derecho (más bien principio) a la igualdad. El modelo de control de las prestaciones insuficientes se identifica así con el modelo de control de las medidas no diferenciadoras. A nuestro juicio, el planteamiento puede ser útil en alguna ocasión, pero no siempre. Como sabemos, el principio de igualdad no es por sí solo un fundamento útil para los derechos sociales (*supra*, III, 2.3.8) y así lo demuestra la práctica: existen numerosas decisiones judiciales (de hecho, la mayoría) sobre DFSP que no utilizan en su razonamiento el principio de igualdad⁴⁰⁰. La explicación es obvia: para que el principio de igualdad pueda aplicarse es necesario de-

398. La reciente propuesta de STÖRRING (2009), seguramente la más elaborada de la dogmática alemana sobre el principio que analizamos, parece moverse en una línea similar a la de ALEXI. En la búsqueda de una respuesta válida para todos los supuestos, STÖRRING critica los vaivenes del Tribunal Constitucional de su país y concluye defendiendo un modelo demasiado simplificado, que a nuestro juicio se centra en lo no esencial, la ponderación entre derechos. Intuimos que esta concepción se encuentra lastrada por la insistencia del autor en la opción liberal de la LFB y en la mayor importancia de la faceta defensiva de los derechos, que tiende a ver *todo* problema de insuficiencia de los DFSP en términos de conflicto con los derechos de defensa, lo cual, como venimos demostrando, es más la excepción que la regla. Esta obsesión por lo que podríamos denominar conflicto estructural entre DFSP y libertad parece una constante de la doctrina alemana y recuerda, salvando las distancias, la vieja tesis de la incompatibilidad natural entre derechos sociales y libertad, de SCHMITT a FORSTHOFF, pasando por HAYEK. Ahora bien, si examinamos más despacio la argumentación de los últimos partidarios de esta tendencia (p. ej., MAYER, 2005, pp. 47-48 o RÜFNER, 2006, pp. 697-699) comprobaremos que el conflicto no se produce en realidad entre derechos sociales y derechos liberales sino entre derechos sociales y una configuración omnicomprendensiva del principio de libertad (por cuanto los primeros imponen a los particulares mayores cargas económicas), que incluye naturalmente los derechos liberales pero mucho más. La *precomprensión* liberal es evidente (casi de manera expresa, RÜFNER, 2006, p. 699). Entre nosotros, PEREIRA ME-NAUT, 2006, pp. 350 y ss.

399. ARANGO, 2005, pp. 203-207.

400. Destaca este punto BALDASSARRE, 1997, esp. pp. 155-156.

mostrar que otro colectivo de personas, que resulte comparable, ante situaciones similares de necesidad tiene unas prestaciones mejores (en todo caso, después habría que demostrar además que esa diferencia de trato no está justificada), demostración que no resulta posible en todas las hipótesis de prestación insuficiente, como también sabemos (nuevamente, *supra*, III, 2.3.8)⁴⁰¹. Ello nos lleva a descartar también este modelo como modelo general.

- d) El principio de prohibición de defecto o insuficiencia. Varios autores concretan únicamente este principio (es decir, acaban identificándolo con él) en el de proporcionalidad, sea en sentido amplio, sea en sentido estricto, y este planteamiento ya ha sido descartado. Ahora queremos referirnos a la tesis que sostiene que el control de las prestaciones insuficientes ha de seguir criterios diferentes a los marcados por el principio de proporcionalidad (al menos en su diseño más ortodoxo), que es la tesis que, como seguidamente se justificará, nosotros asumimos.

A nuestro juicio, el punto de partida ha de ser el contenido constitucional del DFSP, no su mayor contenido posible. Resultaría demasiado exigente, como ya hemos apuntado, obligar a justificar por qué no se han otorgado las máximas prestaciones posibles, que es lo que venía a proponer BOROWSKI. Sabemos que es difícil configurar dicho contenido en abstracto (*supra*, 4.2.3), pero en esta ocasión, cuando hay indicios de prestación insuficiente, la pregunta ya no puede eludirse. Siguiendo nuestra propuesta metodológica, antes de ofrecer un modelo general debemos echar un vistazo a la jurisprudencia. Veamos entonces algunos ejemplos de Sentencias que concluyen afirmando la vulneración de un DFSP por prestación insuficiente:

- a) Parece haber acuerdo en la doctrina alemana en que el origen del principio de prohibición de defecto o insuficiencia (*Untermaßverbot*) se encuentra en la llamada segunda Sentencia sobre el aborto, dictada por el Tribunal Constitucional Federal el 28 de mayo de 1993⁴⁰².

401. Como ejemplo de las dificultades del control de la insuficiencia desde el punto de vista de la igualdad, p. ej., SSTC 184/1993, FJ 6, 197/2003, FJ 3, 213/2005, FJ 4 o 75/2011. En el Derecho comparado puede citarse la Sentencia *Gosselin*, del Tribunal Supremo de Canadá, de 19 de diciembre de 2002. La demandante recurrió la exclusión reglamentaria de determinadas prestaciones de la Seguridad Social a los menores de 30 años. El Tribunal Supremo, con votos particulares, consideró que ello no violaba el principio de igualdad, pues la diferencia de trato se justificaba en el incentivo a los jóvenes a buscar empleo. Quizás si el asunto se hubiera planteado desde la satisfacción de las necesidades básicas se habría llegado a otra conclusión.

402. Se encuentra en castellano en ALÁEZ CORRAL y ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2008, pp. 732 y ss.), y por aquí la citamos, si bien preferimos traducir *Untermaßverbot* como prohibición de defecto o insuficiencia, no como prohibición de infradimensionamiento, como ellos proponen.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

En ella se ofrece una primera y quizás rudimentaria construcción del principio, resultando claro que es algo diferente al de proporcionalidad. Ciertamente, en esta ocasión se alude al principio de ponderación, pero de manera algo forzada, como si el Tribunal temiera romper demasiado con la tradición: la práctica posterior demuestra que la ponderación no siempre es utilizada en el control de insuficiencia⁴⁰³. En este primer caso, el Tribunal enjuició si las medidas legislativas de protección de la vida intrauterina eran suficientes o no, llegando a una conclusión negativa. De la Sentencia interesa destacar tres cosas: el control debe partir de la ineludible necesidad de proteger los bienes jurídicos que definen el derecho fundamental; el legislador cuenta con un margen para hacerlo, pero un margen limitado; y el legislador debe «basar la elección y la configuración de su modelo de protección en una sólida valoración constitucional»; es más, «en tanto sus decisiones se basen en pronósticos sobre desarrollos fácticos, especialmente sobre los efectos de su normativa, estos pronósticos deben ser fiables» (FJ D, I, 4). Ciertamente, pese a la muy detallada argumentación del Tribunal⁴⁰⁴, no se establece un modelo claro de análisis que pueda extrapolarse con facilidad para lograr una solución unívoca en casos futuros⁴⁰⁵, pero hay algo que queda meridianamente claro: si las prestaciones son contenido del derecho,

403. *Vid.*, p. ej., la última Sentencia relevante en la materia del Tribunal Constitucional alemán, de 9 de febrero de 2010 (http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20100209_1bvl000109.html), en la que se consideró inconstitucional la reducción de determinadas prestaciones familiares por hijos. El principio de ponderación ni siquiera resulta mencionado en la Sentencia. En todo caso, de la misma interesa destacar el riguroso análisis realizado de la suficiencia de las prestaciones, que contrasta, como enseña veremos, con nuestra pobre jurisprudencia sobre la materia.

404. Compárese si no con la STC 53/1985, tan parca en este punto concreto. Nuestro Tribunal mantiene la parquedad como estilo en la STC 181/2000, donde se dice, en relación con el baremo de indemnizaciones por accidentados que las «cuantías no pueden estimarse insuficientes desde la apuntada perspectiva constitucional» (FJ 9), y punto.

405. En este punto se centran las críticas a la categoría; para una síntesis de los planteamientos contrarios a la misma, RASSOW, 2005, pp. 267-268. ALEX (2007, pp. 66 y ss.) hace un intento de esquematizar el razonamiento de la Sentencia mencionada, pero nos tememos que sin éxito, al menos mientras la inmensa mayoría de los juristas carezcamos de formación en lógica deóntica. Conviene advertir, en todo caso, que el Tribunal Constitucional alemán parece haber abandonado nominalmente el principio (al menos ésta es la opinión general de STÖRRING, 2009, y en relación con la polémica Sentencia del Tribunal Constitucional sobre derecho a la salud de 6 de diciembre de 2005 –BvergGE 115, 25–, también de HEINIG, 2008, p. 442), quizás porque desde 1993 no ha logrado concretarlo mucho. Ello no quiere decir, desde luego, que el problema de fondo haya desaparecido ni que debamos abandonar el intento de racionalizar el control de estas intervenciones.

el legislador debe demostrar, con buenas razones y argumentos, por qué no las otorga. Como en esta ocasión no lo hace, vulnera el derecho fundamental.

- b) Yendo ya a la jurisprudencia vinculante en nuestro país, numerosas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos analizan las prestaciones otorgadas y llegan a la conclusión de su insuficiencia. En su tratamiento del tema, DOMÉNECH PASCUAL (recordemos que él defiende el modelo de la proporcionalidad en sentido amplio) cita numerosas Sentencias, pero no todas ellas se refieren realmente a prestaciones insuficientes (muchas lo hacen a inexistencia de prestaciones, supuesto que hemos analizado en otro lugar).

El Tribunal Europeo no construye una teoría⁴⁰⁶, al modo, por ejemplo (aunque rudimentario), del Tribunal Constitucional alemán. Se preocupa más de resolver problemas concretos, pero de la lectura de sus Sentencias puede reconstruirse una cierta línea homogénea, tendente a controlar de manera efectiva si el Estado ha llevado a cabo las actuaciones necesarias para salvaguardar los bienes jurídicos protegidos por cada figura de derecho.

Veamos algunos ejemplos de Sentencias en las que el Tribunal concluye afirmando la vulneración de un DFSP por prestación insuficiente. Nos centraremos en la jurisprudencia sobre el derecho a la salud. Existen numerosas decisiones en las cuales se condena al Estado por fallecimiento de reclusos a causa de una inexistente o inadecuada asistencia sanitaria. Es importante destacar que la condena se produce no por falta de garantías judiciales tras el fallecimiento sino por las deficiencias en la asistencia misma. Uno de los casos más claros es *Tarariyeva* contra Rusia, de 14 de diciembre de 2006, donde se afirma: «El estado de salud de Tarariyeva era extremadamente preocupante. Se había sometido a una cirugía interna sólo con dos días de antelación y el día del traslado se le diagnosticó una ruptura de las suturas, lo que requería una intervención quirúrgica mayor. [...] En estas circunstancias, la presencia de una enfermera resultaba insuficiente para compensar las condiciones inadecuadas del traslado», para de ahí deducir sin más la vulneración del artículo 3 CEDH. Si bien el Tribunal no lo indica expresamente, puede hablarse entonces de una obligación estatal de asistencia médica suficiente a los reclusos⁴⁰⁷. Fuera de este co-

406. Así se desprende implícitamente de la síntesis que realiza BRAGE CAMAZANO, 2009, pp. 129-130.

407. Igualmente, *McGlinchey* contra Reino Unido, de 29 de abril de 2003; *Farbthuhs* contra Letonia, de 2 de diciembre de 2004; *Labzov* contra Rusia, de 16 de junio de 2005; *Gürbüz* contra Turquía, de 10 de noviembre de 2005; *Melnik* contra Ucrania, de 28

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

lectivo, la asistencia sanitaria se conecta con el derecho a la Seguridad Social, por vía del Protocolo 1 (*Bourdov* contra Rusia, de 7 de mayo de 2002, condenando al Estado al pago de prestaciones por la enfermedad producida por el accidente de Chernobil). En otras decisiones, se condena al Estado por no llevar a cabo las actuaciones preventivas suficientes para evitar la muerte o enfermedad: con base en el artículo 2 CEDH, se considera que las actuaciones preventivas insuficientes en caso de riesgo para la vida o la salud vulneran el CEDH. En muchas otras Sentencias el derecho a la salud se relaciona con el medio ambiente (en sentido amplio). Así, se consideran vulneraciones: la falta de control de instalaciones de residuos (*Öneryildiz* contra Turquía, de 18 de junio de 2002, confirmada por la de 30 de noviembre de 2004, y *Giacomelli* contra Italia, de 2 de noviembre de 2006), la falta de control de la polución (*López Ostra* contra España, de 9 de diciembre de 1994, *Guerra y otros* contra Italia, de 19 de febrero de 1998 y *Fadeyeva* contra Rusia, de 10 de junio de 2005), la falta de control del ruido (*Powell y Rayner* contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1990, *Hatton y otros* contra Reino Unido, de 8 de julio de 2003) o la falta de prevención contra el corrimiento de tierras (*Budaieva y otros* contra Rusia, de 20 de marzo de 2008). Pues bien, a nuestro juicio, de este amplio conjunto de Sentencias puede deducirse que existe un control de la insuficiencia de las prestaciones (en sentido amplio) y que este control se basa, ante todo, en la comprobación, caso a caso, de la satisfacción efectiva de los bienes jurídicos (necesidades) en juego.

- c) En contraste, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional el análisis de las prestaciones insuficientes brilla notablemente por su ausencia. Sorprende (e inquieta a quien tenga una mínima

de febrero de 2006; *Scoppola* contra Italia, de 10 de junio de 2006; *Kotsaftis* contra Grecia, de 12 de junio de 2008; *Renolde* contra Francia, de 16 de octubre de 2008; *Kilavu* contra Turquía, de 21 de octubre de 2008; *Dzieciak* contra Polonia, de 9 de diciembre de 2008; *Gagiu* contra Rumanía, de 24 de febrero de 2009; *Paladi* contra Moldavia, de 10 de marzo de 2009; *Groni* contra Albania, de 7 de julio de 2009; *Generalov* contra Rusia, de 9 de julio de 2009; *Sulejmanovic* contra Italia, de 16 de julio de 2009; y *Pitalev* contra Rusia, de 30 de julio de 2009. En este bloque cabe incluir las Sentencias sobre el ámbito penitenciario no relacionadas con la asistencia sanitaria en cuanto tal sino más bien con la obligación estatal de prevenir la enfermedad. Así, en *Brânduse* contra Rumanía, de 7 de abril de 2009, se condenó al Estado por las condiciones de hacinamiento y falta de higiene en las cárceles. El TEDH afirma que el artículo 3 CEDH exige que los Estados miembros garanticen que todas las personas que se encuentran en centros penitenciarios dispongan de un «espacio vital adecuado».

sensibilidad en materia social) cómo se escamotea la cuestión: la deferencia al legislador es tan extrema que nos lleva a concluir que el Alto Tribunal ha renunciado a ejercer su misma función.

Veamos a título de ejemplo una de las últimas sentencias donde se plantea directamente el problema que venimos analizando. En la STC 128/2009 se trataba de responder a las dudas de constitucionalidad del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, para quien las prestaciones por desempleo introducidas por la Ley 13/1996 resultaban insuficientes, vulnerándose así el derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE). Pues bien, nuestro Alto Tribunal elude todo juicio de insuficiencia: «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad [absoluta, parece decir el Tribunal] para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél». Y más adelante: «es al legislador al que corresponde determinar [en exclusiva, parece decir el Tribunal] el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura» (FJ 4). Sin embargo, nada se razona en concreto sobre cuáles son exactamente las aludidas «circunstancias económicas y sociales» que parecen justificar la insuficiencia de prestaciones alegada por el órgano proponente de la cuestión de inconstitucionalidad. Como se advierte, estamos muy lejos del más riguroso análisis de la insuficiencia llevado a cabo, entre otros, por el Tribunal Constitucional alemán o por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A nuestro juicio, se trata de una doctrina tan minusvaloradora de los DFSP (ni siquiera se razona en términos propiamente constitucionales) que, a la vista del Derecho comparado, produce sonrojo⁴⁰⁸.

Es ya el momento de proponer un modelo de análisis, válido para el

408. Si llegamos a conclusión tan crítica es porque la STC 128/2009, por su extrema parquedad y autocontención (compárese si no con la Sentencia alemana antes citada), rompe una tímida línea anterior sobre suficiencia de las prestaciones, que siempre mantuvo una concepción restrictiva (seguramente justificable en los supuestos de hecho analizados) pero al menos desplegó un mínimo esfuerzo argumental (también sobre Seguridad Social, sobre todo, STC 134/1987, FJ 5). Cuando razona en términos de derechos fundamentales «clásicos» el Tribunal parece más estricto en el control del legislador (p. ej., SSTC 222/1992 o 138/2005, que serán referidas *infra*, V. 3.7.4) pero el juicio de suficiencia resulta también extremadamente parco.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

control de cualquiera de los obligados de los DFSP⁴⁰⁹, basado en la jurisprudencia disponible y que pueda servir para reconstruir su razonamiento y orientar futuras decisiones. El modelo que proponemos, inédito, al menos de manera expresa, incluso en los ejemplos foráneos descritos, está basado en tres elementos que pueden recordar al principio de proporcionalidad pero que en el fondo resultan muy diferentes, pues lo que aquí se controla no es la relación de la intervención (la prestación insuficiente) con una finalidad ajena a los DFSP (que es lo que venían a proponer los modelos basados en el principio de proporcionalidad) sino la relación de la prestación con las necesidades que la justifican y, en su caso, su equilibrio con otros bienes constitucionales que eventualmente pudieran justificar la insuficiencia⁴¹⁰. Siguiendo con bastante libertad el esquema propuesto por GAVARA DE CARA, el control de la prestación insuficiente constaría de tres pasos⁴¹¹:

- a) Idoneidad, adecuación o efectividad. Se trata de examinar, inicial y casi intuitivamente, si la prestación es un medio útil para la finalidad característica del DFSP, esto es, la satisfacción de una necesidad básica. Este primer paso no plantea especiales problemas. Se trata más bien de realizar una primera aproximación provisional, para comprobar si la medida en cuestión realmente tiene que ver con el DFSP en juego y descartar las medidas claramente ajenas al mismo⁴¹².
- b) Suficiencia o indispensabilidad. Es el elemento central del análisis⁴¹³

409. Con las obvias matizaciones oportunas para cada uno de ellos, como con carácter general ya adelantamos (*supra*, 5.2.1); sobre nuestro tema, por todos, RASSOW, 2005, pp. 277-279.

410. Entre los autores que mejor destacan las diferencias entre proporcionalidad y prohibición de defecto destacamos a KRINGS, 2003, pp. 301 y ss. y a LINDNER, 2005, pp. 512 y ss.

411. GAVARA DE CARA, 2010, pp. 54-56. Otra buena síntesis del razonamiento es la ofrecida por COGO LEIVAS (2008, pp. 282-285), quien aparentemente se esfuerza por trasladar aquí los tres elementos del clásico principio de proporcionalidad. Sin embargo, si bien se mira, el modelo que propone este autor es bien diferente, pues la adecuación y la necesidad no aluden a una proporción entre un límite al DFSP y el DFSP mismo, sino a la aptitud de la prestación otorgada para lograr «el objetivo exigido por la norma que obliga al Estado a actuar», lo que confirma cuanto venimos diciendo sobre la no identidad lógica entre proporcionalidad clásica (como prohibición de exceso) y prohibición de defecto.

412. Lo cual, como señalan RASSOW (2005, pp. 273-274) y STÖRRING (2009, p. 236), suele conducir a una respuesta afirmativa, lo que a su juicio revela el carácter superfluo de este primer elemento del control.

413. Así, STÖRRING, 2009, p. 236. Siendo el examen de la suficiencia o insuficiencia del medio la cuestión decisiva, no se entiende bien por qué este autor realiza al final un giro argumentativo y concluye, como ya hemos criticado, reduciéndolo todo al principio de ponderación. Creemos que el error de STÖRRING se encuentra en no atender al objeto de los DFSP, en no considerar la centralidad de los fines y de las necesidades, seguramente por una traslación mimética de la dogmática de los debe-

y donde se produce la mayor controversia doctrinal. Como señalábamos, frente a versiones más exigentes, como la de BOROWSKI, creemos que no puede imponerse *ex constitutione* al obligado por los DFSP que implante todos los medios necesarios para su satisfacción máxima (o, en caso de no hacerlo, que justifique por qué no lo ha hecho) sino tan sólo que garantice una satisfacción eficaz o suficiente⁴¹⁴ de los bienes constitucionales correspondientes: esto es lo que realmente quiere decirse cuando se habla de contenido mínimo de los DFSP (*supra*, 4.2.3). Los DFSP son reglas pero su objeto o finalidad se asemeja a los principios, en el sentido de ALEXEY, es decir, pueden cumplirse más o menos. La finalidad puede ser máxima pero no puede juzgarse sobre lo máximo posible sino sobre lo razonable, lo indispensable para satisfacer la necesidad básica asociada a cada derecho. En otras palabras, lo que se juzga sobre todo es el medio, no la finalidad, esto es, si el medio sirve a la finalidad, no en un sentido máximo sino razonable, atendiendo a una serie de circunstancias, bajo controles relativamente estrictos, que van desde la rigurosa segunda Sentencia sobre el aborto, del Tribunal Constitucional Federal alemán, a los normalmente más laxos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En nuestra doctrina, GAVARA expresa bien esta idea, rechazando implícitamente la concepción peyorativa del contenido mínimo: «en el proceso de justificación de las medidas adoptadas por el legislador [o por cualquier otro poder público, añadiríamos, GE], se examina la necesidad y el alcance de la protección del derecho fundamental, no tanto desde la perspectiva del mínimo de protección necesario para el derecho fundamental, sino desde la determinación de la suficiente e indispensable protección del derecho fundamental». Como se advierte, al final la cuestión decisiva resulta ser, nuevamente, la determinación del contenido de los DFSP⁴¹⁵, y más en concreto, la relación entre los medios utilizados y el resultado pretendido.

Como ya adelantamos (*supra*, 4.2.1), el control por resultados resulta difícil con carácter general pero no tanto en los casos concretos, lo que nos ofrece un nuevo argumento para criticar a los autores que centran en el control del legislador su análisis de la cuestión. Quizás

res de protección, pensada más bien para la imposición estatal de obligaciones a los particulares.

414. Así, RASSOW, 2005, p. 275.

415. GRIMM, 2006, p. 173. Parece claro que la discusión se sitúa así en otro plano, dado que el principio de prohibición de defecto no arroja ninguna luz para determinar el contenido de los DFSP (RASSOW, 2005, pp. 270-271).

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

algunos ejemplos nos ayuden a explicarnos mejor. El derecho a la vivienda no significa que todos sus titulares dispongan en régimen propiedad de la mejor vivienda posible (p. ej., un chalet de 500 metros cuadrados, con jardín y piscina en la mejor zona residencial de la ciudad) ni siquiera que disfruten en arrendamiento de una similar sino que gocen de una vivienda que cubra sus necesidades básicas, a la vista de los valores de dignidad y libertad. El legislador dispone al efecto de varias posibilidades, todas ellas adecuadas en principio: por ejemplo, entre otras cosas, puede establecer ayudas a la compra de vivienda o al alquiler, puede fomentar la bajada de los precios en ambos casos o puede ofrecer alojamiento público (o privado subvencionado) en los casos de emergencia. Para saber si los medios empleados son suficientes debe realizarse un análisis conjunto de todos ellos, pudiéndose concluir su suficiencia o insuficiencia para lograr, en abstracto, el resultado pretendido. No será fácil concluir la inconstitucionalidad de los medios con carácter general (el ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria) pero sí en los casos concretos; es decir, un juez podrá dictaminar que, en la situación individualizada de una persona, los medios empleados fueron insuficientes, pues no lograron que el titular de un DFSP dispusiera de una vivienda suficiente para cubrir sus necesidades. Otro ejemplo: el derecho a la educación no implica que toda persona acceda a la mejor y más completa educación posible (p. ej., estudios universitarios en Harvard) ni que exista una educación igual para todos sino que todos dispongan de la educación necesaria al desarrollo de su personalidad. El legislador puede, por ejemplo, establecer diversas medidas adecuadas a tal fin, como subvencionar la escuela privada hasta los 18 años o crear y mantener una red pública de establecimientos educativos hasta los 16. Nuevamente, resulta difícil afirmar que con tales medios el legislador o la Administración titular de la potestad reglamentaria no logran el resultado previsto con carácter general. Sin embargo, en un caso concreto un juez podrá dictaminar que los medios fueron insuficientes para lograr el desarrollo de la personalidad de un menor, pues el sistema educativo no se adaptó a sus particulares necesidades educativas. Estos dos ejemplos ponen de manifiesto la dificultad (pero no imposibilidad) de controlar en abstracto la suficiencia de la actuación de los obligados de los DFSP (habría que dar de nuevo la razón, esta vez por razones pragmáticas, a la tesis de la discrecionalidad, tanto legislativa como, en menor medida, administrativa, *supra*, 4.4) y la importancia de la garantía individual de los

mismos, pues es entonces donde mejor puede calibrarse lo que en última instancia interesa, que son los resultados.

- c) Racionalidad, que examina la justificación de la medida (por qué establece ese grado de satisfacción del objeto y no otro) en el contexto del sistema. Aunque el medio sea suficiente, al obligado del DFSP puede exigírsele motivar por qué ha escogido ese medio y no otro, por ejemplo, por qué no ha implantado mayores y más efectivos medios, a la vista de los intereses concurrentes, siendo éste el lugar idóneo para la entrada en juego del criterio de ponderación: nuevamente cabe aquí realizar un control más o menos estricto⁴¹⁶, lo que dependerá de cada caso concreto⁴¹⁷. La satisfacción parcial del contenido esencial, como sabemos, no necesita ser motivada pues es inconstitucional por definición. Señala GAVARA: «La irracionalidad se determina frecuentemente por la ausencia de protección y dotación de eficacia ante una situación concreta de infracción o peligro de perjuicio de los derechos fundamentales tras la ponderación de los distintos intereses contrapuestos en conflicto. A través de este principio también cabe la posibilidad de examinar los desequilibrios entre la medida de protección adoptada y las restricciones que pueden suponer para derechos de terceras personas u otros bienes jurídicos o intereses constitucionalmente protegidos». Bastaría a nuestro juicio con una mínima motivación, pues no parece legítimo obligar aquí al legislador a un escrutinio estricto. Si el obligado es la Administración, la exigencia de motivación será mayor; igualmente, cuando el daño al DFSP sea más significativo⁴¹⁸.

6.4. EXAMEN ESPECIAL DE LAS REGRESIONES NORMATIVAS

El supuesto de intervención o daño a los DFSP mejor estudiado por la doctrina es sin duda el supuesto de las regresiones. Nuestro Tribunal Constitucional no mantiene al respecto una postura firme, aunque cabe apreciar en la materia una progresiva pérdida de normatividad de la Constitución, todo un síntoma del momento constitucional que vivimos. Inicialmente el Tribunal sostuvo que «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas» (SSTC 81/1982, FJ 3 y 98/1983, FJ 2). Sin embargo, no mucho tiempo después aceptó que «el legis-

416. Específicamente sobre este tercer elemento, RASSOW, 2005, pp. 275-277.

417. No obstante, MAYER (2005, pp. 184 y ss.) apunta dos caminos aproximativos: utilizar las cláusulas generales del Derecho ordinario destinadas a verificar el equilibrio de intereses y atender a la protección de los derechos en juego a través del proceso.

418. En sentido similar, COGO LEVAS, 2008, p. 293.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

lador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención [al contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales], el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (SSTC 65/1987, FJ 17 y 65/1990, FJ 9), es decir, las regresiones pueden justificarse pero el razonamiento correspondiente debe mantenerse ante todo en el marco de lo social. Sin embargo, ya desde los mismos noventa, el Alto Tribunal (p. ej., SSTC 184/1993, FJ 6; 197/2003, FJ 3; 44/2004, FJ 4; 213/2005, FJ 4 o la ya citada STC 128/2009, FJ 4) admite regresiones (aunque habría que analizar más despacio cada caso para comprobar si efectivamente lo son) sin preocuparse demasiado en buscar una justificación constitucional para ellas: a veces parece que las meras razones económicas son más que suficientes. A pesar de todo (y ésta es la lectura de la jurisprudencia que realiza PAREJO⁴¹⁹), creemos que puede afirmarse que el Tribunal Constitucional acepta lo que, como enseguida veremos, es el parecer unánime de la doctrina, a saber, que como regla general las regresiones sobre DFSP resultan constitucionales siempre que se justifiquen en algo más que en la mera apelación a la Economía o al principio democrático⁴²⁰.

Sea como fuere, nuestra jurisprudencia no parece útil para construir un modelo de control de las regresiones que resulte lo suficientemente concreto como para orientar soluciones futuras. Se impone por tanto una revisión de la literatura y en primer lugar de la literatura relativa a nuestro orden constitucional. Tras unas primeras afirmaciones, no muy desarrolladas pero contundentes, de Luis LÓPEZ GUERRA⁴²¹, el primer autor que se detiene a analizar la cuestión es Luciano PAREJO ALFONSO. Lo hace en una obra de 1983⁴²², pero lo reitera, con mayor amplitud, en 2000⁴²³, y este último trabajo es el que tomamos en consideración. Su planteamiento, no muy claro y con-

419. PAREJO ALFONSO, 2000, pp. 226-227.

420. Si justificáramos sin más, como hace HEINIG (2008, esp. pp. 450-452), en una posición todavía presente en buena parte de la doctrina alemana, las regresiones en el principio democrático, la misma fuerza vinculante del Estado social (no digamos de los DFSP), límite como sabemos, a la democracia, quedaría reducida a la nada.

421. En LÓPEZ GUERRA, 1980, p. 346, donde tajantemente (pero con poca argumentación) se afirma que la principal función de los derechos y principios del capítulo III del título I CE es «evitar que el Parlamento (o en su caso otros órganos) modifiquen la legislación ya existente en una dirección contraria a la constitucionalmente prevista», y más adelante: «*toda* regulación restrictiva de estas materias reduciendo ventajías sociales ya existentes sería inconstitucional» (cursivas nuestras, GE). En el manual escrito después por LÓPEZ GUERRA con otros autores, sorprendentemente el análisis del Estado social (que fue pionero en 1980) ha desaparecido.

422. PAREJO ALFONSO, 1983, pp. 89-91.

423. PAREJO ALFONSO, 2000, pp. 224-230. Sólo cita a su favor a COBREROS MENDAZONA, 1987.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tradictorio en ocasiones, puede ser reconstruido como sigue: las regresiones resultan legítimas (pues así lo impone el pluralismo político y por tanto el principio democrático) si cumplen dos requisitos: respeto al contenido mínimo de los DFSP (el autor no utiliza esta categoría sino otras a nuestro juicio equivalentes: «límite infranqueable por el legislador», «soluciones presenciales a situaciones de necesidad social en términos de garantía constitucional directa de los mismos indisponible por el legislador ordinario») y «fundamento suficiente». Adelantemos ya que esta concepción nos parece más correcta que la de LÓPEZ GUERRA, si bien discrepamos con la inclusión de la reserva de lo posible entre los fundamentos posibles de las restricciones⁴²⁴. Más adelante volveremos sobre este punto crucial.

En la literatura reciente, la tesis más desarrollada es la de Gerardo PISARELLO⁴²⁵. Tras repasar críticamente la jurisprudencia y doctrina anteriores⁴²⁶, este autor retoma el planteamiento general que ya conocemos (límites del contenido esencial y de la razonabilidad de las regresiones) pero pasa de puntillas sobre la cuestión clave de si cualquier finalidad puede justificar tales regresiones. Sin embargo, PISARELLO añade a la doctrina anterior un elemento importante: la entrada en juego del principio de proporcionalidad (o de razonabilidad, nuestro autor no distingue bien entre ambos principios) en el control de las regresiones. Lamentablemente, no pone ningún ejemplo en materia de DFSP, limitándose a resumir el contenido clásico del principio de proporcionalidad.

A la hora de fijar nuestra posición, en términos más concretos que los aducidos por los autores españoles citados, debemos acudir a la doctrina foránea y dialogar al respecto, ante todo, con el trabajo a nuestro juicio más completo sobre la materia, que es el escrito por Christian COURTIS en 2006⁴²⁷,

424. Conviene transcribir literalmente la frase en cuestión: «la configuración del entero sistema de prestaciones económico-sociales del Estado debe entenderse siempre implícitamente establecida sobre la base de las posibilidades reales de los recursos económico-financieros de la comunidad por él políticamente institucionalizada (en tanto dependiente necesariamente de ella), por lo cual la superación de los límites de tales posibilidades constituye de suyo un fundamento constitucionalmente razonable para la corrección del nivel de tales prestaciones» (PAREJO ALFONSO, 2000, p. 225).

425. PISARELLO, 2006, esp. pp. 318-327.

426. De entre ella, destacaríamos el trabajo de OJEDA MARÍN (1996, pp. 91-107), que concluye en términos similares a los de PAREJO pero aparentemente más exigentes en cuanto al fundamento de la regresión: «Tomando como referencia el vigente texto constitucional, podemos considerar lícito el recorte de algunos derechos sociales enunciados en la Constitución, siempre y cuando se mantengan a salvo dos condiciones: la observancia de los principios y valores constitucionales y, en segundo lugar, el respeto del contenido esencial cuando así proceda» (p. 105).

427. COURTIS, 2006, pp. 3 y ss.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

con cuyas tesis coincidimos en lo sustancial. Este autor de origen argentino tiene la doble virtualidad de proponer una teoría general⁴²⁸ (que en principio resultaría por tanto válida para el Derecho español) en términos muy constructivos y de dialogar permanentemente con la jurisprudencia, en la línea metodológica que nosotros defendemos.

De entrada, conviene analizar el concepto de regresión, punto de partida inexcusable, descuidado por la doctrina española. COURTIS distingue entre regresiones normativas y regresiones en los resultados, limitando su análisis a las primeras (así lo haremos también nosotros), dadas las dificultades de integrar a las segundas en el razonamiento jurídico⁴²⁹. Define la norma regresiva como aquella que «limite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social, o le imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse. En definitiva, el juicio que el impugnante de la norma deberá proponer es de tipo comparativo, debiendo poner en evidencia de modo concreto y categórico que la norma impugnada es menos favorable para el titular del derecho que la sustituida». Sin embargo, en la práctica habrá supuestos dudosos, y para deslindarlos nuestro autor propone acudir, *mutatis mutandis*, a los criterios del Derecho del trabajo⁴³⁰, concluyendo como sigue: «el análisis por instituciones parece ser el que brinda la solución más adecuada para determinar cuándo una norma es regresiva [...]: circunscribe el análisis de regresividad al contenido concreto de las normas que regulan una determinada institución de modo menos favorable para el titular del derecho, manteniendo incólume el resto de la norma, y permite el análisis de una institución completa, respetando la necesidad del análisis sistemático»⁴³¹. Aceptamos también este planteamiento, sin que resulte posible añadir mucho más sobre este punto con carácter general.

COURTIS viene a defender un modelo de control de las regresiones bas-

428. Es también muy importante el trabajo de UPRIMNY y GUARNIZO (2006) pero prescindiremos de su cita, por centrarse sólo en la jurisprudencia colombiana y por sostener (al hilo del comentario a las sentencias de la Corte Constitucional) tesis similares en lo sustancial a las de COURTIS. En una línea también de teoría general, con similares planteamientos de fondo, SARLET, 2009.

429. COURTIS, 2006, pp. 3-8. Téngase en cuenta, además, que será difícil que una regresión fáctica (significadamente, una disminución presupuestaria, que implique, p. ej., una menor disponibilidad de servicios sanitarios o educativos) afecte a los DFSP, pues el contenido de éstos está, sobre todo, determinado en las normas. Si las normas no se modifican, habrá, en su caso, una falta de efectividad de las mismas, que podrá recurrirse en vía judicial.

430. La situación no es la misma, pues el criterio de «lo más favorable para el trabajador» de nuestro art. 3.3 ET es un criterio de prelación de normas, no de control de las mismas.

431. COURTIS, 2006, pp. 42-44.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tante exigente y hace bien en detenerse en fundamentarlo⁴³², otra de las lagunas más llamativas de la doctrina española. El fundamento de su tesis es triple, y sirve plenamente en nuestro Derecho: el principio de progresividad del PIDESC, que ya conocemos (*supra*, 4.2.4) y que en este punto resulta más útil (aunque sólo exista una obligación moral de progresividad, de ella creemos que sí puede derivarse una prohibición constitucional de regresividad); y sobre todo, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), en su faceta de protección de la confianza (los ciudadanos planifican su vida pensando en unas prestaciones en principio inmodificables)⁴³³, y la concepción del Estado social que sostiene, en la línea que ya hemos defendido por conexión con el artículo 9.2 CE (*supra*, III, 2.4), que las necesidades básicas evolucionan (asimismo, *supra*, 3.2) y que existe una obligación permanente de los poderes públicos de atender a dicha evolución⁴³⁴. Conviene reproducir literalmente la conclusión de COURTIS, pues nos parece que en ella está el núcleo de la cuestión: «La prohibición de regresividad puede ser entendida [...] como una veda a las normas y medidas estatales que, por debilitar o extraer el nivel de protección otorgado, reinstauran obstáculos para la satisfacción de sus necesidades básicas, o, en términos más amplios, hacen renacer obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de las personas, e impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social de un país. En este sentido, la prohibición de regresividad opera como cláusula de control jurídico del cumplimiento, por parte de los poderes públicos, del mandato del Estado social [...]. Dado que el contenido de las necesidades consideradas básicas, las posibilidades de desarrollo de las personas y las áreas de participación se amplían con el tiempo y con el progreso material y científico de nuestras sociedades, el umbral de protección –y por ende, las posiciones consolidadas insusceptibles de derogación o supresión– también tienden a ampliarse progresivamente».

432. COURTIS, 2006, pp. 8-11 y 17-21.

433. Esta conexión entre prohibición de las regresiones y seguridad jurídica es enfatizada por la doctrina alemana (por todos, RÜFNER, 2006, p. 693), con esta u otra terminología. Como es conocido, en Alemania el principio del Estado de Derecho ha experimentado importantes desarrollos, que contrastan con la pobre doctrina (y práctica) española en la materia. Nótese, en todo caso, que esta conexión entre protección de la confianza e irregresividad acaba al final encontrándose con los mismos límites que caracterizan a la concepción constitucional de los derechos adquiridos (p. ej., QUEIROZ, 2006, pp. 111-112), como nuestra jurisprudencia constitucional, ya desde sus primeros años (y el problema persiste), pone bien de manifiesto; al respecto y en relación con un DFSP concreto, CERVILLA GARZÓN, 1995.

434. COURTIS (2009, pp. 48-49) sugiere al respecto una interpretación «evolucionista» de los derechos sociales.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

El modelo de control de las regresiones normativas que finalmente proponemos, en diálogo con COURTIS⁴³⁵, consta de tres pasos:

- a) Respeto en todo caso al contenido esencial del DFSP, tesis que ya hemos defendido (*supra*, 4.2.3) y que nuestro autor ve confirmada sobre todo en la doctrina del Comité DESC⁴³⁶. Como sostuvimos en su momento, en presencia de dicho contenido esencial no cabe justificación alguna de la regresión (teoría absoluta).
- b) Finalidad legítima de la regresión. En este punto crucial, COURTIS cubre las lagunas de la doctrina española y corrige (sin citarla) la afirmación, que ya hemos criticado, de PAREJO. Se basa para ello en el artículo 4 PIDESC (aplicable en nuestro Derecho por la vía del art. 10.2 CE) pero el planteamiento vale igual para la CE, como después precisaremos: para nosotros, sólo en la CE pueden encontrarse las finalidades que amparen la regresión y entre ellas no se encuentra la «reserva de lo posible». COURTIS, que se basa más bien en el Derecho internacional, no lo afirma con contundencia pero este planteamiento se deduce de su exposición⁴³⁷. Y más adelante, por lo que aquí interesa, con cita de TRIBE, señala: «alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad serían insuficientes para justificar la medida impugnada»⁴³⁸.
- c) Proporcionalidad entre la regresión y su finalidad. Para COURTIS, la

435. COURTIS integra los tres pasos bajo el concepto de razonabilidad. A nuestro juicio, este término, que ya hemos utilizado al hablar del control de las prestaciones insuficientes, parece implicar un menor grado de control al propio de la proporcionalidad (en nuestro Derecho vendría a coincidir con la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE), que no es la tesis que COURTIS quiere sostener. En realidad, nuestro autor, como veremos, de lo que realmente está hablando es del principio de proporcionalidad.

436. COURTIS, 2006, pp. 25-26 y 38-39. De otro lado, en los límites (no absolutos pero bastante fuertes) a las regresiones, recientemente RUIZ LAGAZPI (2011, pp. 254-258) ha incluido los principios que van consolidándose en el DIDH, que resultarían vinculantes para el legislador futuro. La tesis, original e interesante, se formula, *ex art.* 39.4 CE, para un caso concreto (expulsión de menores extranjeros) pero bien podría trasladarse, *ex art.* 10.2 CE, a diversos supuestos de DFSP. Recordemos que para delimitar el contenido esencial la atención al DIDH resulta un criterio útil (*supra*, 4.2.3).

437. COURTIS, 2006, p. 27.

438. COURTIS, 2006, p. 33. Ciertamente, tampoco COURTIS sostiene tajantemente la prohibición total del llamado argumento presupuestario sino más bien la alegación abstracta del mismo: «el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué [otros bienes constitucionales, GE] se vieron favorecidos por la medida» (p. 38). Después volveremos sobre el tema.

prohibición de regresividad agrega un criterio suplementario al principio clásico de proporcionalidad (que él denomina de razonabilidad)⁴³⁹. No creemos que sea así, bastando con aplicar los tres elementos que ya conocemos y de los que hay ejemplos en la jurisprudencia comparada: la regresión ha de ser adecuada, necesaria a su finalidad y debe darse un equilibrio (ponderación) entre la finalidad y la restricción del DFSP. A partir de aquí, COURTIS sostiene la inversión de la carga de la prueba (es el Estado quien debe demostrar que respetó el principio de proporcionalidad) y el escrutinio estricto⁴⁴⁰, tesis ambas que en principio suscribimos, sin que resulte posible añadir mucho más sobre ellas, pues su aplicación resulta muy dependiente de cada caso concreto.

En definitiva, consideramos, a diferencia de lo señalado para las omisiones absolutas y relativas y pese a la inexistencia de decisiones jurisprudenciales confirmatorias en nuestro país, que el principio de proporcionalidad en su sentido clásico sirve para el control de este tercer supuesto de intervención sobre los DFSP⁴⁴¹. Como se comprueba, el control resulta aquí más riguroso y por tanto la discrecionalidad de los poderes públicos se reduce. Nuestra opción se debe a que existen aquí mayores semejanzas con los supuestos de intervención sobre los derechos de defensa (acción y no omisión, daño a una posición previamente existente) y a que objetivamente tales supuestos de intervención cuentan en principio con menor legitimidad (dado el triple fundamento, ya expuesto, de la prohibición de regresividad), lo que justifica la mayor rigurosidad del control.

6.5. EXAMEN ESPECIAL DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS COMO CONSECUENCIA DEL NO OTORGAMIENTO O DEL OTORGAMIENTO PARCIAL O INSUFICIENTE DE PRESTACIONES

Un supuesto especial de intervención sobre los DFSP viene constituido por aquellas situaciones en las que, además del no otorgamiento o del otorga-

439. COURTIS, 2006, pp. 22-23 y 29. En correo electrónico de 28 de marzo de 2011 el propio COURTIS nos justifica su opción, a la vista de la doctrina argentina (donde al parecer la razonabilidad está más consolidada que la proporcionalidad), por la mayor amplitud del principio (para él la proporcionalidad da menos juego) y por su plasmación en Derecho internacional. No obstante, preferimos seguir manteniendo el uso de la proporcionalidad, ya que la razonabilidad no cuenta con consolidación en nuestro Derecho y nuestro objeto de estudio es el Derecho español.

440. COURTIS, 2006, pp. 29-42.

441. Destaca bien la diferencia, integrando con naturalidad la regresión en el concepto clásico de intervención, p. ej., KRINGS, 2003, p. 367.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

miento insuficiente de las prestaciones y *como consecuencia de ello*, el titular del DFSP sufre un daño. Se trata, curiosamente, del supuesto más abordado por la jurisprudencia, sobre todo en materia sanitaria (aunque habría ejemplos para casi todos los demás DFSP), lo que impone alguna reflexión sobre este punto.

El peso de la tradición es más fuerte que la innovación producida por el texto constitucional (con carácter general, *supra*, I, 3) y en este sentido la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración goza en nuestro Derecho de honda raigambre. Sin embargo, como hemos demostrado en otros lugares, esta institución sirve, aunque la jurisprudencia apenas es consciente de ello, para garantizar, aunque siempre de forma complementaria⁴⁴², derechos fundamentales, y además con bastante eficacia, al menos en comparación con otras garantías⁴⁴³. Nos encontramos, en definitiva, ante un importante mecanismo de protección (adelantemos que un mecanismo subsidiario pero con un fuerte componente preventivo) frente a la Administración, por lo que su ubicación sistemática corresponde a un capítulo posterior (*infra*, V, 2). En este lugar interesa no obstante aludir a la argumentación material desarrollada por los tribunales, pues puede arrojar alguna luz para terminar de perfilar el régimen de las intervenciones sobre los DFSP.

Como es sabido, los requisitos para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, son en síntesis, los siguientes:

- a) Antijuridicidad, entendida en un sentido muy amplio, es decir, no es necesario que la actuación (u omisión) de la Administración sea ilegal, sino tan sólo que la persona afectada (en nuestro caso el titular del DFSP) no tenga el deber jurídico de soportar el daño sufrido. Este punto de partida es importante, pues por lo que aquí interesa presume la existencia de una obligación administrativa, que nosotros nos permitimos derivar del deber de protección de los derechos fundamentales, de evitar daños a los administrados, y entre esos daños bien pueden incluirse las intervenciones sobre los DFSP (incluyendo su carácter objetivo), que son daños por definición (aunque no siempre, como veremos, daños en el sentido de la responsabilidad patrimonial). Desde luego, el incumplimiento de las normas que reconocen las prestaciones asociadas a los DFSP debe también, con mayor motivo, reputarse *ab initio* antijurídico; otra cosa es que nos encuentre-

442. Pues, evidentemente, la *ratio* de la responsabilidad patrimonial y de los DFSP es diferente, como ha demostrado VAQUER CABALLERÍA, 2005, pp. 592-596: aunque él diferencia entre responsabilidad patrimonial y solidaridad, su planteamiento, *mutatis mutandis*, sirve para demostrar la tesis.

443. ESCOBAR ROCA, 2006, pp. 4 y ss., y 2007, pp. 6 y ss.

mos ante actuaciones discrecionales de la Administración, a veces ilegales pero no antijurídicas en términos de responsabilidad patrimonial, pero estas actuaciones son antes la excepción que la regla y se mueven, como sabemos, más bien fuera de las fronteras del DFSP estrictamente considerado (*supra*, 4.4). Sea como fuere y a la vista de la teoría del margen de tolerancia, habrá de estarse a las peculiaridades de cada caso concreto a la hora de determinar si efectivamente existió antijuridicidad. Por otra parte, dejando el caso referido de la discrecionalidad administrativa, raramente podrá aducirse aquí la existencia de un deber jurídico de soportar estos daños, a no ser la culpa del perjudicado, en situaciones próximas al abuso de derecho (p. ej., un ciudadano que vio agravada su enfermedad por no haber seguido las instrucciones de su médico).

- b) Daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente. La mayor parte de los incumplimientos de los DFSP producen daños que cumplen estos tres requisitos: si, por definición, estamos en presencia de una necesidad concreta (que es siempre individual, *supra*, 5.1.2) y si la prestación va directamente encaminada a satisfacerla, no resultará difícil demostrar la efectividad del daño, más teniendo en cuenta que desde antiguo la jurisprudencia admite los daños morales. La cuantificación económica del daño, en tanto se admiten estos últimos, no plantea especiales dificultades.
- c) Relación de causalidad entre la actuación (u omisión) de la Administración y el daño producido. Desde la doctrina de la responsabilidad objetiva, pese a sus matizaciones, no es necesario que haya culpa o negligencia de la Administración. Si existe una obligación administrativa de cumplimiento de los DFSP y si esta obligación no se cumple y como consecuencia de ello se produce un daño, cabe presumir que existe un nexo causal, invirtiéndose la carga de la prueba. Si bien en el caso de la inactividad administrativa a veces la relación de causalidad resulta más difícil de verificar⁴⁴⁴, hay abundante jurisprudencia sobre la materia, que nos permite llegar a resultados bastante concluyentes⁴⁴⁵.

Del estudio de la copiosa jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial en materia de DFSP cabe por último destacar dos consideraciones de gran interés, por cuanto desmontan dos de los típicos prejuicios de la dogmá-

444. GÓMEZ PUENTE (2002, p. 845) llega a afirmar que aquí hay que rechazar la teoría de la responsabilidad objetiva.

445. Por todos, GÓMEZ PUENTE, 2002, pp. 847-858 y 875-902.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

tica tradicional de los derechos sociales: en primer lugar, los DFSP aparecen (en la práctica o implícitamente) configurados como auténticos derechos subjetivos, y ello incluso cuando no cuenten con taxativas obligaciones correlativas de la Administración previstas en la ley, es decir, son configurados como auténticos derechos fundamentales, aunque sea de manera parcial (cuando hay daño)⁴⁴⁶. En segundo lugar, el argumento presupuestario (o, como enseguida se verá, de la «reserva de lo posible») carece de toda entrada en el razonamiento: si se cumplen los requisitos necesarios para atribuir responsabilidad patrimonial a la Administración, se produce la obligación de indemnizar, exista o no disponibilidad presupuestaria para ello (*infra*, V, 3.6)⁴⁴⁷.

6.6. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LOS LÍMITES DE LOS DFSP

Hasta aquí se han examinado los cinco supuestos básicos de intervención sobre los DFSP y se ha concluido (dejando de lado el caso de los daños, donde la jurisprudencia casi nunca razona en términos de DFSP) que su control se materializa a través de diversos modelos de razonamiento, que tienen una característica común (el límite del contenido esencial) y alguna característica diferenciada (proporcionalidad en los supuestos descritos en 6.1 y 6.4 y razonabilidad en los supuestos descritos en 6.2 y 6.3). Se trata ahora de recapitular sobre lo dicho y llegar a una conclusión sobre los límites de todos los DFSP, es decir, sobre las razones que *ab initio* pueden justificar las intervenciones sobre los mismos.

Conviene comenzar con los parámetros normativos. Con carácter general sólo contamos con el artículo 4 PIDESC (sobre cuyo carácter vinculante para el intérprete de la CE no es preciso insistir), en cuya virtud «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen que en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por la Ley, sólo en la

446. Si hay un interés individual protegido judicialmente, existe un derecho subjetivo; si este derecho se protege aun en silencio de ley y por tanto con el solo apoyo de la CE, existe un derecho fundamental.

447. En la doctrina alemana, RÜFNER (2006, p. 682) ha intentado destacar las diferencias entre las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial y las prestaciones derivadas directamente de DFSP, también impuestas judicialmente, en el sentido de que las segundas son mucho más onerosas para el Estado, por su carácter masivo y sistemático, todo ello con la mal disimulada finalidad de demostrar la menor importancia de las segundas desde el punto de vista constitucional. Pues bien, con independencia de la falacia del argumento mismo, si atendemos a los datos en España (recuérdese que hablamos de imposición judicial de cargas económicas) la premisa es errónea: la gran mayoría de la imposición judicial de prestaciones se realiza precisamente en procesos de responsabilidad patrimonial.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática». Ciertamente, el precepto no puede imponerse sobre la CE y de esta se deriva claramente que los derechos fundamentales (también por tanto los DFSP) pueden ser limitados por cualesquiera otros bienes o derechos reconocidos en la propia CE. Sin embargo, el PIDESC nos ofrece una pista sobre la importancia otorgada a los derechos sociales y una cautela frente a una eventual actividad limitadora carente de justificación, elementos que no pueden dejarse de lado a la hora de ofrecer una respuesta jurídicamente fundada a la problemática que ahora nos interesa.

A nuestro entender, si los DFSP son, por definición, derechos fundamentales, debe seguirse la regla general de los límites de los derechos fundamentales⁴⁴⁸, esto es, tales límites sólo resultan legítimos si encuentran reconocimiento en la propia Constitución⁴⁴⁹.

Uno de los lugares comunes de la doctrina tradicional de los derechos sociales es la llamada «reserva de lo posible», concepto al parecer introducido por la primera Sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el *numerus clausus* en la Universidad, de 18 de julio de 1972. El concepto sigue siendo utilizado por parte de nuestra doctrina, con esta u otra terminología, como un argumento más para relativizar la importancia de los derechos sociales. Sin embargo, hasta donde sabemos, nunca se ha hecho con rigor ni explicación suficiente. Conviene por tanto detenerse brevemente sobre esta cuestión.

Siguiendo la reciente exposición de HEINIG⁴⁵⁰, que cita a su vez a MURS-

448. En Alemania no faltan autores que sostienen que la categoría límite no resulta aplicable a los DFSP (p. ej., KRINGS, 2003, pp. 254 y ss.), pero están pensando más bien a partir del deber de protección de los derechos fundamentales (como origen de DFSP), no de DFSP propiamente tales (con origen en normas específicas de reconocimiento). A nuestro juicio, si los DFSP son derechos fundamentales, pueden ser limitados, en principio de igual forma que los demás derechos fundamentales.

449. En Alemania, los autores que defienden el principio de prohibición de defecto se muestran aquí algo más flexibles, pues llegan a afirmar que basta con que el límite no esté prohibido por la Constitución (por todos, RASSOW, 2005, p. 273). Téngase en cuenta, una vez más, que la situación es diferente, pues como sabemos la LFB no reconoce expresamente DFSP. Sea como fuere, y en aras de la búsqueda de un Derecho constitucional común europeo, convendría mostrarse también flexibles en la identificación inicial de las normas constitucionales que necesariamente han de justificar este tipo de intervenciones, planteamiento, por cierto, ya habitual en nuestro Tribunal Constitucional en relación con los derechos de defensa.

450. HEINIG, 2008, pp. 383 y ss. Por su parte, GOMES CANOTILHO (1998, p. 44) presenta una tipología más amplia de los usos de la expresión «reserva de lo posible», pero nos parece menos clarificadora.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

WIEK y a KIRCHHOF, la reserva de lo posible puede entenderse en un doble sentido, a nuestro juicio contradictorio. En primer lugar, como un límite absoluto de los DFSP, los cuales carecerían de entidad suficiente como para imponer un aumento de los impuestos o del endeudamiento del Estado: los ingresos van por delante de los gastos y si no hay ingresos suficientes tampoco hay DFSP propiamente dichos. Como sabemos, esta tesis resulta incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales, que obliga a limitar la potestad del legislador presupuestario, desde una interpretación unitaria de la CE (*supra*, III, 5.2). En segundo lugar, la reserva de lo posible puede ser concebida como «aquello que el individuo puede exigir razonablemente a la sociedad», por utilizar los términos del Tribunal Constitucional alemán. En su concreción de esta segunda concepción, HEINIG alude a tres sub-principios: adecuación, suficiencia y no discriminación y destaca la importancia práctica del segundo de ellos, reconociendo una «prioridad relativa» de los DFSP en el procedimiento de asignación de los recursos. Pues bien, de manera matizada podríamos aceptar esta segunda concepción de la reserva de lo posible, siempre que sea entendida de manera restrictiva⁴⁵¹.

La reserva de lo posible a secas no puede configurarse como un límite de los DFSP⁴⁵² por la sencilla razón de que como tal carece de respaldo constitucional. No obstante, si examinamos más despacio el uso habitual de la categoría en España nos percatamos de que ésta no opera realmente como un límite sino como un argumento vacío, como una excusa poco razonada para determinar el contenido de los DFSP en términos reducidos, normalmente para apoyar la determinación legislativa frente a sus ataques ante la jurisdicción constitucional. Éste es, nos parece, el planteamiento implícito de nuestra jurisprudencia constitucional, que vendría a asumir la primera de las concepciones descritas por HEINIG y que ya hemos rechazado⁴⁵³. Nuestro

451. En esta dirección, BALDASSARRE, 1997, pp. 216 y ss. y SARLET, 2007, pp. 304-305 y 379-381, conectando ambos, correctamente, la reserva de lo posible con la idea de razonabilidad, más desde el plano de la determinación del contenido de los DFSP que como límite de los mismos. En un sentido parcialmente similar, REY PÉREZ, 2007, pp. 142-143.

452. Desde luego, hablamos de límite en el sentido de la teoría general de los derechos fundamentales, ya establecido *supra*, 6.1. La utilización del término en un sentido más amplio lleva a la confusión y a la inconsistencia, como sucede en el por otra parte original y sugerente trabajo de NEUNER, 2005, pp. 254 y ss.

453. Comentando la Sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 27 de noviembre de 1997, que consideró legítima la falta de tratamiento de la insuficiencia renal crónica por falta de disponibilidad presupuestaria (un uso clásico de la reserva de lo posible), PEMÁN GAVÍN (2009, p. 78) considera que «no cabe duda de que el [asunto] hubiera sido resuelto de manera diferente en un contexto socioeconómico y jurídico como el nuestro». Ojalá fuera así, pero a la vista de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional cabe más bien predecir lo contrario.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Tribunal Constitucional no sostiene una tesis bien construida sobre la materia pero realiza con frecuencia referencias (todas ellas casi de pasada, sin apenas argumentación) a la escasez de medios económicos para dar la razón al supuesto agresor del DFSP. El primer caso claro es la STC 172/1989, sobre el derecho al trabajo de los reclusos, en la cual el Tribunal, tras afirmar su carácter de DFSP (lo contrario hubiera supuesto una mutación constitucional), sostiene: «existe, ciertamente, un específico deber de la Administración Penitenciaria de crear y proporcionar los puestos de trabajo *que permitan sus disponibilidades presupuestarias*, y un mandato, incluso, al legislador, conforme al art. 53.3 de la CE, de que atienda a la necesidad de pleno empleo de la población reclusa, *según las disponibilidades socioeconómicas*» (FJ 3). El razonamiento parece casi burlesco, pues viene a decir: los reclusos tienen derecho al trabajo pero sólo si hay dinero para ello; sin embargo, en nada se analiza si realmente hay dinero o no. En amparo, el planteamiento se reitera en términos sustancialmente idénticos con el derecho a la asistencia jurídica gratuita (STC 117/1998, FJ 3 y muchas otras posteriores, en la misma dirección): el derecho existe sólo si hay dinero, presumiéndose que no lo hay. La argumentación (más bien remedo de la misma) se repite cuando se trata de controlar al legislador: especialmente en materia de Seguridad Social el Alto Tribunal afirma, esta vez conectándolo con mayor claridad con la discrecionalidad (absoluta en la práctica, añadiríamos) legislativa, normalmente junto a la extraña categoría de los derechos de configuración legal (otra fórmula vacía, como ya sabemos: *supra*, III, 1.2), que sin dinero no hay derechos que valgan. Insistimos: en otro lugar de esta obra se ha razonado en extenso sobre las limitaciones al legislador presupuestario exigidas por los DFSP y a ello nuevamente remitimos (*supra*, III, 5.2).

Así las cosas, el uso jurisprudencial de una reserva de lo posible a la española nos parece manifiestamente criticable⁴⁵⁴. Si de lo que se trata es de justificar la deferencia al legislador o a la Administración (una deferencia que, como sabemos, nos resulta excesiva: *supra*, 6.3), es decir, impedir a los jueces que apliquen directamente la Constitución, la categoría resulta innecesaria: si éstos no pueden llegar a la conclusión de que un DFSP ha sido vulnerado será por falta de claridad en la conexión entre necesidad y prestación o por incumplimiento de las reglas de los modelos de control que hemos expuesto, no por falta de medios económicos. La Economía no puede imponerse sobre la dignidad de la persona. Si los DFSP sólo existen si hay

454. Ni que decir tiene que toda esta obra (salvo el capítulo II) se escribe desde y para la realidad jurídica española, donde hallamos el contexto económico adecuado al que se refiere LAPORTA (2004, pp. 304-306). Seguramente nuestra tesis podría ser matizada en otros contextos.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

medios económicos, los DFSP valen muy poco (sólo valdrían en su faceta defensiva)⁴⁵⁵ y, si se mira bien, el planteamiento ataca a la misma esencia de los derechos fundamentales⁴⁵⁶, pues todos ellos, de un modo u otro, requieren de medios económicos para su efectividad. Además, si se alude a la falta de medios económicos, habrá de hacerse con rigor, verificando empíricamente y en concreto si realmente existe esa falta de medios, y en ello nunca entra el Tribunal Constitucional.

Por fortuna, nada parecido a un uso como el descrito de la reserva de lo posible, sino todo lo contrario, encontramos en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁵⁷ ni del Comité DESC⁴⁵⁸ (vinculantes ambas en España), que sostienen una concepción de los derechos sociales mucho más avanzada, ni seguramente tampoco en la más reciente del Tribunal Constitucional alemán (no se olvide, el «inventor» de la categoría).

Volvamos a la cuestión de la justificación de las intervenciones a los DFSP mediante límites constitucionales. Antes de ello, conviene recordar dos situaciones que no necesitan ser justificadas de este modo. En primer lugar, el abuso de derecho, que no es un límite estrictamente sino un criterio de determinación del contenido de los derechos fundamentales (*supra*, 4.3.2): resulta claro que si una persona no necesita en realidad la prestación, no puede exigirla, y la denegación de la misma no precisa motivarse a partir de límite constitucional alguno. En segundo lugar, las intervenciones irrelevantes o de bagatela (p. ej., las formalidades administrativas e incluso determina-

455. En la doctrina española, seguramente la exposición más detallada del tema de los límites de los derechos sociales sea la de MARTÍNEZ ESTAY (1997, pp. 103-109). Este autor destaca con claridad que los límites de los DFSP «son muy distintos que los de los derechos clásicos» y para explicar esta diferencia acude precisamente a la reserva de lo posible, sin que tampoco aquí sepamos a ciencia cierta si estamos en presencia de un criterio delimitador o limitador. Pero la auténtica explicación de esta diferencia de trato es confesada por el autor poco después: los derechos sociales no son en realidad fundamentales sino «programas, principios o aspiraciones». Como se ve, el planteamiento es coherente pero parte de un presupuesto que hemos demostrado falso a lo largo y ancho de esta obra.

456. E incluso a la esencia de la misma Constitución: al respecto, CANTARO, 1997.

457. El Tribunal viene negando reiteradamente que la falta de recursos pueda justificar la vulneración de los derechos; últimamente, p. ej., SSTEDH *Andrejeva* contra Letonia, de 8 de febrero de 2009 u *Olaru* y otros contra Moldavia, de 28 de julio de 2009.

458. Uno de los puntos nucleares de la doctrina del Comité es la interpretación y aplicación de la cláusula del art. 2.1 PIDESC «hasta el máximo de los recursos de que [el Estado] disponga». Pues bien, en relación con los Estados más pobres se permite una cierta progresividad en el cumplimiento. No así en países como España, que deberán demostrar, si alegan falta de recursos, que no pudieron encontrarlos o que los emplearon para fines de igual o superior importancia a los derechos sociales, alegatos ambos que desde luego no serán fáciles.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

das condiciones para obtener la prestación, siempre y cuando, claro está, no resulten irrazonables o excesivas⁴⁵⁹) no afectan al contenido del derecho y por tanto tampoco requieren de justificación en términos constitucionales (*supra*, 6.1). Poco más puede decirse con carácter general sobre estas dos situaciones, pues su existencia o no dependerá de cada DFSP y de cada caso concreto.

Insistimos: sólo en la CE cabe encontrar límites a los DFSP. Pues bien, como ya adelantamos, ninguno de ellos cuenta con límites directos, esto es, con referencias a los mismos en sus respectivas normas de reconocimiento, por lo que sólo cabe hablar aquí de límites indirectos. Al menos uno de ellos debe presentarse a la hora de justificar las intervenciones, como paso previo a la entrada en juego del principio de razonabilidad o del principio de proporcionalidad, según los casos.

Los límites indirectos de los DFSP pueden encontrarse en cualquier norma constitucional, pero los más frecuentes son de tres tipos:

- a) Principios y mandatos de política económica general. Los «criterios de eficiencia y economía» en la programación y ejecución del gasto público (art. 31.2), la política de estabilidad económica (art. 40.1), la obligación de desarrollo de «todos los sectores económicos» (art. 130.1) o el «principio de estabilidad presupuestaria» (art. 135, reformado en 2011)⁴⁶⁰ pueden servir (recordemos, siempre *ab initio*), siempre que naturalmente resulten de aplicación en cada caso, para justificar determinadas omisiones o prestaciones insuficientes.

459. Tenemos en cuenta la temprana advertencia de CASCAJO CASTRO (1988, p. 39), con cita de MATTEUCI, en cuya virtud las «tecnoestructuras burocráticas» pueden comprometer, en ocasiones, la protección de los derechos sociales. Desde una aproximación más jurídica, la exigencia de razonabilidad de las formalidades y requisitos administrativos puede servir de antídoto a este peligro.

460. En los debates parlamentarios sobre la segunda reforma de la CE, que ha modificado sustancialmente su art. 135, se adujo tanto que se ponía en peligro el Estado social como que éste quedaba reforzado; resulta significativo, y confirma varias de las tesis sostenidas en este capítulo, que en ningún caso se cuestiona el Estado social mismo. A nuestro juicio, y a falta de un análisis posterior más sosegado, el nuevo art. 135 ni limita ni apuntala el Estado social, todo dependerá de cómo se aplique e interprete. A nuestro entender, si se sigue nuestra concepción de los DFSP, la menor capacidad estatal de gasto para nada afecta a estos derechos (si acaso aporta un nuevo argumento *ab initio*, ya implícito antes, para justificar las intervenciones sobre ellos), que siguen siendo derechos fundamentales y por tanto límites (también positivos) al legislador presupuestario: si hay que recortar gastos, habrá que buscar en otras partidas, en actuaciones que carezcan de conexión con derechos fundamentales y, en caso necesario, dependiendo de cada mayoría política (que diferencias en este punto entre los partidos sí las hay), en el contenido adicional de alguna figura concreta de DFSP.

Capítulo IV. Los derechos fundamentales sociales...

- b) Otros derechos fundamentales, y especialmente la propiedad privada y la libertad de empresa, en ocasiones colisionan con DFSP, en cuyo caso deberá acudir a la técnica de la ponderación, en los términos que ya hemos propuesto en otro lugar de esta obra (*supra*, III, 4.2).
- c) Las omisiones e insuficiencias de unos DFSP pueden en casos extremos justificarse para mejorar las prestaciones de otros DFSP. Los artículos 40.1 (distribución equitativa, pleno empleo) y 128.2 CE (interés general) pueden servir aquí como criterios complementarios de la ponderación. Ésta es, de hecho, la única opción que parece admitir con claridad la doctrina del Comité DESC, el cual exige a los Estados que demuestren en cada caso que realmente se han producido avances en unos derechos sociales a costa de otros.

Por tratarse, en los tres casos, de límites indirectos, debe aplicarse la regla, que ya conocemos, de la interpretación estricta de los límites. Poco más puede añadirse ahora con carácter general, debiéndonos remitir, para mayor concreción, al análisis de los límites de cada DFSP realizado en la parte II de esta obra.

Capítulo V

Garantías

1. DE LOS DERECHOS A SUS GARANTÍAS*

No hay derechos sin garantías¹. Asimismo, no hay derechos fundamentales sin las dos garantías asociadas al concepto de Constitución: vinculación del legislador (esto es, control –judicial, se entiende– de constitucionalidad de las leyes) y garantía judicial (por los tribunales ordinarios, se entiende) directa (*supra*, III, 1.2), afirmación que vale igualmente para los derechos fundamentales sociales de prestación (DFSP). Obviamente, se trata de un diseño básico, excesivamente centrado en lo judicial y hoy sin duda ampliado: el elenco de garantías (y la afirmación es especialmente válida en materia de DFSP) es mucho más extenso.

Derechos y garantías son categorías próximas pero distintas. La dogmática no se ha preocupado demasiado de perfilar el concepto de garantía², lo

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

1. Desde el mismo origen de los derechos fundamentales, la idea está clara en el famoso art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Como es sabido, en Francia la garantía de los derechos quedó durante mucho tiempo diluida en lo político y fue en Estados Unidos donde se demostró que la efectividad de los derechos requería las garantías judiciales, incluso frente al legislador, concepción ésta que acabó imponiéndose como irrenunciable para el constitucionalismo.
2. Veamos, a título ejemplificativo, algunos de los intentos de definir el concepto de garantía. RIERA AISA (1985, pp. 534-535) no da una definición general, limitándose a señalar que «la finalidad perseguida por la garantía no es otra que la de suministrar una seguridad, una protección o una defensa», y más adelante, en relación con las garantías de Derecho privado, afirma que éstas sirven para «asegurar el goce y disfrute de un derecho o el cumplimiento de una obligación». PEÑA FREIRE, por su parte, señala: «la garantía, como categoría jurídica analizable desde los presupuestos de la teoría general, no podrá definirse como una esencia, como una idea clara y distinta –en un sentido cartesiano– que se oponga con nitidez y contundencia a sus opuestas –la arbitrariedad, la opresión, etc.–. La garantía, por el contrario, es un concepto multidimensional [...]. Esta afirmación supone admitir que no existe una entidad o esencia de partida para el conocimiento de la garantía que pueda ser aislada, descompuesta o

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que nos permite intuir que se trata de un término bastante asumido (no es preciso definir algo que todos saben lo que es) y que no es necesario marcar límites tajantes entre derechos y garantías, pues esa demarcación carece de consecuencias prácticas significativas³. Veamos:

- a) Muchas de las garantías de los derechos tienen a su vez naturaleza de derechos (significadamente, la tutela judicial efectiva), lo que permite, entre otras cosas, proteger DFSP de manera indirecta (p. ej., si por motivos procesales un derecho social no tiene acceso directo a la jurisdicción, su protección puede lograrse aduciendo la vulneración de la tutela judicial⁴).
- b) Las garantías, estrictamente consideradas, son algo distinto a los derechos. La distinción, como decíamos, no tiene excesivas consecuencias prácticas, pero tiene importancia desde el punto de vista sistemático: la dogmática ha de hacer más claro el ordenamiento y ello exige diferenciar y clasificar. Para perfilar mejor la distinción entre derechos y garantías conviene tener en cuenta tres consideraciones: en primer lugar, desde una perspectiva lógica y cronológica, primero están los derechos y luego sus garantías, las cuales se activan cuando aquellos son presuntamente vulnerados⁵, y no antes; es decir, el otorgamiento por la Administración de la prestación debida no es una garantía del DFSP correspondiente sino un cumplimiento del mismo; en otros términos, las garantías aparecen cuando los derechos no se cumplen o, mejor dicho cuando alguien alega su incumplimiento. En segundo lugar, las garantías no son fines en sí mismos sino instrumentos al servicio de los derechos a los que sirven (por

utilizada como factor de exclusión conceptual. Al contrario, sólo será posible localizar la garantía en el análisis de otros elementos del sistema y en el juego y reproducción continua de relaciones jurídicas, es decir, en la complejidad» (1997, p. 25). Esto es, entendemos nosotros, lo importante no es definir la garantía sino establecer el catálogo de las garantías.

3. En la teoría del Derecho la obra de FERRAJOLI ha producido un importante debate (*vid.* sobre todo la obra colectiva editada por CARBONELL y SALAZAR en 2009) pero a nuestro juicio escasamente útil para lo que ahora pretendemos, un concepto de garantía que pueda guiar a la dogmática en la búsqueda de soluciones concretas a problemas concretos. Si bien buena parte de la obra del autor italiano da vueltas alrededor, precisamente, del concepto de garantía, ésta acaba convirtiéndose en un leitmotiv de toda su teoría del Derecho, que precisamente por su amplitud (p. ej., FERRAJOLI, 2009, p. 81: «cualquier deber correspondiente a una expectativa») resulta poco operativo.
4. Por todos, ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 179 y ss. y *supra*, 3.7.2.
5. Decimos presuntamente, porque si son vulnerados o no, casi siempre se dilucidará en la activación de sus garantías. P. ej., el objeto material del proceso versa, sobre todo, en discutir (por las partes) y decidir (por el juez) si el obligado por el DFSP ha vulnerado o no dicho DFSP.

eso, p. ej., el *habeas corpus* o el derecho de rectificación no deben conceptuarse como derechos sino como garantías de otros derechos, pues carecen de fines propios o diferentes, respectivamente, a los propios de la libertad personal o el honor, la veracidad o la dignidad de las personas). Por último, a la vista de las clasificaciones habituales de las garantías de los derechos, éstas son, sobre todo, órganos y procedimientos⁶.

Como decíamos, el catálogo de las garantías es hoy más amplio al diseñado en los albores del constitucionalismo, pues va más allá de lo judicial e incluso de lo institucional. En la práctica se diluye bastante la diferencia entre derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos humanos, lo que muestra, una vez más, la sustancial continuidad entre las tres categorías (*supra*, IV, 3.1). El aserto es especialmente importante en materia de DFSP. Veamos:

- a) Los DFSP son Derecho pero tienen una natural vocación expansiva, que extiende su contenido hacia la moral y la política (*supra*, IV, 4.2.3 y 4.2.4). La distinción entre lo jurídico-constitucional, por un lado, y lo jurídico-internacional y lo jurídico-político, por otro, no es tajante. De ahí que incluyamos entre las garantías de los DFSP algunas que en rigor van más allá de la protección de los DFSP estrictamente considerados y que incluso tienen naturaleza no propiamente jurídica: por ejemplo, y como se irá viendo a lo largo de este capítulo, el control parlamentario, el realizado por el Defensor del Pueblo y las garantías sociales tienen un parámetro (a veces) más amplio que el de los derechos fundamentales. Por su parte, las garantías internacionales no protegen los DFSP en cuanto tales sino en cuanto coinciden con derechos humanos de Derecho internacional. En este último ámbito la continuidad es todavía más clara, y son ya abundantes las obras dedicadas a exponer las influencias recíprocas entre lo nacional y lo internacional, ejemplificadas sobre todo en creciente diálogo entre el Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al que ya hemos aludido (*supra*, IV, 4.3.2 y 4.4).
- b) Todos los derechos fundamentales, pero especialmente los DFSP, incluyen o se relacionan de manera muy clara y directa con mandatos

6. LUCAS VERDÚ (1985, pp. 545-546) incluye tres elementos en su concepto de «garantías constitucionales»: interés constitucional tutelado o asegurado, peligro para dicho interés y organización instrumental idónea para asegurar el contenido o interés constitucional por ella protegido.

de actuación a los poderes públicos, presentes éstos, bien en la misma Constitución, bien en la legislación de desarrollo. Estos mandatos van más allá del derecho subjetivo (aunque a veces se integran en él, *supra*, IV, 1.3 y IV, 4.4.3) pero suele considerarse (es decir, no siempre) que forman más bien parte del contenido objetivo del derecho fundamental (*supra*, IV, 4.2.2). El problema, más sistemático que práctico, consiste entonces en decidir si esos mandatos han de estudiarse como parte del contenido de los DFSP o como parte de sus garantías. La línea de separación es sutil, y por ello hemos dado libertad a los autores de los capítulos de las partes II y III de esta obra para que analicen tales mandatos en el lugar que a su juicio tenga mejor encaje sistemático. Por nuestra parte, en este capítulo de parte general hemos incorporado al elenco de garantías los mandatos de actuación que cuentan con una más clara, consolidada y diferenciada institucionalidad, todo ello por respetar la tradicional identificación de las garantías con los órganos y procedimientos.

A la vista de las consideraciones anteriores, el catálogo de las garantías de los DFSP que proponemos se ordena en seis categorías, según el criterio de clasificación del órgano que las ejerce⁷: la Administración, los jueces y tribunales (incluyendo entre ellos, en sección aparte, al Tribunal Constitucional, más por su importancia política que por sus peculiaridades como órgano de protección), el Parlamento, el Defensor del Pueblo, la sociedad y los órganos internacionales. Como veremos al final del capítulo, todas ellas se refuerzan recíprocamente.

El problema de la efectividad de las garantías (en última instancia, aunque no es exactamente lo mismo, la efectividad de los DFSP) será abordado tangencialmente (aunque la obra está abierta a otras perspectivas, es una obra de dogmática, no de sociología jurídica) al hilo del estudio de cada una de ellas. Recordemos una vez más que los DFSP existen si cuentan con garantías (y éstas sin duda existen) aunque no siempre funcionen de manera ade-

7. Una clasificación paralela, que podría realizarse sin excesiva dificultad dentro de las seis estudiadas, es la que distingue entre garantías subjetivas y garantías objetivas. Tan importantes son unas como otras (*supra*, IV, 4.2.2), como se advierte con mayor claridad en el estudio del Tribunal Constitucional y del Defensor del Pueblo. Una tercera clasificación permitiría distinguir entre garantías preventivas (tratan de evitar futuras vulneraciones, como p. ej. las recomendaciones generales del Parlamento, el Defensor del Pueblo o los organismos internacionales), sustitutorias (pretenden que el DFSP se cumpla, en sus términos originarios, como p. ej. sucede con la sentencia que obliga a la Administración a otorgar una determinada prestación) o reparadoras (si el derecho no puede ya cumplirse, debe otorgarse una indemnización, p. ej., en caso de fallecimiento por falta de una adecuada asistencia sanitaria), pero aquí la diferenciación no es tan nítida, pues muchas veces las finalidades de cada garantía se entremezclan.

cuada, pues los planos de la validez y de la eficacia (entendida en términos sociológicos, como efectividad) del Derecho son distintos. Sin perjuicio de volver sobre el tema al final, consideramos que nuestro ordenamiento cuenta con mecanismos suficientes (aunque a veces menos de lo que quisiéramos) para que los DFSP, además de válidos, sean eficaces. Para lograr una efectividad mayor no será necesaria, como creen algunos, una alteración radical de nuestro orden económico pero sí una importante activación de nuestro Estado democrático y, sobre todo, de nuestro Estado de Derecho.

2. GARANTÍAS ADMINISTRATIVAS*

Una vez desarrollados por ley (y, excepcionalmente, aun antes⁸), lo que resulta el supuesto habitual, los DFSP se dirigen sobre todo a la Administración. En la mayoría de los casos es la Administración el obligado principal, quien satisface el derecho, otorgando las prestaciones que conforman su contenido (*supra*, IV, 5.2.1). Si la prestación se otorga correctamente, el DFSP se cumple y no entran en escena las garantías. Las garantías sólo se activan en caso de incumplimiento (en las cinco formas analizadas *supra*, IV, 6.1 a 6.5) o, mejor dicho, cuando alguien, normalmente el titular del DFSP, alega ese incumplimiento. Ahora bien, en el seno de la misma Administración es posible prevenir (al modo de garantía objetiva) tal incumplimiento y, en ocasiones, sustituirlo o repararlo en los casos concretos (garantía subjetiva). Se trata de garantías muy útiles de los DFSP, en comparación con las demás, aunque sólo fuera por eliminación: como después veremos, en la práctica, las judiciales son muchas veces tardías y las que pone en marcha el Parlamento, el Defensor del Pueblo o los organismos internacionales o no son coactivas (carecen de la fuerza de obligar característica de las actuaciones de la Administración) o suelen ser eficaces sólo a medio y largo plazo.

No hay ninguna garantía administrativa específica para los DFSP (o al menos para todas las figuras) pero resultan aplicables a ellos casi todas las técnicas de actuación de la Administración. Las hay subjetivas y objetivas y

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA. Agradecemos los comentarios de Juan Mestre a una primera versión de este apartado.

8. Si la reserva de ley no lo impide (depende de si la CE exige la ley para el desarrollo de cada figura concreta), el principio de legalidad, entendido como vinculación positiva de la Administración al Derecho, parece exigir al menos una habilitación normativa para el otorgamiento de prestaciones por la Administración. Ello nos lleva a una obligación administrativa de dictar, en ausencia de ley, el reglamento correspondiente, y así sucede en ocasiones (p. ej., ayudas a la vivienda establecidas en reglamento, sin ley previa). Sin embargo, en la práctica también resulta frecuente que la Administración conceda prestaciones sin ningún tipo de habilitación normativa (p. ej., municipios que suministran alojamiento en situaciones de urgencia).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

preventivas, reparadoras y sustitutivas. Veamos seguidamente las ocho formas que pueden servir, en el seno de la Administración, de garantía de los DFSP⁹, si bien de una manera muy sucinta, sintetizando su configuración jurídica general y examinando su virtualidad (y, en su caso, los problemas que plantea¹⁰) para proteger específicamente DFSP:

- a) Información. La información administrativa, ampliamente entendida, cumpliría, por lo que aquí interesa, una función doble: desde una perspectiva objetiva daría a conocer a la ciudadanía el estado actual de cumplimiento (o de los presupuestos necesarios para ello) de los DFSP y los mecanismos generales para su exigibilidad; desde una perspectiva subjetiva, suministraría al titular concreto de un DFSP concreto los datos necesarios para su ejercicio¹¹. Con una buena cultura de transparencia¹² se logran dos cosas: la Administración se verá menos tentada a incumplir los DFSP (se conocerá mejor por qué no se cumplen, lo que facilita la puesta en marcha de sus garantías sociales, *infra*, 6.2.3) y los ciudadanos dispondrán de vías más efectivas para lograr su cumplimiento, pues si cuentan con información suficiente podrán convencer mejor a la Administración de la legitimidad de sus demandas de prestación¹³ y en su caso recurrir en vía administrativa contra la desestimación de las mismas.

Lamentablemente, la única obligación genérica de información ad-

-
9. No incluimos en la relación el derecho a la buena administración, dada su débil articulación jurídica en nuestro ordenamiento. Como método, creemos preferible explorar las posibilidades de lo que hay antes que abrir caminos inciertos. Tampoco tratamos de la participación informal (a veces llamada corporativa) de los agentes sociales, pues salvo excepciones no está configurada como derecho y esta obra es de dogmática jurídica, no de ciencia política; *vid.*, no obstante, las apreciaciones críticas sobre esta última forma de participación, que suscribimos, en SÁNCHEZ MORÓN, 2008, pp. 228-229. Por último, tampoco incluimos el referéndum, pues su puesta en marcha no constituye, en la práctica, un derecho sino una mera discrecionalidad administrativa: nuevamente, también de manera crítica, SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 235.
 10. Para una perspectiva crítica sobre la efectividad de las dos primeras técnicas, *vid.* SÁNCHEZ MORÓN, 2008, pp. 226 y ss., cuyos planteamientos asumimos en su totalidad.
 11. Para profundizar en la temática de la información como garantía de los derechos sociales, *vid.* ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, pp. 171 y ss. y ÁVILA SANTAMARÍA, 2007.
 12. Sobre sus virtualidades, por todos, SOMMERMAN, 2010 y LASAGABASTER HERRARTE, 2010. El art. 3.5 LPC alude al principio de transparencia. Por su ambigüedad mucho nos tememos que carece de fuerza suficiente para cambiar la actitud dominante en la Administración española, y ello pese a su clara derivación de principios constitucionales; al respecto, por todos, MESTRE DELGADO, 1998, pp. 50 y ss. Al menos, nos sirve para fundamentar mejor nuestras propuestas de interpretación favorable a los DFSP de las disposiciones específicas de la LPC, en los términos que seguidamente veremos.
 13. Para una perspectiva más general, en esta misma dirección, por todos, BARNÉS VÁZQUEZ, 2010.

ministrativa es la publicación de reglamentos (art. 52.1 LPC) y de determinados actos administrativos (art. 60). A partir de aquí, conviene distinguir entre dos situaciones bien distintas, las garantías de información del interesado en un determinado procedimiento y las demás garantías de información (normalmente con motivo también de un procedimiento), que podríamos denominar públicas. La jurisprudencia suele dar mayor importancia a las primeras, lo que confirma el sesgo individualista (después volveremos sobre ello) que todavía mantiene nuestro Derecho administrativo.

Comenzando por lo segundo, para los procedimientos administrativos no concluidos, la información pública se configura en términos de habilitación («podrá», dice el art. 86.1), no de obligación¹⁴. Ahora bien, existen múltiples datos de interés para la garantía de los DFSP que bien podrían ser publicados y que sin embargo no se publican. La información es poder y el poder lo sabe muy bien¹⁵. Para la garantía objetiva de los DFSP resultaría muy útil que los ciudadanos conocieran (de una manera clara, pues a veces los datos se encuentran sólo después de buscar mucho y leyendo casi entre líneas) de antemano, por ejemplo, la inversión realizada por cada Administración en servicios sociales, el porcentaje de solicitudes de ayuda a la dependencia admitidas en cada Comunidad Autónoma o la demora en realizar intervenciones quirúrgicas. Hoy día, gracias a Internet, no sería difícil suministrar esta información pero si la Administración lo hace, es por buena voluntad, no porque la ley obligue a ello¹⁶. La Federación Iberoamericana de Ombudsman ha insistido especialmente en este punto¹⁷. Nos hallamos en el terreno de lo constitucionalmente conveniente pero quizás no jurídicamente exigible¹⁸. No

14. Críticamente, SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 233. El autor propone la articulación de obligaciones más exigentes de información (pp. 238-239).
15. Las reflexiones de SÁNCHEZ MORÓN (2008, pp. 236-237) sobre la información efectivamente suministrada por la Administración son contundentes: la información que se difunde es la que conviene propagandísticamente al poder y se ocultan los datos malos; si el ciudadano reclama información, lo más probable es que se encuentre con una denegación presunta, sin justificación alguna. «En consecuencia, los servicios administrativos (y los funcionarios) no se han desprendido aún de esa tendencia al secreto como regla, aunque sea por prudencia o cautela, ante la que poco suele valer en la práctica la invocación formal de principios o normas jurídicas».
16. Para los detalles normativos, ESCOBAR ROCA, 2009, pp. 835-838.
17. P. ej., sobre salud, FIO, 2006, Recomendación 3; sobre educación, FIO, 2008, Recomendación 3; sobre personas con discapacidad, FIO, 2010, Recomendación 5.
18. *Vid.*, no obstante, nuestra interpretación del art. 23.1 CE en ESCOBAR ROCA, 2009, pp. 836-837. En esta dirección, GARCÍA MACHO, 2010, esp. pp. 44-46, o BLASCO DÍAZ, 2010, esp. pp. 132-135.

obstante, en algunos casos particulares, sí existen obligaciones legales de este tipo: por ejemplo, para el derecho a la educación (art. 10 LOE), el derecho a la salud (arts. 9 LGS o 26 LCC) o el derecho a la autonomía de las personas en situación de dependencia (arts. 37-38 LD). Se trataría de que el legislador las extendiera a otros DFSP.

Desde una perspectiva subjetiva, está reconocido con carácter general un derecho subjetivo a la información administrativa, que a nuestro juicio tiene naturaleza de derecho fundamental. Descartado que del derecho a recibir información del artículo 20.1.d) CE pueda deducirse una obligación administrativa de información, la ubicación parece encontrarse en el artículo 105.b), que reconoce un derecho fundamental, pues cuenta con las garantías propias de éstos, a saber, vinculación del legislador y tutela judicial directa¹⁹. El desarrollo legislativo general se encuentra en los artículos 35.a) y h) y 37 LPC. El problema que plantean estos preceptos es su excesivo formalismo: ha de existir un procedimiento administrativo, y como sabemos, este no siempre existe cuando se trata de DFSP. Según la ley, las posibilidades de obtener información son dos: «conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia de los documentos obtenidos en ello» y «al acceso a los archivos y registros de las Administraciones Públicas en los términos previstos en la Constitución y en [la LPC] u otras Leyes». La configuración normativa no es muy generosa pero la aplicación de la misma es peor. Todavía es frecuente (la cultura del secreto se resiste a desaparecer) que el funcionario encargado muestre extrañeza ante solicitudes de este tipo y pregunte «para qué lo quiere». Sin embargo, con buena voluntad administrativa (pues recurrir judicialmente contra la falta de información puede resultar una odisea), imaginación jurídica e insistencia las asociaciones que cuentan entre sus fines con la promoción de los derechos fundamentales en general o los DFSP o alguno de ellos en particular (pueden considerarse «interesados» en los términos del art. 31.2 LPC, flexiblemente interpretado) y desde luego los titulares de DFSP afectados por los procedimientos administrativos correspondientes, pueden lograr (tienen derecho a ello) informaciones útiles (y en algunos casos necesarias) para lograr el cumplimiento de los DFSP.

b) Participación. La participación, colectiva o individual, en el seno de

19. Para más detalles, MESTRE DELGADO, 1998, pp. 75 y ss. y 113 y ss., así como CASTELLÀ ANDREU, 2001.

la Administración cumple funciones similares a las propias de la información y que acabamos de relatar²⁰. Se puede participar más o menos y para el Derecho administrativo español vigente participar (en sentido estricto, como algo añadido a la mera información) implica lo mínimo, únicamente expresarse (realizar alegaciones en la terminología del Derecho administrativo), nunca decidir²¹.

Con carácter general contamos con el artículo 35.a) LPC, que reconoce el derecho de los interesados a «formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento administrativo anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución», lo que se reitera en el artículo 79. En cuanto al trámite de audiencia, es obligatorio (para que los interesados puedan «alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes», art. 84.2), salvo «cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado» (art. 84.3), circunstancia que en la práctica es la más común. Por su parte, el artículo 85.2 («Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses») establece una posibilidad interesante para nuestro ámbito, por cuanto permite la intervención en los procedimientos de organizaciones no gubernamentales, cuya colaboración puede ser muy útil (especialmente en casos emblemáticos) para lograr en vía administrativa el cumplimiento de los DFSP. Por último, para la elaboración de reglamentos el artículo 24.1 LG establece fórmulas más generosas de participación: en primer lugar, se deberán recabar los informes que «se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto»; aunque la fórmula es imperativa («deberán»), la referencia a la conveniencia la convierte en inútil a efectos participativos. Más importante es la previsión siguiente: «Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia, durante un plazo razonable y no inferior a quince

20. Para una comprensión general, ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, pp. 137 y ss.

21. El concepto de SÁNCHEZ MORÓN nos sirve, por realista y descriptivo: «entendemos por participación del ciudadano en la Administración aquellos supuestos en que los ciudadanos directamente o las asociaciones que defienden y promueven sus derechos e intereses, ejercen una *actividad tendente a influir en la adopción y el contenido de decisiones* de trascendencia colectiva» (2008, p. 228, cursivas nuestras, GE), no por tanto a adoptar las decisiones mismas. Para más detalles sobre nuestra concepción de la participación, de momento, ESCOBAR ROCA, 2009, pp. 838-842.

días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición» [art. 24.1.c) LG]. Aquí hay dos cláusulas limitativas que deben ser interpretadas en sentido favorable a los DFSP²²: «reconocidas por la ley» no implica que la ley las mencione expresamente y «directa» no quiere decir que la materia se encuentre expresa y exactamente aludida en los estatutos de la organización o asociación en cuestión. Como la fórmula es imperativa («se les dará»), en caso de incumplimiento podrá acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa alegando vicio formal.

La normativa administrativa sectorial prevé en ocasiones formas especiales de participación orgánica en ámbitos relacionados con los DFSP, que a veces van más allá del procedimiento administrativo e incluso de la mera presentación de alegaciones e informes. Según el artículo 129.1 CE, «La ley establecerá las formas de participación de los interesados [...] en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general», léase a los DFSP. El mayor desarrollo se encuentra en los derechos a la educación y a la Seguridad Social, pues no en vano la CE exige en ambos campos, de forma expresa, fórmulas participativas (respectivamente, arts. 27.5 y 129.2), pero hay también previsiones interesantes, por ejemplo, para el derecho a la salud (arts. 53 LGS y 67 LCC) o a la autonomía de las personas en situación de dependencia [arts. 4.2.e) y 16.4 LD]. No es éste el momento de analizar cada régimen, remitiendo al efecto a los capítulos oportunos de esta obra.

Nuevamente, el problema que plantean todas estas disposiciones es que, salvo las últimas mencionadas, limitan la participación a la mera formulación de alegaciones (que pueden ser tenidas en cuenta o no) y sólo en el seno de procedimientos administrativos o de elaboración de reglamentos. En todo caso, interpretando generosamente (o, mejor dicho, de conformidad con los DFSP) las normas administrativas, si estas son cumplidas por la Administración, se abren vías importantes para que una ciudadanía activa pueda colaborar en la garantía, fundamentalmente preventiva, de los DFSP. Pese a ello, el panorama no es muy alentador. En concreto y como ejemplo, la práctica de los consejos consultivos (seguramente el campo más importante de

22. No es esta la actitud de la jurisprudencia, como bien critica SÁNCHEZ MORÓN, 2008, p. 230.

desarrollo de los mecanismos participativos en nuestro país) revela una actividad elitista y profesionalizada, desvinculada de los intereses reales de los ciudadanos y casi siempre inútil²³: muchas veces estas fórmulas participativas acaban burocratizándose, olvidando a la ciudadanía a la que deben servir y convirtiéndose en trámites engorrosos e inútiles para lograr el objetivo principal que pretenden²⁴, en nuestro caso, un mejor cumplimiento de los DFSP²⁵.

- c) Inspección. Por cuanto todos los DFSP implican obligaciones positivas de la Administración, del más variado signo, y, en muchos casos, obligaciones de entidades privadas, la inspección administrativa (del cumplimiento de tales obligaciones), entendida en sentido amplio (vigilancia e inspección en sentido estricto), ejercida por unos órganos administrativos sobre otros (o sobre sujetos privados) bien puede servir como garantía, fundamentalmente preventiva, de tales DFSP²⁶: si la inspección funciona correctamente, muchos incumplimientos se evitarán. La inspección en sentido estricto implica el ejercicio de una potestad administrativa, normalmente ejercida por funcionarios, y suele estar prevista en la ley y desarrollada por reglamento. Quienes la ejercen disponen normalmente, entre otras, de la facultad de requerir información, exhibición de documentos o comparecencia de los inspeccionados ante las oficinas públicas, la facultad de entrada en fincas, instalaciones o recintos de propiedad particular, la toma y análisis de muestras o las visitas de inspección²⁷.

Los principales problemas que plantea el ejercicio de la potestad inspectora como garantía de los DFSP son dos: en primer lugar, no puede realizarse si no existe habilitación normativa previa²⁸, y ésta no se da para todos los DFSP, aunque sí para bastantes de ellos. El

23. Así, SÁNCHEZ MORÓN, 2008, pp. 230-232.

24. Para un contexto más general, remitimos al interesante librito de GAUDIN (2007), quien nos alerta de la frecuente instrumentalización de las fórmulas participativas y de la dificultad de su efectividad en el contexto la cultura política dominante. De interés asimismo, ya más en relación con nuestro ámbito y desde una perspectiva menos favorable a la participación, GARCÉS SANAGUSTÍN, 2000, pp. 174-175 y 189.

25. Esta misma conclusión, en relación con un DFSP concreto, p. ej., en BELTRÁN AGUIRRE, 2005, pp. 222-224. Volveremos con más ejemplos al analizar las garantías de cada DFSP en los capítulos correspondientes de la parte II de esta obra.

26. En la doctrina española sobre derechos sociales sólo hemos encontrado un mínimo desarrollo de esta idea en MARQUET SARDÁ, 2010, pp. 174-177, pero ¡en relación con el ordenamiento sueco! El Derecho comparado, en todo caso, nos resulta aquí de utilidad.

27. SÁNCHEZ MORÓN, 2009, pp. 653-655.

28. Para más detalles, GARCÍA URETA, 2006, pp. 67 y ss.

mayor desarrollo se encuentra, sobre todo, en relación con los derechos al trabajo y a la Seguridad Social (ámbitos en los que desde antiguo se cuenta con órganos bien consolidados de inspección), pero hay también previsiones interesantes (otra cosa es que se utilicen) para otras figuras, como el derecho a la educación (arts. 148 a 154 LOE) o el derecho a la salud (arts. 30 y 31 LGS). No estaría de más que las tareas de inspección se extendieran a todos los DFSP. Ahora bien, si a veces se alega falta de medios para satisfacerlos (el coste de las prestaciones propiamente dichas), con mayor motivo (que no razón) se alegrará lo mismo (el coste de los medios personales y materiales de la inspección) para negar la inspección de los obligados a dicha satisfacción.

El segundo problema es la exigibilidad de la inspección. Suele considerarse (erróneamente) que se trata de una potestad discrecional desde su misma iniciación, lo que viene a significar que puede ejercerse o no, y ello aunque la ley se exprese en términos imperativos. En relación con otro derecho (que no hemos calificado en esta obra como social), de estructura compleja y por tanto con un contenido en parte prestacional, el derecho al medio ambiente, sostuvimos hace tiempo que «en presencia de deberes estatales de protección derivados de derechos fundamentales no tiene la Administración libertad para inspeccionar o no, debiendo considerarse [...] que la discrecionalidad administrativa cede ante la necesidad de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales»²⁹, y el argumento resulta obviamente aplicable por entero a los DFSP. Según esta interpretación (de la ley conforme a los DFSP), por otra parte no desconocida por la doctrina administrativista³⁰, puede exigirse a la Administración que inspeccione, cuando la ley obligue a ello, al menos, si esa inspección ayuda a la mejor garantía de los DFSP. Si no lo hiciera, quedaría abierto el recurso contencioso-administrativo por inactividad, en los términos que más adelante se verán (*infra*, 3.3). Esta vía puede plantear problemas de legitimación, especialmente por parte de ciudadanos concretos, pero a nuestro juicio las asociaciones deberían tener sin problema acceso a la jurisdicción para exigir el ejercicio de la potestad inspectora.

- d) Sanción. El incumplimiento de las obligaciones, de la Administración o de particulares, asociadas a los DFSP, como parte de su conte-

29. ESCOBAR ROCA, 2001, pp. 576-577.

30. P. ej., BERMEJO VERA, 1998, p. 54 o GARCÍA URETA, 2006, pp. 33-35 y, con referencia a los derechos fundamentales, RIVERO ORTEGA, 2000, pp. 117 y ss.

nido objetivo o subjetivo, puede ser sancionado por la Administración. Con ello el ciudadano no logra que su derecho se cumpla (la sanción no persigue el otorgamiento de la prestación) pero sí que se castigue su incumplimiento, como modo de prevenir incumplimientos futuros. Resulta aquí válido nuestro razonamiento sobre la inspección: en presencia de incumplimientos de DFSP que coincidan con infracciones legalmente castigadas (aquí la reserva de ley es más fuerte), lo que resulta frecuente (casi todas las leyes de DFSP contienen un régimen sancionador), la Administración no tiene libertad para sancionar o no³¹. Al menos una vez tenga conocimiento de la comisión del ilícito, está obligada a actuar: a este respecto, la denuncia de los particulares ha de ser tramitada, es decir, existe, una vez constatada una mínima razonabilidad de la denuncia, un derecho a que la Administración inicie el procedimiento sancionador correspondiente³². El artículo 35.i) LPC reconoce el derecho de los ciudadanos «a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente», de lo que puede deducirse (si no quiere convertirse el precepto en letra muerta) un derecho a exigir la iniciación del procedimiento sancionador. Esta solución, que reconocemos discute, al menos en parte, uno de los criterios tradicionales de la doctrina administrativista³³, procede, una vez más, de la necesidad de interpretar la ley de conformidad con los DFSP. Esta garantía es de las más fuertes y útiles de los DFSP y si dejáramos total libertad a la Administración

31. Frente a la tendencia anterior, ésta parece ser ya la postura mayoritaria en nuestra doctrina administrativista: por todos, DESDENTADO DAROCA, 2010, pp. 343 y ss., quien cita a su favor, entre otros, a REBOLLO, LOZANO y GÓMEZ PUENTE.
32. Nada dice al respecto la LPC. El RD 1398/1993 prevé en su art. 11.1.d) la denuncia pública, sin requisito alguno. El art. 11.2 señala que la petición (por otro órgano administrativo) de iniciar el procedimiento sancionador no es vinculante, pero nada se dice sobre la denuncia, lo que permite llegar, a contrario, a una solución diferente en este caso. Dice después el art. 11.2: «Cuando se haya presentado una denuncia, se deberá comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación». Ahora bien, a nuestro juicio, la no iniciación debe fundamentarse (p. ej., en la falta de razonabilidad de la denuncia), pues no es discrecional.
33. Que viene a sostener que la iniciación del procedimiento sancionador es discrecional. Nótese sin embargo, la endeblez del argumento. P. ej., NIETO (1994, p. 144) señala: «*En mi opinión*, el ejercicio de la potestad sancionadora no es obligatorio para la Administración, quien puede, por tanto, iniciar o no los correspondientes expedientes. *Sé de sobra que esta tesis repugna el sentimiento de justicia y quebranta el principio de igualdad*; pero hay otra razón más pesada que la abona, a saber: la realidad» (cursivas nuestras, GE). Para la doctrina contraria del Defensor del Pueblo, en línea con nuestra tesis, ESCOBAR ROCA, 2010, p. 243.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

para sancionar o no los incumplimientos de los mismos, su efectividad quedaría notablemente reducida.

En este apartado cabe incluir el control del personal, funcionario o no, en cuyas manos se encuentra el otorgamiento de las prestaciones propias de los DFSP. Como sabemos, la cuestión es de gran trascendencia, pues muchas veces la decisión clave depende de un solo funcionario (a veces ni eso: *supra*, IV, 5.2.4), que suele escudarse en la discrecionalidad técnica para fundar, sin motivación suficiente, la denegación de la prestación.

- e) Derechos de los usuarios de servicios públicos. Como sabemos, muchos de los obligados al cumplimiento de los DFSP son particulares que actúan bajo la fórmula de prestadores de un servicio público (en sentido amplio), esto es, como concesionarios o como titulares de autorizaciones sujetas a obligaciones y controles administrativos especialmente intensos (*supra*, IV, 5.2.3). Pues bien, para estos casos cabe acudir a las técnicas específicas de control administrativo sobre tales particulares: dependiendo de cada caso, a las previstas en la normativa general (LCSP) o en la normativa específica atinente a cada sector³⁴. Como en los casos anteriores (inspección y sanción), a nuestro juicio, en presencia de un DFSP, no cabe libertad a la Administración para hacer o no uso de las correspondientes técnicas de control. De no entenderlo así, tendrían razón los críticos de la (mal llamada) privatización de los servicios relativos a los DFSP. Así se sostuvo en su momento (que para admitir, como admitimos, el cumplimiento privado de DFSP debía previamente admitirse la obligación del efectivo y no formal control público de las actividades correspondientes) y a ello remitimos.

La más reciente doctrina administrativista estudia conjuntamente los derechos de los usuarios no ya desde la perspectiva del servicio público formal o tradicional (que también) sino «desde las técnicas e instituciones de la regulación»³⁵. Aun así, perviven técnicas importantes de protección de los intereses de los usuarios que pueden servir de eficaz garantía de los DFSP en vía administrativa. Sin embargo, todas ellas acaban reconduciéndose, de un modo u otro, a las ya conocidas: información, participación, inspección, sanción e indemnización³⁶. Para calibrar su utilidad concreta para cada DFSP

34. Para una valoración general de las distintas posibilidades, ORTEGA ÁLVAREZ, 2005, pp. 163 y ss.

35. Así, RODRÍGUEZ FONT, 2009, pp. 829 y ss.

36. *Idem*, pp. 850-855.

en particular, debemos remitirnos al análisis realizado en la Parte II de esta obra.

- f) Recursos administrativos y reclamaciones extrajudiciales. La mayor parte de las intervenciones administrativas sobre DFSP (dependerá del régimen legal de cada figura) pueden ser revisadas de oficio o recurridas ante la propia Administración, siguiendo el sistema general de la LPC (arts. 102-119 LPC), lo que da a la Administración una oportunidad de rectificar. En la práctica, raramente la Administración rectifica (mantenerlo y no enmendarlo, parece ser su lema), por lo que nos tememos que esta garantía carece de mucha utilidad. Normalmente habrá un funcionario que «estudie» los recursos y los pase a la firma de su superior, con órdenes de éste de argumentar lo mínimo (y muchas veces lo imposible), para salir del paso, y confirmar la resolución recurrida.

Más interesante puede resultar la presencia en la Administración de órganos de composición más independiente, dirigidos a atender las reclamaciones de los ciudadanos, o la llamada a posibles técnicas de mediación, que pueden servir de criba de intervenciones extremas y por tanto de evitación del recurso a la siempre más larga, formalista y costosa vía judicial. La tipología y naturaleza es variada. El mayor desarrollo se encuentra en el ámbito del consumo, donde los órganos de arbitraje (en general, art. 31 LGDCU y RD 636/1993) pueden servir, en ocasiones puntuales, para garantizar DFSP³⁷. Como garantía directa de DFSP pueden citarse, en relación con el derecho a la salud y a la vivienda, los procedimientos extrajudiciales de reclamación previstos en las leyes, que resultan de gran utilidad (respectivamente, *infra*, IX, 7.5 e *infra*, XI, 7.4). Sería bueno trasladar este tipo de mecanismos a otros DFSP, para evitar la siempre inconveniente (como veremos enseguida, más por razones prácticas que constitucionales) judicialización de los problemas.

- g) Responsabilidad patrimonial. Para el supuesto de daño ocasionado por el incumplimiento de un DFSP queda abierta la vía administrativa de reclamación de indemnización (arts. 139 a 144 LPC). Ya hicimos referencia a la responsabilidad patrimonial en vía judicial (*supra*, IV, 6.5), y sería bueno, una vez más, que se evitara, pues existe la oportunidad de indemnizar en vía administrativa. Se trata de una

37. P. ej., en general, ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 220-224, y para el Derecho español, CABAÑAS GARCÍA, 2005. El DFSP donde mejor se aprecian estas posibilidades es la vivienda (*infra*, XI, 7.3).

garantía parcialmente reparadora (no pretende que el DFSP se cumpla sino obtener una reparación económica porque no se cumplió) pero sobre todo preventiva.

- h) Por último, interesa hacer breve referencia a la actividad de planificación. Los organismos internacionales, y especialmente el Comité DESC³⁸ y la Federación Iberoamericana de Ombudsmen³⁹, han destacado la importancia de la adopción de planes de actuación administrativa para avanzar en el cumplimiento de los derechos sociales. Para algunas figuras, existe incluso la obligación legal⁴⁰ de hacerlo (p. ej., arts. 61 y 64 LCC). Pese a que estos planes (a veces, insistimos, de establecimiento obligatorio, según la ley) tengan normalmente una naturaleza orientativa⁴¹, los creemos de gran utilidad como garantía política, objetiva y preventiva, para ayudar al mejor cumplimiento futuro de la mayor parte de los DFSP.

3. GARANTÍAS JUDICIALES*

3.1. LA FUNCIÓN JUDICIAL DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES; APROXIMACIÓN PRELIMINAR A SU PROBLEMÁTICA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA

En capítulos anteriores hemos defendido la tesis de la justiciabilidad de los derechos sociales, o lo que viene a ser lo mismo, la existencia de DFSP (*supra*, III, 1.2), sobre la cual no es preciso insistir. También en su momento aludimos al papel de los tribunales en la determinación del contenido de tales derechos (*supra*, III, 4.4), papel limitado con naturaleza de fuente de derecho pero con alguna trascendencia en los casos concretos, como enseña precisaremos. Ahora debemos centrarnos en la forma concreta de garantía judicial de los DFSP, obviamente sin pretender con ello realizar un estudio, ni siquiera sintético, de nuestro Derecho procesal, sino únicamente de los aspectos del mismo que resulten de mayor interés, sobre todo desde una perspectiva problemática.

38. P. ej., OG 4, ap. 12; OG 5, ap. 13; OG 6, ap. 18; OG 11 *in totum*; y OG 14, ap. 36, entre otras.

39. P. ej., Fio, 2005, Rec. 4; 2006, Rec. 11; 2008, Rec. 12; y 2010, Rec. 7, entre otras.

40. No parece posible deducir sin más de la CE una obligación de planificación en materia de DFSP.

41. En el sentido de SÁNCHEZ MORÓN, 2009, p. 644.

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA. Los apartados 3.7.2 y 3.7.3, por Guillermo ESCOBAR ROCA y Joaquín BRAGE CAMAZANO. Agradecemos los comentarios de Juan Carlos CABAÑAS, Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA, Luis MARTÍN CONTRERAS, Juan MESTRE y Pilar LADRÓN a una primera versión de los apartados 3.1 a 3.6.

Con carácter preliminar, se imponen cuatro consideraciones:

1. Los jueces aplican el Derecho, es decir, todas las normas jurídicas y no sólo las que reconocen derechos subjetivos. En la práctica judicial se acaba difuminando la diferenciación entre derechos subjetivos y obligaciones objetivas, pues unos y otras son susceptibles de control ante los tribunales; al respecto en su momento comprobamos, por ejemplo, cómo normas de mandato eran transformadas en la práctica judicial en normas de derechos, debiendo exigirse, en estos casos, un plus de argumentación para ello (*supra*, III, 1.3 y IV, 4.2.5). Lo que varía es, sobre todo, el acceso a la jurisdicción (los filtros son distintos en cada caso), la intensidad del control (más fuerte para los derechos subjetivos) y el alcance del fallo. Esta circunstancia ilustra muy bien la esencial continuidad y complementariedad entre las facetas subjetiva y objetiva de los DFSP, que ya conocemos (*supra*, IV, 4.2.2).

Más que la distinción entre contenido subjetivo y objetivo de los DFSP, lo que resulta problemático es el mismo contorno de lo jurídico, pues la competencia de los tribunales llega hasta donde llega el Derecho mismo: ésta era, como sabemos, la tesis de GUASTINI, de BÖCKENFÖRDE y de otros autores («no hay derechos sociales porque no son Derecho sino política»), que ya hemos combatido (*supra*, III, 1.3 y IV, 4.3.2), entre otros argumentos, basándonos en la literalidad del texto constitucional («derecho a»). También sabemos que nuestro sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes impone algunas limitaciones, derivadas no tanto del artículo 53.3 CE como del artículo 163: el juez ha de aplicar la ley, y si ésta es insuficiente, deberá interpretarla de conformidad con la Constitución, pero no hasta el punto de contradecirla (*supra*, IV, 4). La frontera entre la interpretación conforme y la constatación de una antinomia resulta en todo caso difusa (el Derecho es «dúctil» hasta cierto punto) pero en los casos claros de antinomia el juez deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Si el demandante plantea una solicitud de prestación, con el solo apoyo de la CE, que encaje en su contenido adicional (*supra*, IV, 4.2.4) o que esté fuera del ámbito protegido por el derecho fundamental (nuevamente un problema interpretativo), no será necesario el planteamiento de la cuestión⁴². Recordemos, en

42. P. ej., si entendemos que el derecho a un medicamento asequible (no gratuito), necesario para la curación de una enfermedad, forma parte del contenido constitucional del derecho a la salud y el ordenamiento no lo reconoce así, existe antinomia y si esta antinomia procede de la ley (que sería por tanto inconstitucional, por omisión relativa o insuficiencia), procedería plantear la cuestión. Ahora bien, si entendemos que el derecho a la libre elección de médico forma parte del contenido adicional del derecho a la salud, dicho planteamiento no procedería.

relación con esto último, que los DFSP tienen una natural vocación expansiva, que se mueve en el terreno de la política (*supra*, IV, 4.2.3), en el cual el juez no debería entrar⁴³.

Las opciones del juzgador no son inocentes. En los casos difíciles, el juez deberá elegir entre concepciones más o menos exigentes del Estado social y de la misma Constitución. No olvidemos que el llamado *neoconstitucionalismo* implica un natural reforzamiento de la función jurisdiccional⁴⁴. No se trata de proponer un activismo judicial ni un uso alternativo del Derecho sino tan sólo de tomarse realmente en serio la Constitución y las nuevas funciones que ésta asume en el momento actual de su evolución (*supra*, I, 3)⁴⁵. Los ejemplos más claros de argumentos justificadores de la inhibición judicial ante demandas de protección de DFSP, procedentes a nuestro entender de concepciones reduccionistas del Estado social y de la Constitución, son la discrecionalidad administrativa y la reserva de lo posible, argumentos que ya hemos combatido (respectivamente, *supra*, IV, 4.4 y 6.6) pero que continúan muy presentes en la mentalidad judicial dominante.

2. La primera sorpresa del estudioso de la jurisprudencia sobre DFSP es la escasez de sentencias producidas, reveladora de una litigiosidad muy contenida, algo que en principio resulta extraño en un país tan pleiteador y en materia tan sensible para los ciudadanos (pocas cosas hay tan importantes para una persona como el cuidado de su salud, la educación de sus hijos o el disfrute de una vivienda digna, por poner sólo tres ejemplos). Aunque la pregunta es sociológica, el jurista debe intentar buscar alguna explicación de la aludida escasez, siquiera intuitiva. Intentemos buscarla, aun a riesgo de confundirnos.

43. Resulta significativo que quizás el principal defensor entre nosotros de la configuración de los derechos sociales como derechos fundamentales acabe reconociendo un importante campo de acción a las «hipótesis cooperativas», esto es, a las «actuaciones autorre restrictivas en las que los jueces acompañan o dan cobertura jurídica a la actuación de las mayorías legislativas» y que pueden ser de cuatro tipos: desarrollo legislativo que minimiza los derechos y deferencia jurisdiccional que también los minimiza, desarrollo legislativo que maximiza los derechos y deferencia judicial que también los maximiza, omisión legislativa que minimiza los derechos y deferencia jurisdiccional que también los minimiza y omisión legislativa que maximiza los derechos y deferencia jurisdiccional que también los maximiza PISARELLO (2001, pp. 1824 y ss.). El análisis es interesante, especialmente por los ejemplos propuestos por el autor para cada uno de los tipos. El planteamiento vale igual (al menos cuando el planteamiento se centra en la interpretación de la ley) para el control judicial de la Administración.

44. El modelo de juez que se propone no es tampoco inocente. De interés, por todos, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2006, pp. 149 y ss.

45. Así, en relación con nuestro tema, ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007, pp. 68-71.

Paradójicamente, pese a la menor importancia que la jurisprudencia, de hecho, ha otorgado al principio del Estado social, en comparación con los demás principios constitucionales (*supra*, III, 2.4.1), y frente a uno de los lugares comunes («los derechos sociales son menos eficaces que los demás»), esta vez de la izquierda, en nuestro país la protección social funciona, en términos generales, relativamente bien; basta comparar los informes sobre España de organismos internacionales con los relativos a otros países para comprobar el aserto. Los indicadores de desigualdad y pobreza, que son los que más se asemejan (no son exactamente lo mismo, pero no hay otros mejores) a una medición del cumplimiento de los derechos sociales, nos sitúan algo lejos de los países europeos más avanzados, pero la proporción no es mala, más si tenemos en cuenta nuestro retraso histórico. Es decir, una primera explicación de la escasa litigiosidad de la materia podría encontrarse en que los ciudadanos están mayoritariamente satisfechos con la protección social que reciben.

Como suele ocurrir, hay otras causas, tan o más importantes como la citada, y sobre todo dos (las demás serán descritas después): en primer lugar, la escasa cultura jurídica española sobre derechos sociales. A lo largo de muchas de las páginas de esta obra se discute con la doctrina tradicional, la cual, quizás de forma todavía mayoritaria, minusvalora los derechos sociales, y esta doctrina impregna toda nuestra cultura jurídica, de abogados, jueces y funcionarios pero también de los mismos ciudadanos. Se unen aquí, reforzándose mutuamente, las siguientes circunstancias: los profesores enseñan en sus clases que los derechos sociales no son derechos; a los abogados no les interesan demasiado estos temas, pues son profesionales liberales y estos pleitos no son lucrativos económicamente; los jueces están saturados de trabajo y si pueden evitar entrar en estos temas, mejor; los funcionarios están sujetos al principio de jerarquía y los altos cargos a los que deben obediencia están preocupados, hoy más que nunca, por reducir gastos; tradicionalmente (la sombra de la dictadura es alargada), se explicó a los ciudadanos que las prestaciones sociales que recibían eran otorgadas discrecionalmente por el poder y no derechos exigibles frente al mismo, y de ello algo queda, más en una sociedad tan dependiente de lo público y tan poco activa socialmente como la nuestra. Obviamente, si los derechos sociales no son considerados como derechos, no se acude a los tribunales para exigirlos.

En segundo lugar, si los DFSP satisfacen necesidades básicas, éstas son importantes pero también, muchas veces, urgentes. La lentitud de

nuestra Administración de justicia (sobre todo en el ámbito que, como enseguida veremos, más interesa, el contencioso-administrativo) resulta ser, como tantas veces se ha dicho, un problema estructural; utilizando una fórmula cara a la jurisprudencia de otros países, un «estado de cosas inconstitucional», causante de un «efecto disuasorio» para litigar⁴⁶: si una persona necesita una vivienda (porque coyunturalmente sufre violencia de género o porque carece de medios para pagar un alquiler), la necesita ahora, y de poco sirve que un juez la conceda dentro de dos años, que es el plazo medio de duración de un proceso ante los Juzgados de lo contencioso-administrativo; si alguien necesita una operación de cataratas, la necesita en plazo breve, y poco ayudará una sentencia que obligue a la Administración a realizar esa intervención quirúrgica si lo hace más allá de ese plazo.

3. El Derecho procesal está configurado, todavía, más pensando en garantizar los clásicos derechos liberales que los DFSP⁴⁷, más en anular actos administrativos que en obligar a la Administración a actuar⁴⁸. Las particularidades propias de los DFSP apenas se dejan sentir en nuestras leyes procesales, habida cuenta de la inexistencia de cauces procesales específicos para su tutela. En coherencia con los presupuestos metodológicos de esta obra, en lo sucesivo propondremos interpretaciones de nuestra legislación procesal que maximicen los DFSP (se trata simplemente de tomar en serio lo que dice el art. 5.1 LOPJ), evitando en lo posible afirmar la inconstitucionalidad de dicha legislación. No obstante, se apuntarán levemente algunas posibles reformas legislativas, no tanto para paliar antinomias ley-Constitución como para adecuar mejor la ley a la Constitución, habida cuenta de la gradualidad en el cumplimiento de ésta (como los principios de ALEXI, la CE y los DFSP que contiene se pueden garantizar «más o

46. La bibliografía es amplia y la doctrina es unánime. Por todos, NIETO, 2004, pp. 29 y ss.

47. Como mostraremos en las páginas que siguen, la dicción de los textos y particularmente de la LJCA así lo demuestra, excepción hecha de algunos avances de 1998. Ciertamente es que la doctrina procesalista está empezando a cambiar, proponiendo interpretaciones avanzadas e incluso reformas normativas. La óptica tradicional creemos que está más bien presente en la actuación de los tribunales ordinarios que en la doctrina.

48. Ciertamente, la tesis de la jurisdicción revisora debe entenderse superada desde la CE (tempranamente, MUÑOZ MACHADO, 1980; entre la amplia doctrina posterior, p. ej., FERNÁNDEZ TORRES, 1998, esp. pp. 297 y ss.) pero siguen existiendo reticencias a llevar a la práctica la necesaria transformación del sistema procesal clásico impuesta por el orden constitucional. Como tantas veces se ha visto a lo largo de esta obra, el peso de la tradición dificulta la normatividad de la CE.

menos»). En definitiva, no compartimos el desánimo de quienes niegan al ámbito judicial toda utilidad en la garantía de los DFSP: los jueces no protegen sólo intereses individuales (que también, y ello no es malo, pues los DFSP son ante todo intereses individuales, *supra*, IV, 5.1.2) y, en todo caso, como apuntamos en su momento (*supra*, III, 1.2), la garantía judicial es una más entre las posibles (a seis bloques de garantías aludimos en este mismo capítulo) y no desdice sino que complementa las demás.

4. Cualquier vía procesal (entendiendo por tal los cuatro ámbitos más importantes de la jurisdicción) resulta en principio adecuada para encauzar la garantía judicial de los DFSP⁴⁹. La elección por una u otra depende sobre todo del tipo de intervención a controlar. La vía civil, aunque especialmente útil en materia de Derecho de consumo, es poco frecuente, pues los DFSP tienen por típico obligado a la Administración (*supra*, IV, 5.2.1). La vía penal procede cuando la intervención sobre el DFSP coincide con un tipo delictivo, lo que sucede en bastantes ocasiones, como comprobaremos en los apartados correspondientes de los distintos capítulos de la parte II de esta obra. La vía social es la habitual para controlar las intervenciones sobre dos de las figuras estudiadas en la parte II de esta obra: el derecho al trabajo y el derecho a la Seguridad Social. Para las otras siete figuras, la vía natural de control (estamos pensando sobre todo en los elementos prestacionales de los DFSP, que son los más importantes) será la contencioso-administrativa: como ya apuntamos (*supra*, IV, 6.2 y 6.3), las intervenciones típicas sobre los DFSP consisten en la omisión de prestaciones o en el otorgamiento parcial o insuficiente de prestaciones por parte de la Administración. Por tanto, limitaremos nuestro estudio posterior al de la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiéndose trasladar, *mutatis mutandis*, muchas de nuestras consideraciones a las otras jurisdicciones.

En la vía contencioso-administrativa existe un proceso especial para la «protección de los derechos fundamentales de la persona» (arts. 114-122 LJCA), pero este proceso sólo sirve para garantizar uno de los DFSP de nuestro catálogo (la literalidad del art. 53.2 CE es clara), el derecho a la educación, de ahí que no creamos necesario aludir a esta vía especial en las páginas que siguen⁵⁰.

49. Para más detalles sobre las posibilidades de garantía de los derechos sociales en los cuatro ámbitos, COLMENERO GUERRA, 2006, pp. 298 y ss.

50. Cabe, no obstante, la protección indirecta de los DFSP en este proceso especial, y ello por conexión con los arts. 14 y 24 CE, o por interpretación extensiva del art. 15, entre otros. Remitimos al efecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (*infra*, 3.7.2), aplicable aquí.

3.2. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

El acceso a la jurisdicción tiene en nuestro sistema varios filtros, que son bien conocidos y no necesitan ser recordados. De entre ellos, dos tienen especial interés para nuestro tema:

1. El coste del proceso, y en especial el pago de procurador y abogado. Salvo en materia de personal, la postulación y la asistencia letrada, como regla general⁵¹, son obligatorias ante la justicia contencioso-administrativa (art. 23 LJCA), lo que impone el pago, respectivamente, de los derechos de un procurador y de los honorarios de un abogado. Como sabemos, la titularidad de los DFSP es básicamente universal pero unos derechos son ejercidos por todos los ciudadanos, mientras que otros lo son sólo por quienes, coyunturalmente, se encuentran en una situación de necesidad asociada a la pobreza (*supra*, IV, 5.1.1). Sobre todo para este segundo grupo el pago de abogado y en su caso de procurador puede dificultar el acceso a la justicia. Ciertamente, contamos con la asistencia jurídica gratuita, que es un derecho fundamental (un nuevo ejemplo, por cierto, de deducción de derechos de normas de mandato, art. 119 CE⁵²), regulado por la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita⁵³, que tiene como titulares a «aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud» (art. 3.1)⁵⁴, es decir, con carácter general, 1.282 euros al mes para 2011. Esta cantidad parece demasiado baja: los honorarios habituales de un letrado por pleitear ante la justicia contencioso-administrativa serán normalmente superiores a esa cantidad, y no parece razonable que una persona con 1.283 euros de salario mensual haya de invertir (con el riesgo añadido de la condena en costas)⁵⁵ más de dicho salario para defender sus

51. La intervención de procurador no es obligatoria ante los órganos judiciales unipersonales.

52. P. ej., SSTC 42/1982, 188/1991, 29/1995 y 229/1999.

53. Para más detalles sobre los preceptos de la Ley a los que aquí hacemos alusión, p. ej., BACHMAIER WINTER, 1997 y MARTÍN CONTRERAS, 2009. Otras leyes prevén algunas especialidades; por lo que aquí interesa, p. ej., el art. 20 de la LO 1/2004. El contenido prestacional del derecho se queda corto en temas como el pago de intérpretes, la falta de especialización de algunos colegios o los gastos de desplazamiento de los letrados.

54. El art. 5 LAJG, a cuya lectura remitimos, regula el «reconocimiento excepcional del derecho».

55. La Ley 37/2011 ha dado nueva redacción al art. 139.1 LJCA, imponiéndose ahora las costas «a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que [el órgano jurisdiccional] aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas

derechos. A nuestro juicio, no resulta muy compatible con la CE que para lograr que la Administración otorgue las prestaciones que conforman el DFSP quienes perciben más de 1.282 euros hayan de pagar inexcusablemente el peaje del abogado.

De otro lado, la asistencia jurídica gratuita cuenta con problemas importantes de funcionamiento, y estos problemas afectan a la garantía efectiva de los DFSP⁵⁶. En primer lugar, no puede ser igual la asistencia prestada por quien cobra de su cliente que la prestada por quien cobra del Estado (la ley del mercado es inexorable⁵⁷), y en estos casos cabe, además, que el abogado designado y el fiscal aduzcan la «insostenibilidad de la pretensión» (art. 32 LAJG), que puede dificultar la garantía de los DFSP (el abogado y el fiscal deciden si cabe o no iniciar el proceso, y desde la aludida mentalidad jurídica tradicional no se trata de una mera hipótesis). Ciertamente, existe un procedimiento de reclamación (arts. 23 y 41 LAJG), que incluso puede llegar a la imposición de sanciones (arts. 42 y 43), pero nos tememos que poco eficaz, al estar en manos de los propios abogados⁵⁸. La recomendación del Defensor del Pueblo de dar entrada a las organizaciones no gubernamentales, de forma complementaria al sistema colegial, nos parece de gran utilidad para mejorar la garantía de los DFSP.

de hecho o de derecho». Una nueva disuasión a litigar con carácter general (el coste del proceso aumenta), de difícil justificación (al letrado de la Administración ya le pagan los ciudadanos con sus impuestos).

56. La doctrina jurídica es mayoritariamente descriptiva y poco problemática. Como excepción puede verse el excelente análisis de MARTÍN CONTRERAS, 2009. Incidiendo en los problemas, *vid.* el *IV Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita*, 2010, esp. pp. 107 y ss. (<http://www.abogados.es/portalABOGADOS/archivos/ficheros/1286462317129.pdf>). El Defensor del Pueblo, por su parte, ha detectado importantes carencias: *Informe 2009*, pp. 261 y ss. En síntesis, para esta Institución, en muchos casos no hay asistencia letrada sino «mera presencia letrada».
57. Como dice MARTÍNEZ GARCÍA (2006), «Desde el punto de vista formal el derecho a la asistencia jurídica queda atendido cuando se designa a un letrado, con independencia de lo que éste haga, pero esta perspectiva formalista no parece asumible, por no resultar conforme a la lógica ni a la salvaguardia del principio de "igualdad de armas", que es lo que principalmente pretende la asistencia jurídica».
58. MARTÍNEZ GARCÍA (2006) resume así la dificultad de establecer un cierto control genérico sobre la calidad del sistema: «En primer lugar es fácil darse cuenta de la dificultad para establecer una asociación de usuarios u otra fórmula similar de control social, dado el carácter coyuntural que tiene en la mayoría de los casos la condición de beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita. Por otra parte los beneficiarios no tienen la capacidad de elegir a su letrado, sino que les es asignado a través de un turno. Tal organización, que tiene ventajas en cuanto al establecimiento de cargas de trabajo igualitarias, presenta el inconveniente de privar al profesional del poderoso incentivo que es luchar para conseguir prestigio como modo de ser requerido en más ocasiones».

2. La legitimación. Los titulares de DFSP que pretendan hacer valer judicialmente sus derechos frente a la Administración (el supuesto más típico) no tienen problema alguno [art. 19.1.a) LJCA]. Se ha criticado, con buena parte de razón, al proceso, por limitarse a la defensa de intereses individuales. Como sabemos, un número significativo de las intervenciones sobre los DFSP tienen un carácter colectivo. Como en general recuerda FISS, hay muchos casos en los cuales «el daño ocasionado a un ciudadano individual no es suficiente para que éste inicie un proceso, pero el perjuicio ocasionado a la sociedad es bastante considerable»⁵⁹ o como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, «el individuo aislado carece frecuentemente de posibilidades reales de actuación frente a las poderosas y anónimas organizaciones administrativas y se encuentra por ello en la necesidad de asociarse o agruparse para poder articular medidas efectivas de defensa»⁶⁰. Precisamente, una de las formas de mitigar el individualismo del proceso, y a su través, la consideración puramente subjetiva de los DFSP, es abrirlo a la legitimación colectiva⁶¹, circunstancia ésta en principio bien atendida por el artículo 19.1.b) LJCA (similar al art. 7.3 LOPJ), según el cual «Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo [...] las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades [...] que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos»⁶². La restricción a los grupos formulada en el artículo 18, al que remite el precepto citado, nos parece excesiva. Dice el artículo 18 que «Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal [...] cuando la Ley así lo declare expresamente»⁶³.

59. FISS, 2007, p. 171. Su «teoría política de la acción de clase» es interesante pero las propuestas concretas que este autor formula están demasiado condicionadas por las peculiaridades del Derecho estadounidense, por lo que no nos detendremos en exponerlas.

60. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, p. 631.

61. Para más detalles sobre la justificación de la acción colectiva remitimos a SILGUERO ESTAGNAN, 1995; BUJOSA VADELL, 1995; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 1999. Para el proceso penal pero con consideraciones aplicables *mutatis mutandis* al proceso contencioso-administrativo, LATORRE LATORRE, 2000, pp. 155 y ss.

62. En el recurso contra la inactividad material del art. 29.1 LJCA, la legitimación se circunscribe, como excepción, al titular del derecho, lo que parece razonable en el contexto del precepto, como después veremos.

63. P. ej., art. 11.2 LECiv, en materia de consumo.

Si no tienen capacidad procesal, no tienen legitimación, lo que dificulta enormemente la tutela de DFSP cuando no existen asociaciones relacionadas con el DFSP cuya vulneración se invoca⁶⁴.

Con la normativa vigente, lo recomendable sería entonces defender los DFSP en los casos de presunta vulneración colectiva a través de personas jurídicas. El problema reside entonces en la interpretación de la fórmula legal «que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos». La afectación debe entenderse obviamente en sentido amplio, de forma tal que se permita, ante cualquier vulneración colectiva de DFSP, el acceso a la jurisdicción a cualquier persona jurídica que guarde alguna conexión, aunque sea indirecta, con dichos DFSP. En relación sobre todo con los sindicatos, la jurisprudencia constitucional ha afirmado de manera reiterada su legitimación para defender los derechos de los trabajadores, en un sentido muy amplio⁶⁵ (lo que vale sobre todo, a nuestros efectos, para los derechos al trabajo y a la Seguridad Social), e igual razonamiento cabría hacer en relación con las asociaciones: si existe una asociación que tiene por objeto, de manera directa o indirecta, la defensa de los DFSP, está legitimada para acudir a la justicia contencioso-administrativa para ello⁶⁶.

Aun así, el problema de la legitimación de los grupos no constituidos como personas jurídicas persiste. Sin embargo, pese a la restricción legal, no puede hablarse de inconstitucionalidad. En España la creación de una asociación no resulta dificultosa y siempre cabe a los afectados iniciar esta vía para defender colectivamente sus DFSP. Existen además en nuestro país numerosas organizaciones no gubernamentales, dirigidas a proteger, de manera directa o indirecta, todas las figuras de nuestro catálogo de DFSP, y no debería resultar problemático el acudir a ellas, pues para eso están.

3.3. EL OBJETO DEL RECURSO

Como se ha destacado en numerosas ocasiones, una de las principales innovaciones de la LJCA, superando la dudosa compatibilidad de la Ley de

64. *Vid.*, no obstante, algunas soluciones en GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 1999, pp. 330 y ss.

65. Por todas y últimamente, STC 58/2011, y las que ahí se citan.

66. La jurisprudencia constitucional sobre legitimación de asociaciones es escasa en materia de DFSP pero puede aplicarse aquí la doctrina general que defiende un generoso acceso de las mismas a la jurisdicción; últimamente, p. ej., SSTC 38/2010, 67/2010, 123/2010 o 139/2010. Para más detalles y precisiones sobre la legitimación de las personas jurídicas, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, 1999, pp. 230 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

1956 con la CE, es la ampliación del objeto del control de la justicia contencioso-administrativa. En síntesis, los artículos 25 a 30 aportan una delimitación de la actividad administrativa impugnabile bastante amplia, que incluye, además de los actos expresos y presuntos, los reglamentos, la vía de hecho y la inactividad material.

Uno de los puntos más polémicos, en el que debemos detenernos, por su importancia para la garantía de los DFSP, es el control judicial de la inactividad material. Conviene comenzar transcribiendo el precepto clave: «Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una persona o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración» (art. 29.1 LJCA). A juicio de la doctrina, esta vía procesal se aplica sobre todo cuando no debe dictarse necesariamente un acto administrativo, expreso o presunto. Recordemos que entre las formas de incumplimiento de los DFSP figuran las omisiones absolutas, y entre ellas, las omisiones materiales, sin previos actos administrativos denegatorios (*supra*, IV, 6.2). Como también se anunció con carácter general y se verá en detalle en las partes II y III de esta obra, hay prestaciones derivadas de DFSP que se otorgan mediante acto administrativo y prestaciones que se otorgan sin él. Como ejemplos de estas últimas, seguramente menos frecuentes, pueden citarse la asistencia sanitaria en los casos concretos, buena parte de las prestaciones educativas o determinadas ayudas asistenciales.

Como expone críticamente SUAY RINCÓN, la jurisprudencia (el autor se centra en el Tribunal Supremo) ha resultado bastante reacia a utilizar las potencialidades del artículo 29.1, pese a la importante innovación que el precepto quiso introducir en nuestro sistema procesal, en línea además con el espíritu de la CE⁶⁷. Dejando de lado algunas dificultades estrictamente procesales, el problema principal está en determinar cuándo una «disposición general que no precise actos de aplicación» obliga a la Administración a «realizar una prestación concreta en favor de una persona o varias personas determinadas». Pues bien, basta al efecto con recordar el deber de interpre-

67. SUAY RINCÓN, 2010, pp. 13 y ss. Sintetiza bien las dificultades esta afirmación del autor: «así estamos otra vez en 1956».

tar la ley de conformidad con la CE y nuestra configuración de los DFSP como auténticos derechos fundamentales, esto es, judicialmente exigibles. Si una ley o reglamento (y en supuestos excepcionales, si la reserva de ley no lo impide, la propia CE, que es evidentemente «disposición general que no precisa actos de aplicación») otorga prestaciones a los ciudadanos (en esta vía procesal, sin necesidad de acto administrativo), la Administración está obligada a su cumplimiento. La concreción de la prestación y la determinación de su titular a las que alude el precepto sólo pueden entenderse en el sentido de existencia del supuesto de hecho de aplicación de la norma: con carácter general, existencia real y concreta de una necesidad básica que atender. Además, de no entenderlo así, el precepto sería absurdo, pues por definición las «disposiciones de carácter general» carecen de destinatarios determinados. En otras palabras, y pensando en el supuesto más habitual: si existe una ley que reconoce (directa o indirectamente) un DFSP, existe la obligación administrativa de otorgar las prestaciones correspondientes a favor de quien cumpla los requisitos para ello. Si no es preciso dictar un acto administrativo, el titular del DFSP puede exigir a la Administración la prestación material correspondiente y, si ésta no es otorgada en tres meses, queda abierta la vía del artículo 29.1 LJCA⁶⁸.

El problema que persiste es la determinación exacta de la prestación cuando la norma no la fija con claridad. Si en estos casos los tribunales eludieran pronunciarse, con el pretexto de que no existe una «prestación concreta», un número significativo de los incumplimientos de DFSP quedarían exentos de control, lo que resultaría inconstitucional⁶⁹, además de contrario al espíritu de la LJCA⁷⁰. No puede la Administración beneficiarse de la oscuridad de leyes o reglamentos. Una vez más, todo dependerá de cada caso concreto: si el contenido de la prestación puede precisarse con arreglo a los métodos de interpretación jurídica, el juez deberá hacerlo; si la operación resulta demasiado libre⁷¹, deberá plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

68. Que podría solaparse con la acción penal en caso de prevaricación administrativa por omisión.
69. Ciertamente, como propone TORNOS MÁS (2003), cabría acudir en los casos dudosos a la vía ordinaria, pero entonces volvemos de nuevo a 1956, y el juez o tribunal podría poner la excusa del carácter revisor de la jurisdicción. Una solución más práctica es la que propone SUAY (2010), forzar la adopción de un acto administrativo, pero tampoco nos resulta satisfactoria. Insistimos en que lo más razonable es interpretar flexiblemente (mejor dicho: de conformidad con la CE) el art. 29.1 LJCA.
70. La doctrina administrativista raramente adopta este planteamiento pero suele abogar por una interpretación flexible de la fórmula legal; p. ej., QUADRA-SALCEDO, 1998, pp. 293 y ss.; AGIRREAZKUENAGA, 2000, pp. 150-151; SÁNCHEZ MORÓN, 2001, pp. 200-204; AGUADO I CUDOLÀ, 2001, pp. 129-132; SUAY RINCÓN, 2010, pp. 26-27.
71. La doctrina administrativista (*vid.* los autores citados en la nota anterior) que analiza el art. 29.1 LJCA señala unánimemente que el problema de fondo, la finalidad del

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dad (si la oscuridad está en la ley) o de ilegalidad (si la oscuridad está en el reglamento), o inadmitir la pretensión en la sentencia (si la pretensión va claramente más allá del contenido del DFSP).

Como la cuestión es importante, quizás dos ejemplos nos ayuden a explicarnos mejor. La LCC y el RDCSC establecen derechos de asistencia médica en términos bastante precisos pero no hasta el punto de resolver por sí solos todos los conflictos que puedan plantearse en vía judicial. Por ejemplo, el tratamiento de la enfermedad A está cubierto pero en una situación B la Administración sanitaria niega al sujeto C la aplicación de la terapia D. Si el juez considera (como es obvio, de manera razonada y tras escuchar a las partes) que C necesita la terapia D, deberá imponerla a la Administración; de no entenderlo así, el derecho a la protección de la salud quedaría sin garantía judicial, lo que resultaría inconstitucional. Ahora bien, puede haber muchos otros casos discutibles, pues la determinación de la prestación a veces resulta más difícil de realizar. Por ejemplo, la LLLB establece la obligación estatal de crear una red pública de bibliotecas. En la localidad A no existe biblioteca. La norma resulta menos precisa y no parece fácil determinar un titular concreto. Además, la ley no configura un derecho subjetivo y parece demasiado forzado interpretar la ley en ese sentido. En consecuencia, en este caso no parece razonable que el juez obligue a la Administración a instalar una biblioteca en la localidad A⁷²: la norma no lo impone con claridad, no configura un derecho subjetivo y, lo que es más importante, no hay una evidente desprotección del interés característico del derecho a la cultura (la necesidad de cultura puede lograrse por otros medios). En este caso la imposición judicial de una actividad material invadiría el ámbito natural de la discrecionalidad administrativa.

3.4. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Como señalamos al comienzo, buena parte de las intervenciones sobre los DFSP requieren una solución urgente. Centrándonos, como venimos haciendo en esta obra, en el contenido prestacional de estos derechos, resulta frecuente que la denegación de toda prestación, el otorgamiento insuficiente

legislador al regular de forma tan restrictiva el control de la inactividad material, es evitar el activismo judicial en materia de discrecionalidad administrativa. En ello estamos sustancialmente de acuerdo, pero no se olvide que, como hemos señalado en diversas ocasiones, esta discrecionalidad es muy reducida en materia de DFSP. Es decir, la tesis puede ser válida en materia de prestaciones en general pero no lo es tanto en materia de prestaciones derivadas de DFSP.

72. Para otro ejemplo (inspección y sanción en materia de ruido) de este tipo, TORNOS MAS, 2003, pp. 454-456.

de la misma o una medida regresiva causen al titular del DFSP un daño tal que no pueda ser reparado, o que sólo sea reparado parcialmente, si ha de esperarse, durante años, a la resolución judicial que imponga la prestación debida o que anule la medida regresiva. Sirvan como ejemplos los tres que citábamos páginas atrás sobre vivienda y salud.

La forma más natural de evitar el problema es la imposición de medidas cautelares⁷³. Como es sabido, la llamada justicia cautelar es un derecho fundamental derivado del artículo 24 CE⁷⁴, se inscribe en la «lucha contra el abuso de los procesos» y pretende «reequilibrar desde el inicio del proceso, sin necesidad de esperar a las lejanas sentencias firmes, la situación real de que se parte, cuando ésta aparece en términos suficientemente claros»⁷⁵. Uno de nuestros primeros juristas, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, ha alabado la doctrina sobre la materia del Tribunal Constitucional y, sobre todo, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, criticando algunos retrocesos y vaivenes del Tribunal Supremo⁷⁶. Por nuestra parte, aunque la cuestión es muy casuística, con carácter general consideramos que nuestra normativa procesal, interpretada de conformidad con los DFSP (a los que ahora se suma el art. 24 CE), resulta suficiente para eliminar los obstáculos a la garantía de estos derechos derivados de los abusos de la Administración y de la endémica tardanza de nuestra justicia contencioso-administrativa.

La LJCA incorpora al efecto reglas importantes: no hay *numerus clausus* de medidas cautelares (el juez puede adoptar la que crea conveniente, art. 129 LJCA) y, más en concreto, entre ellas caben las medidas de hacer⁷⁷ e incluso una regulación provisional, sustitutiva de la normativa supuestamente ilegal o inconstitucional, por ejemplo, por reductora del contenido de los DFSP.

El artículo 130 LJCA, cuya redacción es criticada por GARCÍA DE ENTERRÍA, señala, como criterio general para decidir la adopción de una medida cautelar, lo siguiente: «Prevía valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su

73. Otras formas de respuesta a este problema, menos utilizadas y seguramente menos eficaces (al depender de la buena voluntad de la Administración) son la satisfacción extraprosesal (art. 76 LJCA) y el acuerdo (art. 77).

74. SSTC 14/1992, 148/1993, 76/1996 y muchas otras posteriores.

75. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, p. 647.

76. *Ibidem*, pp. 647-649.

77. A cuento de esta posibilidad legal, BACIGALUPO pone precisamente dos ejemplos de obligación judicial de actuación administrativa a favor de DFSP en el trámite de medidas cautelares: la asistencia sanitaria de urgencia y el salario social a quien carece de medios de subsistencia (1999, p. 166).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

finalidad legítima al recurso. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada». Pues bien, para nuestro autor, «[1] obtener una medida cautelar es fruto de un derecho fundamental [...] y, por tanto, [2] no pueden oponerse a su efectividad la invocación de meros intereses, ni de los generales que la Administración siempre invocará como gestor típico de los mismos ni, menos aún, de un tercero»⁷⁸. Coincidimos con lo primero, y más aún cuando lo que está en juego es la efectividad de un DFSP, pero no del todo con lo segundo: aun cuando en el proceso se alegue un derecho fundamental sustantivo, este derecho puede ser limitado (a salvo, como sabemos, de su contenido esencial) por los variados intereses públicos a los que sirve la Administración, muchos de los cuales gozan de relevancia constitucional. Todo depende, en cualquier caso, de cada supuesto concreto, resultando aplicables aquí las reglas generales de la ponderación (*supra*, IV, 6.1) y limitación de los DFSP (*supra*, IV, 6.6), entre las que se encuentran la interpretación restrictiva de los límites, como el propio GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda: la efectividad de un DFSP no puede eliminarse aduciendo de manera genérica bienes constitucionales y mucho menos aduciendo bienes que no encuentran respaldo, al menos indirecto en la norma fundamental. Desde luego, para negar una medida cautelar será insuficiente una alegación genérica de su carga presupuestaria, pues como sabemos, la llamada reserva de lo posible carece, como tal, de respaldo constitucional (nuevamente, *supra*, IV, 6.6).

Los verdaderos criterios que se siguen en la práctica de nuestros tribunales para decidir sobre medidas cautelares, como es sobradamente conocido, son dos: la pérdida de la finalidad del recurso (*periculum in mora*, art. 130.1 LJCA) y la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*, sólo prevista expresamente en dos supuestos –art. 136.1 LJCA– pero asumido por la jurisprudencia con carácter general). En cuanto al primer criterio, parece aplicable el artículo 728 LECiv (supletorio de la LJCA), en cuya virtud la medida cautelar es obligatoria en esos casos, y denegarla sin motivación razonable (en nuestro caso, además, sin ponderación) sería inconstitucional⁷⁹. En cuanto al segundo, también, y no resulta aceptable alguna jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentido contrario⁸⁰. Además, el *fumus boni iuris* es criterio de

78. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, pp. 650-651.

79. Matizamos así lo afirmado por GARCÍA DE ENTERRÍA en 2004, p. 651.

80. *Ibidem*, pp. 652-653. También SÁNCHEZ MORÓN (2009, p. 907), refiriéndose a la jurisprudencia sobre este punto, habla de «resultados decepcionantes». Hay un clamor generalizado en la comunidad jurídica contra la respuesta que la mayor parte de los jueces de lo contencioso-administrativo están otorgando a la solicitud de medidas cautelares (que se conceden en contadísimas ocasiones), que ha convertido aquí a la ley prácticamente en letra muerta.

aplicación preferente en los casos de inactividad administrativa, lo cual no viene sino a confirmar el mayor control de este tipo de intervenciones sobre los DFSP⁸¹, en los términos que en su momento expusimos (*supra*, IV, 6.2).

En cuanto a la caución o garantía prevista en el artículo 133.1 LJCA, es obvio que debe resultar justificada y proporcionada y que en materia de DFSP sólo cabe en supuestos excepcionales. Sobre todo si pensamos en personas de escasos recursos, la exigencia de una suma económica podría hacer perder a la medida cautelar toda operatividad, vulnerándose de nuevo el artículo 24 CE y el mismo DFSP en juego.

3.5. EL PROCEDIMIENTO PROPIAMENTE DICHO

Los elementos del procedimiento propiamente dicho que merecen ser destacados, por tener mayor incidencia en la garantía judicial de los DFSP, son los dos siguientes:

1. La prueba. Como se vio especialmente en los ejemplos jurisprudenciales de control de omisiones absolutas (*supra*, IV, 6.2), en muchos problemas de DFSP la cuestión decisiva es la prueba de que el titular de los mismos se encuentra en el supuesto de hecho previsto por la norma, con carácter general en una situación de necesidad⁸². Como sabemos, hay circunstancias objetivadas y otras que no lo son, debiendo en estos últimos casos demostrarse que el titular del DFSP se encuentra en tales circunstancias. Rigen al efecto los medios de prueba general de la LECiv, siendo de natural aplicación la documental y la pericial. Además, el artículo 61 LJCA faculta al juez para acordar de oficio la práctica de cuantas pruebas estime convenientes, in-

81. Así también, BACIGALUPO, 1999, p. 173.

82. Los hechos decisivos a considerar son sobre todo dos: 1) Hay una situación de necesidad; 2) Los medios utilizados para paliarla son insuficientes. Quizás convengan dos ejemplos para poner mejor de manifiesto la importancia del razonamiento fáctico en DFSP. En la jurisprudencia comparada puede citarse, entre otros muchos, el caso enjuiciado por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, en su Sentencia de 5 de julio de 2002, sobre las medidas adoptadas por la Administración para combatir la transmisión del SIDA de las madres a sus hijos. La sentencia, citada por PEMÁN GAVÍN (2009, pp. 62-66), declara inconstitucionales las medidas adoptadas, por insuficientes, centrándose su argumentación precisamente en los hechos: la actuación desplegada por la Administración sudafricana no sirvió para evitar el contagio. Una cuestión de hecho, como se advierte. Igualmente, en la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 5 de marzo de 1997 (referida también por PEMÁN GAVÍN, 2009, p. 74), el núcleo del debate fue fáctico: determinar si un medicamento era o no eficaz para tratar una enfermedad; como no se pudo demostrar que lo era (se demuestra aquí la importancia de la carga de la prueba en DFSP), su no financiación pública fue declarada constitucional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cluso fuera del período probatorio. Lamentablemente, nuestros jueces y tribunales, con la excusa de la saturación de asuntos, raramente hacen uso de esta posibilidad.

En los casos, que seguramente son los más frecuentes, de otorgamiento parcial o insuficiente de una prestación por parte de la Administración, será habitual que la misma presente un informe técnico, a cargo de funcionarios especializados, justificando que quien exige una prestación no se encuentra en la situación de hecho legalmente exigida para su concesión. En estos casos, el juez o tribunal está obligado a aceptar y valorar los informes periciales contrarios aportados por el demandante⁸³, sin que quepa escudarse en la discrecionalidad técnica, una de las categorías más odiosas (por su abuso) de la práctica actual de nuestros tribunales.

La denegación o falta de valoración de los informes periciales de parte equivale, lisa y llanamente, a la vulneración del DFSP en juego, así como del artículo 24 CE⁸⁴. Veamos, como ejemplo claro de práctica judicial claramente inconstitucional, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de diciembre de 2010. Se trata de un caso de denegación total de una prestación mediante acto administrativo expreso, en relación con el derecho a la promoción profesional, que forma parte del derecho al trabajo *ex* artículo 35.1 CE, y que por tanto tiene naturaleza de DFSP. Un profesor universitario ve denegado su sexenio de investigación, pues a juicio del dictamen de la Administración (firmado por ocho profesores, ninguno especializado en el área de investigación del solicitante) una de sus obras era de «calidad insuficiente» y otra era «más divulgativa que científica». Pues bien, frente a tan escueto dictamen, el demandante adujo otros nueve dictámenes, en los cuales sus firmantes, todos ellos especializados en su área de investigación, exponían, con amplias razones y argumentos, que tales obras eran de alta calidad y plenamente científicas. La Sentencia a la que aludimos ni siquiera menciona estos nueve dictámenes, pues a su juicio debe primar de manera incondicionada la discrecionalidad técnica de la Administración. Difícil encontrar un ejemplo mejor (por desgracia, hay otros muchos similares) de vulneración flagrante de los más elementales principios del Estado de Derecho, además del derecho en juego (el derecho al tra-

83. P. ej., MORENILLA ALLARD, 1997, pp. 294 y ss.

84. Para una síntesis de la jurisprudencia relativa a la valoración de la prueba pericial, de indudable utilidad para nuestro tema, p. ej., ILLESCAS RUS, 2002, pp. 429-451.

bajo) y de la tutela judicial efectiva⁸⁵. Si la garantía de los DFSP dependiera exclusivamente de la valoración («técnica») de los hechos realizada por la Administración, los DFSP quedarían en letra muerta.

En casos de discriminación, la normativa exige la inversión de la carga de la prueba (Ley 62/2003 y art. 60.7 LJCA, introducido por la LO 3/2007), pero este criterio debe aplicarse también, por razones lógicas, a todos los supuestos de hechos negativos: obviamente, no puede exigirse al titular de un DFSP que demuestre lo indemostrable. Por seguir con el ejemplo de los sexenios de investigación, si la Administración aduce como argumento para no concederlos, que una obra es «de temática similar a otra anteriormente evaluada» deberá decir exactamente a qué otra obra está aludiendo, pues es obvio que el demandante nunca podrá probar lo que no existe.

2. La participación en el proceso. En materia de DFSP, se den o no los requisitos para la legitimación colectiva, puede ser interesante la participación de otras personas (pensamos sobre todo en organizaciones no gubernamentales) que apoyen al demandante (el apoyo a la Administración, previsto en el art. 49 LJCA aquí interesa menos) en sus pretensiones. En muchas ocasiones, el interés a defender es individual pero tiene también un indudable carácter colectivo, habida cuenta de que no pocas intervenciones sobre los DFSP tienen carácter estructural. Por ejemplo, un ciudadano recibe una insuficiente asistencia sanitaria, pero en la misma situación pueden encontrarse todos los residentes de la localidad o todos cuantos padecen igual enfermedad. Es posible que esos otros ciudadanos no deseen iniciar el proceso (los filtros de acceso siguen siendo excesivos) pero se muestran interesados en el mismo, sobre todo porque una eventual sentencia estimatoria tendrá un efecto educador para la Administración o preventivo de futuras vulneraciones.

La LJCA no prevé las figuras del coadyuvante⁸⁶ ni del *amicus curiae*.

85. EL TSJ debería conocer la doctrina, antigua y unánime, del Tribunal Supremo (p. ej., SSTs de 15 de julio de 1988 [RJ 1988, 5717], 12 de junio de 1989 [RJ 1989, 4421], 4 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 8793], 10 de febrero de 1994 [RJ 1994, 848], 28 de junio de 1995 [RJ 1995, 5314], 17 de junio de 1996 [RJ 1996, 5071], 30 de julio de 1999 [RJ 1999, 5725], etc.), en cuya virtud no tomar en consideración una prueba de este tipo supone una grave irregularidad, pero la STJ es irrecurrible ante el Tribunal Supremo. Por su parte, la querrela por prevaricación judicial, de resultar exitosa, de poco serviría para reparar la vulneración del derecho fundamental. Todo un ejemplo, lamentablemente no excepcional (y de ahí que lo traigamos a colación), de la fragilidad de nuestros DFSP a causa de la fragilidad de nuestro Estado de Derecho.
86. Sí lo hacía la Ley de 1956. Al parecer, la figura se suprimió en 1998, siguiendo una discutible doctrina del TEDH.

Sin embargo, resulta posible la aplicación supletoria del artículo 13 LECiv, que tiene el inconveniente de su excesiva rigidez (la intervención ha de hacerse a título de demandante y sólo cabe si el interviniente «acredita tener interés *directo* y legítimo *en el resultado* del pleito»). En cuanto a la aplicación supletoria del artículo 14 LECiv⁸⁷, resulta difícil, pues este precepto permite la intervención de un tercero en el proceso, «en caso de que la ley [lo] permita». Si nuestra interpretación es correcta, se limita así el debate procesal en asuntos de clara trascendencia colectiva⁸⁸. Con el Derecho vigente, la mejor solución que se nos ocurre (además, obviamente, de intentar la entrada en el proceso –más útil, en todo caso– por vía de legitimación, en los términos ya apuntados⁸⁹) es que, si no se cumplen los requisitos de los artículos 13 y 14 LECiv, el juez admita la intervención en el proceso, quizás dentro de la prueba testifical, de las organizaciones no gubernamentales que puedan aportar argumentos a favor del control judicial de la intervención sobre el DFSP en juego⁹⁰.

3.6. LA SENTENCIA Y SU EJECUCIÓN

La sentencia debe ser motivada, lo que constituye un problema procesal pero que tiene trascendencia material, y por ello ya fue estudiado en otros lugares de esta obra. En el proceso se escuchan las alegaciones de las partes, en síntesis, aduciendo el ciudadano la vulneración del DFSP y la Administración lo contrario. El modelo argumental que proponíamos fue expuesto con

87. Al respecto, últimamente, GONZÁLEZ GARCÍA, 2010, pp. 259 y ss.

88. En contraste, puede verse el art. 36.2 CEDH, según el cual «En interés de la buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar [...] a cualquier parte interesada distinta del demandante a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista». En la práctica del TEDH suele admitirse la participación de las asociaciones que se presentan voluntariamente, sin invitación previa. Esta práctica resulta de gran interés, pues permite un debate abierto sobre cuestiones de interés colectivo, que sin duda sirven a la causa de la justicia en general y a la mejor garantía de los derechos en particular.

89. También es más útil, a los efectos que buscamos, insistir de nuevo en la importancia de la participación de grupos en el procedimiento administrativo (*supra*, 2): como viene a señalar la jurisprudencia, especialmente a cuento de la elaboración de reglamentos, esta participación resulta muchas veces clave (y su omisión puede conllevar la nulidad del reglamento) *antes* de que la Administración decida; una vez que lo ha hecho, ya dentro del proceso, la participación es menos importante. En términos más claros, el planteamiento judicial mayoritario es el siguiente: «si no alegaron nada en el procedimiento, no pueden exigir hacerlo ahora en el proceso».

90. Obviamente, si se hacen dentro del proceso, con pleno respeto a su naturaleza. Nada más lejos de nuestra intención que propiciar «juicios paralelos», cuyos riesgos son bien conocidos: BARRERO ORTEGA, 2010.

detalle en su momento (*supra*, IV, 6) y no es preciso reiterarlo. Cabe recordar al efecto, entre otras cosas, nuestra crítica a los argumentos más frecuentemente esgrimidos por los tribunales para rechazar las pretensiones de tutela de los DFSP: dejando fuera el problema del control de la inactividad, ya analizado, cabe recordar, sobre todo, lo siguiente: la discrecionalidad administrativa está muy limitada cuando está en juego un DFSP y la reserva de lo posible no puede justificar sin más la intervención sobre un DFSP.

Los tipos de sentencias están establecidos en el artículo 68 LJCA: inadmisibilidad, desestimación o estimación. Este último caso se produce ante cualquier infracción del ordenamiento (art. 70), lo que incluye, naturalmente, la sola vulneración de la Constitución, pues los DFSP son justiciables de manera directa, con las matizaciones que conocemos. El artículo 71, por su parte, indica los contenidos posibles del fallo estimatorio; en síntesis, la anulación de una norma o acto, el reconocimiento de una «situación individualizada» y la indemnización por daños y perjuicios. Interesa destacar que la sentencia debe incluir⁹¹ las medidas necesarias para garantizar el DFSP, es decir, con carácter general, la imposición a la Administración de un acto administrativo o de una actividad material, por ejemplo, el reconocimiento de una pensión o de una subvención o la realización de un acto médico o de una prestación educativa concreta.

Aplicando *mutatis mutandis* nuestras consideraciones sobre el necesario diálogo entre los órganos de determinación del contenido de los DFSP, estimamos más aconsejable, con carácter general, que los jueces se muestren flexibles en la determinación de la conducta impuesta a la Administración, aunque sólo sea para asegurar mejor su cumplimiento⁹². Vemos ante todo lo que dice la ley: en primer lugar, la sentencia puede fijar plazos para su ejecución, que serán más o menos amplios según la naturaleza del asunto, y aquí pueden entrar en juego las consideraciones económicas; por ejemplo, si se

91. Como bien señala GARCÍA DE ENTERRÍA (en GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, p. 663), «no serán lícitas las declaraciones de simple nulidad de actuaciones en el procedimiento administrativo que se ha seguido para dictar el acto que se anula, sin ningún otro procedimiento favorable al ganador, al que, en realidad, con esta fórmula se grava con la onerosísima carga de tener que soportar un segundo proceso contencioso una vez subsanada la irregularidad procedimental por la Administración [...] El recurrente no lucha porque las reglas procedimentales administrativas se cumplan sino por su derecho».
92. En su sistematización de las sentencias estimatorias, ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 250-252) proponen tres tipos: las que convierten lo discrecional en obligatorio, las que declaran la vulneración del derecho pero dejan a la Administración libertad para establecer la reparación oportuna y las que imponen una medida reparadora concreta. Obviamente, la elección de un tipo u otro depende de las circunstancias de cada caso.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

trata de una actuación costosa (piénsese sobre todo en la que afecta a una pluralidad de sujetos), lo normal es que se deje un tiempo a la Administración para que adopte las medidas pertinentes. En segundo lugar, «los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen», lo que no quita que, en determinados casos, las opciones del poder reglamentario puedan ser muy reducidas. Cabe, por el contrario, que la sentencia determine el contenido de los actos administrativos o de las actuaciones materiales que imponga, con la salvedad de su «contenido discrecional» (art. 71.2). Nuevamente, la ley permite así la flexibilidad que proponemos: la sentencia puede perfectamente imponer la satisfacción de la necesidad asociada al DFSP pero sin fijar con exactitud los medios para ello⁹³: por ejemplo, el fallo puede señalar sin más que se adopten las medidas oportunas para garantizar la vivienda, la salud o la educación de una persona concreta, dejando a la Administración determinación exacta de tales medidas. Más adelante volveremos sobre el tema, al analizar la tipología de las sentencias del Tribunal Constitucional. El riesgo es que la Administración dificulte así la garantía efectiva del DFSP, pero ello dependerá de cada caso, y al final la decisión corresponde al juez.

En cuanto a la ejecución de las sentencias estimatorias, debemos comenzar recordando, con carácter general, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁴: nuevamente, por tanto, cabe la protección indirecta o complementaria de los DFSP a través del artículo 24 CE. Según el artículo 103 LJCA, la Administración debe ejecutar de oficio las sentencias (en el plazo que ellas fijan o, en su defecto, con carácter general en el plazo de dos meses⁹⁵) y los jueces o tribunales hacerlas ejecutar. No es preciso exponer ahora todo el régimen jurídico de ejecución de sentencias, sino tan sólo aludir a los tres aspectos que más nos interesan:

1. La Administración podría escudarse en la «imposibilidad material o legal» de ejecutar el fallo (art. 105.2)⁹⁶. Como enseguida se verá, y como desde nuestros presupuestos constitucionales ya sabemos (*su-*

93. Lo que HUERGA LORA (2000, pp. 284 y ss.) denomina sentencias marco, que pueden justificarse (pp. 304 y ss.), entre otros motivos, en el principio de separación de poderes, la ausencia de procedimiento administrativo previo, el margen de apreciación de algunos órganos colegiados y, sobre todo, en el respeto a la discrecionalidad administrativa.

94. SSTC 32/1982, 26/1983, 67/1984, 155/1985, 33/1986, 125/1987, 167/1987, 92/1988, 149/1989, 152/1990, 163/1998, 166/1998, etc.

95. Así parece deducirse del art. 104.2 LJCA. De no ser así, la ejecución parece exigible en un plazo razonable, a la vista de las circunstancias del caso concreto.

96. El argumento del art. 105.3 LJCA parece difícilmente alegable en materia de DFSP.

pra, III, 5.2.2), la carencia de medios económicos no puede servir de excusa. En cuanto a la imposibilidad legal⁹⁷, son los tribunales quienes interpretan en última instancia la ley y por tanto el argumento sólo vale si se dicta una ley posterior, sobre lo cual ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en el sentido de limitar la aplicación de esa nueva ley⁹⁸. Sea como fuere, si el juez o tribunal aprecia la existencia de esa imposibilidad material o legal⁹⁹, deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar la «mayor efectividad posible» del fallo, fijando en su caso una indemnización sustitutoria¹⁰⁰. Es decir, ni siquiera en estos casos cabe dejar al DFSP sin protección.

2. En los casos de condena al pago de una cantidad líquida, ha desaparecido la antigua excusa de la inexistencia de crédito presupuestario. El artículo 106.1 LJCA señala con rotundidad que la Administración condenada debe acordar el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto, que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si fuera necesario realizar una modificación presupuestaria, el procedimiento correspondiente¹⁰¹ debe concluir en el plazo de tres meses desde la notificación de la sentencia; en caso contrario, podrá instarse su ejecución forzosa (art. 106.3). La única excusa que cabe para eludir el pago, es el «trastorno grave» a la Hacienda de la Administración condenada (art. 106.4), en cuyo caso ésta puede proponer un modo de ejecución menos gravoso (p. ej., mediante plazos): una nueva fórmula que, pese a las críticas de GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰², permite un cierto diálogo (relativo, en todo caso, pues la separación formal entre jueces y Administración se mantiene), en los términos que ya antes valoramos con carácter general de manera

97. En cuanto a los reglamentos, son nulos los que tengan por finalidad evitar o eludir las consecuencias de un fallo judicial.

98. STC 73/2000. El argumento es aplicable, con mayor fundamento, a los reglamentos posteriores, siempre y cuando no se encuentren entre los citados en la nota anterior. En muchos casos estaremos en presencia de regresiones normativas, por lo que remitimos a lo señalado sobre la materia *supra*, IV, 6.4.

99. Apreciación que sólo cabe con carácter excepcional: p. ej., SSTC 86/2006, 285/2006 y 22/2009.

100. Como bien recuerda MARTÍN DELGADO, no hay excepciones a la obligatoriedad de ejecutar lo juzgado.

101. GARCÍA DE ENTERRÍA, quien expone con detalle la evolución de nuestro ordenamiento en este punto y las aristas que aún perviven, destaca que se trata de un procedimiento puramente administrativo, pues por no tratarse de créditos suplementarios ni de suplementos de crédito no se afecta a la competencia presupuestaria del legislador (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2004, pp. 669 y ss.).

102. *Ibidem*, p. 674, quien califica al precepto de «fórmula arcaica», proponiendo una interpretación restrictiva del mismo.

positiva. En todo caso, la decisión final corresponde al juez o tribunal. Nuevamente, la efectividad del DFSP no conoce excepciones.

3. En los casos de condena a una actividad material, si ésta no se realiza en los términos fijados en la sentencia, el juez dispone de posibilidades más que suficientes para garantizar el DFSP vulnerado: ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de funcionarios concretos de la Administración condenada e incluso de otras, imponer la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada (art. 108) o multas coercitivas y, como último recurso, instar la incoación de actuaciones penales contra los funcionarios incumplidores (art. 112).

Nada prevé la ley sobre la participación de personas ajenas al proceso en los trámites necesarios para lograr la plena ejecución de las sentencias que declaran la vulneración de un DFSP y por tanto condenan a la Administración a realizar actuaciones positivas. En este caso, la legislación supletoria (LECiv) en nada ayuda. Esta participación podría ayudar al logro de los intereses colectivos asociados a la sentencia, pero deberá realizarse fuera del proceso, haciendo uso de las llamadas garantías sociales, que estudiaremos después (*infra*, 6.2.4).

Como se advierte tras la apretada síntesis de la garantía judicial ordinaria de los DFSP, ejemplificada en el proceso contencioso-administrativo, nuestro ordenamiento, pese a las insuficiencias que hemos descrito, si es interpretado de conformidad con la CE, ofrece un marco suficiente para lograr una tutela adecuada. No obstante, como se advirtió desde un comienzo, la lentitud del proceso y la persistencia de un cierto déficit de conciencia constitucional (no tanto de sensibilidad social, que los jueces la tienen –o no– como el resto de los ciudadanos) por parte de nuestros tribunales¹⁰³, consecuencia sobre todo del predominio de la mentalidad positivista tradicional¹⁰⁴, nos lleva a poner el acento en otro tipo de garantías, no porque éstas sean más importantes (que no lo son) sino por meras razones prácticas.

103. Reconocemos que una crítica tan genérica puede pecar de injusta y que tiene mucho de intuitivo, pero creemos que nuestra intuición puede avalarse mediante ejemplos significativos (el recientemente citado del TSJ de Madrid así nos lo parece, pues no es un caso extraño de argumentación positivista-legalista sino muy común) y en concreto en las sentencias anuladas por el Tribunal Constitucional expuestas *supra*, 6, y en muchas de las analizadas en los distintos capítulos de las partes II y III de esta obra.

104. Así, OLIVAS DÍAZ, 2009, pp. 80 y ss. La referencia es significativa, pues procede de dentro de la judicatura. Asimismo, NIETO, 2004, pp. 77 y ss., para quien el modelo de juez «funcionario» es el más generalizado en España.

3.7. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

3.7.1. Problemática general

La garantía judicial de los DFSP tiene lugar de forma natural ante los tribunales ordinarios y sólo excepcional y fragmentariamente ante el Tribunal Constitucional. Ya tuvimos ocasión (*supra*, IV, 6.2 y 6.3) de criticar un cierto desenfoque de la doctrina constitucional española, demasiado centrada en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y poco atenta a la emanada de los demás tribunales españoles. A veces parece decirse: «como los DFSP apenas son tutelados por el Tribunal Constitucional, son menos importantes». Se trata de un grave error, pues poco disminuye a su fuerza normativa que la garantía judicial concluya casi siempre en el Tribunal Supremo. Tan guardián de la Constitución es el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional y lo único que con el artículo 53.2 CE pierde el titular de los DFSP es un recurso más, por otra parte inviable en la práctica¹⁰⁵ (el 99,63 % de los recursos ingresados en las Salas en 2009 fueron inadmitidos a trámite). Por ello, no creemos que el derecho a la educación (único susceptible de amparo) se encuentre mejor protegido (o sea más importante en la estructura constitucional) que los demás DFSP.

La garantía de los DFSP por el Tribunal Constitucional tendría poca importancia práctica (insistimos, la inmensa mayoría de las vulneraciones de estos derechos se resuelven ante los tribunales ordinarios), de no ser por dos cuestiones (que justifican que dediquemos a este tema un apartado especial): la fuerza vinculante de la jurisprudencia del «máximo intérprete de la Constitución» y la exclusividad que éste ostenta en el control de la ley. En cuanto a lo primero, pese a los más de treinta años transcurridos desde la entrada en vigor de la Constitución, las formas típicas del razonamiento constitucional apenas han calado en el Tribunal Supremo, el cual, aunque bien podría haber sentado una doctrina propia en materia de DFSP, no lo ha hecho. El Tribunal Constitucional debería entonces (aunque, como sabemos, tampoco lo ha hecho) realizar una cierta «función educadora» de los demás tribunales, hacerles caer en la cuenta de que los derechos sociales son algo más que meros derechos subjetivos de rango legal. Por lo que se refiere a lo segundo, recordemos que el legislador es el primer obligado por los DFSP y que, pese a la discrecionalidad que normalmente se le reconoce (*supra*, IV 4.4 y 5.2.1), está sujeto en exclusiva (modelo concentrado) al control del Tribunal Constitucional. Si la ley vulnera los DFSP sólo puede ser anulada por el Tribunal

105. Más desde la reforma de la LOTC; al respecto y por todos, CABAÑAS GARCÍA, 2010, pp. 39 y ss.

Constitucional. Bastaría entonces con recordar los modelos de control de las intervenciones que ya hemos expuesto (*supra*, IV, 6); sin embargo, existe un problema procesal (al que de inmediato aludiremos) que no se da en el control de las intervenciones administrativas, y en él debemos ahora detenernos, por ser éste el lugar sistemático oportuno.

No corresponde en este momento estudiar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos concretos (analizada con detalle en los lugares oportunos de la parte II de esta obra) ni tan siquiera su doctrina general en la materia (que fue reconstruida en el capítulo IV) sino los problemas estrictamente relacionados con la garantía de los DFSP, que es el tema de este capítulo. Tampoco nos corresponde exponer aquí los procesos constitucionales, bien estudiados por nuestra doctrina, sino los problemas que su puesta en práctica plantea cuando se trata de garantizar DFSP. Estos problemas son sobre todo dos, y en ellos nos centraremos en las páginas que siguen: la protección indirecta de DFSP y el control de las omisiones legislativas.

3.7.2. Garantías subjetivas; la protección indirecta

En este apartado vamos a aludir a la protección otorgada por el Tribunal Constitucional a los concretos titulares de DFSP. Se trata de una garantía subjetiva, tanto por la individualización del sujeto beneficiario como por venir referida a un caso concreto y limitarse los efectos de la garantía a dicho caso concreto.

En virtud de los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC, sólo uno de los DFSP de nuestro catálogo (el derecho a la educación) tiene acceso directo al recurso de amparo. Esta disociación entre el derecho a la educación y los demás, en principio cristalina, sin embargo, comienza a diluirse a partir de la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional a través de la cual se han protegido en este procedimiento, en ocasiones, otras figuras de DFSP. Esta jurisprudencia revela, de entrada, algo significativo: por su conexión con valores centrales de nuestra Constitución (*supra*, IV, 3.3), los DFSP son algo demasiado importante para dejarlos sólo en manos de los tribunales ordinarios. Desde la perspectiva procesal, la referencia expresa a las «omisiones» del nuevo artículo 43.1 LOTC (modificado en este punto por la LO 6/2007) ayuda mucho¹⁰⁶; recordemos que la mayor parte de las intervenciones sobre los DFSP consisten en omisiones absolutas o relativas de la Administración (*supra*, IV, 6.2 y 6.3).

106. Ya antes de la reforma SÁNCHEZ MORÓN (2001, pp. 687-688) había propuesto una interpretación amplia del precepto, que incluyera el control de la inactividad administrativa.

Las vías seguidas para proteger en amparo, quizás un tanto forzada-mente¹⁰⁷, DFSP distintos a la educación han sido las tres siguientes¹⁰⁸:

1. La ampliación del contenido de ciertas figuras de la sección I del capítulo I, para comprender bajo ellas DFSP. La *iusfundamentalización* de ciertos contenidos de derechos sociales se realiza reconociendo una faceta prestacional a los derechos de defensa.

Así, frente a la concepción clásica inicial del derecho a la intimidad como aquel que «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares» (STC 231/1988, entre otras); del domicilio como el ámbito espacial de privacidad en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada; o del derecho a la integridad física y moral como protección de la incolumidad corporal y espiritual, el Tribunal Constitucional, a impulsos del Tribunal de Estrasburgo (en particular, a partir de la STEDH *López Ostra contra España*, de 9 de diciembre de 1994), ha acabado por extender la eficacia de estos derechos frente a las injerencias ambientales, incluida la contaminación acústica, y ello como una nueva «dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales» que se reconoce a partir de la STC 119/2001, en la cual leemos: «habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológi-

107. Esta protección diríamos indirecta sólo se justifica por una mera razón procesal, que sólo un grupo de derechos fundamentales tiene acceso al recurso de amparo. El razonamiento no sirve para los tribunales ordinarios, donde esta limitación no se produce y harían mal aquéllos en seguirlo: p. ej., si hay vulneración de la salud debe aplicarse el art. 43.1 y no el 15 o el 18.1 CE.
108. Para una aproximación comparada a esta triple vía, *vid.* AÑÓN ROIG y GARCÍA AÑÓN, 2004, pp. pp. 160-164 y, sobre todo, con numerosos ejemplos, ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 168-220. A las tres vías que exponemos a continuación podría añadirse una cuarta, la limitación por DFSP de derechos económicos (*supra*, III, 4.2), e incluso una quinta, más dificultosa ante el Tribunal Constitucional, como la tutela indirecta por vulneración de los derechos a la información y participación (*supra*, 2).

camente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*, y de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia*».

Con relación a la contaminación acústica en particular, exige el Tribunal Constitucional para estimar la lesión del derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario la concurrencia de los datos siguientes: que exista una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables; que dicha exposición impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de la personalidad; y, por último, que la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida (FJ 6). Incluso llegaría a apreciarse vulneración del derecho a la integridad física o psíquica (art. 15 CE) si el nivel de saturación acústica rebasa el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud (STC 119/2001). Por ello, el derecho a la salud podría, en ocasiones, verse protegido ante la jurisdicción constitucional a través del derecho a la intimidad.

En este mismo campo, también marcan un antes y un después las SSTC 62/2007¹⁰⁹ y 160/2007¹¹⁰. En dichas Sentencias, el Tribunal viene, en la práctica, a dotar al derecho fundamental a la integridad física de un contenido mucho más amplio que el tradicional hasta integrar contenidos parciales del derecho a la salud, inicialmente excluidos del recurso de amparo. Con esta interpretación, el Tribunal dota a parte de los contenidos de este derecho de la máxima protección. Pero también dota a esos contenidos del derecho a la salud integrados ahora en el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE de las garantías propias de los derechos de la sección I del capítulo II (procedimiento reforzado de reforma

-
109. Se vulnera el derecho del art. 15 CE si la Administración, con infracción del deber legal de prevención de riesgos laborales, destina a una funcionaria veterinaria interina embarazada a un puesto de trabajo que, como un matadero, conlleva riesgo para la salud de ella y del feto (transmisión de enfermedades), y ello incluso si la Administración no conocía su embarazo al acordar el traslado, pero tuvo un conocimiento sobrevenido por una reclamación previa de la propia funcionaria.
110. Si la orden de reincorporación a un puesto de trabajo de una funcionaria bajo la dirección de un superior administrativo a quien había denunciado previamente (dando lugar a que a su jefe se le abriera un procedimiento penal y un expediente administrativo) genera a la funcionaria una depresión médicamente acreditada en su existencia y causalidad, ello basta para considerar acreditada una lesión del derecho a la integridad física.

constitucional, tutela a través del procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios, invulnerabilidad del contenido esencial, regulación por ley y desarrollo por ley orgánica).

Esta jurisprudencia, no obstante, como hemos dicho, sólo integra parte de los contenidos de este derecho a la salud en la integridad física y moral y ello a través de una interpretación en clave axiológica y detrás de la cual no puede ignorarse la influencia y el impulso de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. ¿Cuáles son esos contenidos? Según el Tribunal, el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) protege frente a determinadas acciones u omisiones de los poderes públicos con relación a la salud, en concreto las que tengan lugar «existiendo un riesgo constatado de producción cierta, o potencial pero justificado *ad casum*, de la causación de un perjuicio para la salud de la trabajadora o del feto, es decir, cuando se generara con la orden de trabajo un riesgo o peligro grave para la salud de aquélla o para el del hijo en gestación. Precisamente por esa razón, para apreciar la vulneración del artículo 15 CE en esos casos no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz *ex post*, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse». Sin embargo, «ello no implica situar en el ámbito del artículo 15 CE una suerte de cobertura constitucional frente a cualquier orden de trabajo que en abstracto, apriorística o hipotéticamente pudiera estar contraindicada para la salud, y en concreto para el desarrollo sin trastornos peligrosos de la gestación». Pues bien, esta doctrina del «riesgo grave, relevante y *ad casum*» nos parece perfectamente plausible y adaptada a la moderna sociedad de riesgos, sobre la que teorizara el sociólogo BECK en su obra *Risikogesellschaft* (1986), y es una vía que permitirá integrar, con prudencia, importantes contenidos del derecho a la salud en el derecho fundamental a la integridad física¹¹¹.

111. De esta doctrina sólo disiente el magistrado Rodríguez Zapata, para quien «no cabe deformar el ámbito de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física mediante el expediente de introducir en él la tutela del derecho a la protección de la salud», que es «un simple principio rector de la política social y económica» que no debe vincularse «a uno de los derechos fundamentales más esenciales de nuestro entramado constitucional», de manera que las «dificultades previsibles en un ambiente laboral» para un trabajador ni tan siquiera el «riesgo de producción cierta, o incluso potencial, de la causación de un perjuicio para su salud» no pueden englobarse en el art. 15 CE sin extender indebidamente su ámbito de protección y «trivializar categorías de Derecho constitucional plenamente consagradas» (voto particular a la STC 160/2007).

Desde nuestro punto de vista, los dos criterios clave generales que sirven para iusfundamentalizar contenidos de DFSP son, de un lado, los riesgos propios de la sociedad tecnológica de nuestros días; y de otro lado, el vínculo con el libre desarrollo de la personalidad, criterio éste determinante y que se ha criticado por su profunda indeterminación. Desde nuestro punto de vista, la interpretación de este concepto, dado que entre nosotros (a diferencia de lo que ocurre en Alemania) no parece aceptarse un sistema de *numerus apertus* de derechos fundamentales y protección sin lagunas de la libertad, debería atender a los aspectos más estrechamente personales y ligados a la dignidad humana y su eventual afectación (y no a la libertad general de acción sin más, como en la jurisprudencia constitucional alemana).

Ahora bien, fuera de estos contenidos de DFSP que gozan de la garantía, bien expresa, bien tácita a través de la jurisprudencia (*iusfundamentalización jurisprudencial*), del recurso de amparo, los demás concluirán su garantía judicial en los tribunales ordinarios, lo que no obsta, como sabemos, para negarles su virtualidad como derechos fundamentales: que no tengan acceso como derechos subjetivos al Tribunal Constitucional no resulta problemático (la garantía judicial ordinaria es más que suficiente). Únicamente, contaremos con menor doctrina del Alto Tribunal sobre ellos, quedando la última palabra sobre su interpretación, por lo general, en manos del Tribunal Supremo.

2. La garantía de DFSP a través del derecho a la igualdad (art. 14 CE). En su momento tuvimos ocasión de exponer cómo en algunas ocasiones el derecho a la igualdad podía servir para garantizar DFSP, así como las limitaciones de este tipo de planteamientos (*supra*, III, 2.3.8 y IV, 6.3). En síntesis, para que el artículo 14 pueda ser tomado en consideración hace falta constatar que la intervención sobre el DFSP adquiere los caracteres de un trato discriminatorio, lo que no siempre resulta posible. Como se verá con más detalle en los capítulos correspondientes, el Tribunal Constitucional ha utilizado este razonamiento en relación con los derechos al trabajo (sobre todo, despidos¹¹² y condiciones de trabajo discriminatorias¹¹³) y a la Seguridad Social (sobre todo, prestaciones discriminatorias¹¹⁴).

112. P. ej., siempre en recursos de amparo, por razón de sexo, STC 74/2008; de orientación sexual, 41/2006; por diferencia irrazonable entre categorías, 20/1994.

113. P. ej., en materia de salario (STC 250/2000), promoción profesional (STC 182/2005) o beneficios (STC 240/1999).

114. P. ej., en amparo, SSTC 68/1982 o 231/1993.

3. La garantía de DFSP a través del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). También en capítulos anteriores, especialmente en relación con el control de las omisiones absolutas (*supra*, IV, 6.2) hemos podido comprobar que el Tribunal Constitucional ha protegido DFSP por falta de motivación de las sentencias que controlan presuntas vulneraciones de los mismos¹¹⁵, y esta misma vía del artículo 24 CE puede utilizarse en relación con las obligaciones de garantía judicial relatadas en el apartado anterior de este capítulo. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional recaída en procesos de amparo encontramos ejemplos de sentencias estimatorias en materia de legitimación¹¹⁶ o de carga de la prueba¹¹⁷, normalmente en relación con el derecho al trabajo, pero la argumentación bien puede servir para proteger todas las demás figuras de DFSP que no encuentren adecuada protección ante los tribunales ordinarios. No deja de tratarse, en todo caso, de una protección muy indirecta y fragmentaria, pues el debate procesal no se centra en el derecho mismo sino en su deficiente garantía.

3.7.3. Garantías objetivas; el control de las omisiones legislativas

Nos referimos aquí a la tutela de los DFSP ya no con relación a un caso particular, sino en abstracto frente a una regulación legal, sin que el examen se circunscriba a ningún caso concreto ni a personas determinadas ni los efectos sean sólo para ese caso y para esas personas. Los procesos ahora en juego son sobre todo dos: el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad¹¹⁸. El primero, además del plazo (tres meses desde la publicación de la norma que se recurre), tiene el inconveniente de su limitada legitimación [art. 162.1.a) CE] y de su ejercicio en la práctica: el Presidente del Gobierno sólo suele recurrir leyes autonómicas que a su juicio invaden competencias estatales (y viceversa los ejecutivos y legislativos autonómicos) y el Defensor del Pueblo últimamente apenas presenta recursos y por tanto el control queda reducido casi en exclusiva a la decisión, alternativamente, de uno de los dos

115. A los ejemplos en su momento citados podrían añadirse, entre otras, las SSTC 192/2003 o 247/2006, en las cuales se critica al juzgador por haber dado por buenas intervenciones privadas sobre derechos laborales sin motivación suficiente.
116. P. ej., STC 257/2000.
117. P. ej., SSTC 17/2003 o 188/2004.
118. De manera más indirecta, no cabe descartar, excepcionalmente, la protección de DFSP en los conflictos de competencia, p. ej., cuando el Tribunal Constitucional anule un acto administrativo o una disposición reglamentaria, estatal o autonómica, que vulnere el orden de distribución de competencias y, a la vez, disminuya el contenido de un DFSP, configurado más ampliamente por el ente recurrente.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

partidos mayoritarios. El segundo proceso, la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), mucho más útil, queda también reducido en la práctica, pues depende de la existencia de un proceso previo y de la libérrima decisión de los jueces (el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es recurrible), en su mayoría apegados todavía a la mentalidad tradicional, minusvaloradora de los derechos sociales (*supra*, 3.1).

Como sabemos, no todos los derechos prestacionales son derechos sociales, pero todos los derechos sociales, tal y como han sido definidos en esta obra (*supra*, IV, 2), son derechos prestacionales, por tanto, derechos que obligan a un hacer positivo por parte de los poderes públicos (*supra*, IV, 4.1.2). Entre estos poderes públicos obligados a actuar se encuentra en primer lugar, como también sabemos, el legislador. Aun cuando admitiéramos la lectura restrictiva del artículo 53.3 CE, que ya hemos combatido (*supra*, III, 1.2), nadie discute que los DFSP incluidos en el capítulo III del título I son normas constitucionales y, por tanto, vinculantes (art. 9.1 CE), y parámetro de constitucionalidad. Podría decirse que esa vinculación genérica a la Constitución que proclama el artículo 9.1 se concreta, sin embargo, respecto de los principios rectores en los términos más específicos del artículo 53.3 CE, que la limita a su reconocimiento en la ley («sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»), pero si esto fuera así, un sensato hujier, durante el proceso constituyente, se habría preguntado para qué se reconocen entonces esos derechos en la CE. Este resultado absurdo no se pudo pretender por los constituyentes y la interpretación razonable de la Constitución lleva a otra interpretación: el reconocimiento, respeto y protección de estos derechos «informará» la práctica judicial, como dice el artículo 53.3 CE, y ello más allá de su reconocimiento y alcance en la ley, y esto tendrá juego de manera singular en la interpretación por el Tribunal Constitucional.

Sea como sea, y aun reconociendo que los derechos fundamentales del capítulo III son parámetro de control ante el Tribunal Constitucional, el muro frente al que se encuentra (por razones de articulación concreta de nuestro Derecho procesal vigente, no por razones materiales) el control del legislador en este ámbito es el de la inconstitucionalidad por omisión. Los DFSP, por definición, son siempre derechos de prestación y, por ello, el control de las leyes en este ámbito es, sobre todo, el control de la no previsión o insuficiencia de una determinada prestación, y el problema es que en nuestro sistema constitucional, a diferencia de otros, no se prevé *expresamente* una facultad del Tribunal Constitucional para controlar esas omisiones.

La importancia del tema y su controvertida naturaleza nos obliga a detenernos con algo de atención en él, aun a riesgo de perder brevemente el

hilo conductor de este capítulo, destinado a analizar la garantía de los DFSP. Como exige la honestidad científica, abordaremos la cuestión en diálogo con los tres autores (VILLAVERDE, GÓMEZ PUENTE y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ) que a finales de los noventa la estudiaron en profundidad.

La inconstitucionalidad por omisión es una cuestión teórica y práctica de crucial importancia donde las distintas aportaciones dejan ver, por mucho que pretenda ocultarse, la concepción previa de la Constitución que se sostiene. Por lo general, el tratamiento doctrinal de las omisiones legislativas es abordado por quienes pretenden potenciar la función de la Constitución más claramente relacionada con las obligaciones de legislar, esto es, la denominada función programática, conectada a su vez, sobre todo, con el Estado social y con los derechos de prestación derivados de este elemento central de nuestra forma de Estado. Dicho sea de entrada y con la mayor claridad: para nosotros es ésta la forma más adecuada de enfocar la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, institución seguramente insustituible (pese al escepticismo que normalmente la acompaña¹¹⁹) en la necesaria adecuación de la actividad legislativa al principio del Estado social, bastante minusvalorado por nuestra *praxis* política y por buena parte de nuestra doctrina (*supra*, III, 2.4). Que de un mayor peso de la institución de la inconstitucionalidad por omisión en nuestro Derecho constitucional se deriven consecuencias (que en todo caso no deberían exagerarse) para el modelo de relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional, en la línea de dotar de un mayor protagonismo al segundo, es algo a tener en cuenta pero en todo caso accesorio o derivado del problema principal que es, insistimos, el del Estado social. Pretender eludir este problema con argumentos procesales fundados en una concepción quizás anticuada y desde luego unilateral de la democracia no nos parece de recibo, por afectar gravemente a la fuerza vinculante de gran parte de la norma fundamental: en nuestra estructura constitucional, como ya vimos, tan importante es el carácter democrático como el carácter social del Estado.

Ahora bien, no es la aludida la única forma de aproximarse al problema. Otras perspectivas son igualmente posibles, como vamos a ver de inmediato. Sin embargo, la pretendida originalidad de esas otras perspectivas no podrá eludir las cuestiones que tradicionalmente siempre han fundamentado la institución de la inconstitucionalidad por omisión: se quiera o no, de las tesis que se sostengan en torno a ella va a depender no sólo el modelo finalmente resultante de relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional, sino también y sobre todo, la más eficaz garantía de la Constitución misma, al

119. Por todos, CASCAJO CASTRO, 1988, pp. 83-84.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

menos en cuanto al cumplimiento de una de sus funciones más características, la de garantizar los DFSP, desde el entendimiento de la norma fundamental como proyecto social siempre inacabado y en permanente tensión con la realidad que pretende transformar.

Punto de partida inexcusable es por supuesto el concepto de omisión legislativa inconstitucional. Desde una concepción generosa de lo inconstitucional podrían incluirse en la categoría, en primer lugar, los supuestos de incumplimiento de las obligaciones de legislar implícitas en la competencia estatal de dictar las bases sobre materias determinadas (art. 149.1 CE) y en el principio de supletoriedad (art. 150.3 CE) y, en segundo lugar, los casos de retraso en la aprobación de las leyes exigidas por el Derecho de la Unión Europea (por las directivas, fundamentalmente), supuestos estos últimos que encontrarían indirecto sustento en el artículo 93 CE¹²⁰. Ahora bien, lo primero resulta discutible a partir, respectivamente, del concepto material de bases y de la controvertida STC 61/1997 (que, como es sabido, reduce de forma drástica el contenido obligacional del principio de supletoriedad) y lo segundo implica una interpretación a buen seguro realista pero excesivamente abierta del artículo 93, que podría poner en peligro el mismo concepto formal de Constitución, que sigue siendo el dominante (*supra*, IV, 1.1). En cualquier caso, el concepto tradicional de omisión legislativa inconstitucional parece excluir estas situaciones¹²¹ y nosotros también las excluiríamos de nuestro análisis, centrado en las omisiones contrarias a los DFSP.

La forma habitual de enfocar el concepto de omisión legislativa inconstitucional es la que VILLAYERDE denomina tesis obligacional, según la cual el juez competente (no sólo el Tribunal Constitucional) controlará el incumplimiento por el legislador de sus obligaciones de legislar sobre ciertas materias que la Constitución le impone¹²². Parte en consecuencia esta tesis de la existencia en la Constitución de mandatos al legislador, lo cual nos parece irrefutable, a menos que quiera hacerse prevalecer una determinada concepción de la Constitución sobre su contenido concreto, que innegablemente incluye

120. Sobre ambos supuestos, GÓMEZ PUENTE, 1997, respectivamente, pp. 103 y ss. y 141 y ss.

121. Así, VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, pp. 209-215 y más claramente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, pp. 103-105 y 111-113. Mayor interés tendría la articulación entre omisión inconstitucional y omisión contraria al Derecho internacional, una vía interesante a la que no podemos ahora aludir, remitiendo al efecto *in totum* a JIMENA QUESADA, 2008.

122. De forma expresa y concluyente, según VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 77. Aquí ya encontramos un primer problema y una primera discrepancia: no hace falta que, a nuestro juicio, la obligación sea expresa ni concluyente. Se trata de una cuestión interpretativa, a resolver caso por caso.

este tipo de normas (para nuestro tema, *supra*, III, 1.1), como la doctrina unánimemente reconoce. Este planteamiento obligacional es el seguido entre nosotros por GÓMEZ PUENTE y por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. El primero no elabora un concepto claro de los deberes constitucionales que exigirían la actuación del legislador, aunque realiza una enumeración genérica de todos ellos, incluyendo en su seno los deberes de legislar deducidos de derechos fundamentales, las garantías institucionales y los principios rectores de la política social y económica¹²³. El segundo, por su parte, se esfuerza algo más en concretar el alcance de lo que él denomina encargos al legislador, término éste que prefiere al más extendido de mandatos al legislador. Tras afirmar con razón que la innegable existencia de este tipo de normas es el más poderoso argumento justificador de la omisión inconstitucional¹²⁴ y que por definición se produce una conexión directa entre el encargo constitucional y la obligación de legislar¹²⁵, el profesor DE SANTIAGO definirá, con expresión algo alambicada, al encargo constitucional como aquella norma constitucional de eficacia limitada que, dada la previsión explícita o implícita en ella contenida, resulta de obligatorio y concreto desarrollo para que cobre eficacia plena¹²⁶. A partir de una definición tan amplia, el problema residirá en determinar exactamente cuándo estamos en presencia de un encargo en sentido estricto, habida cuenta de la gran amplitud y heterogeneidad de las fórmulas presentes en el texto constitucional. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, con quien coincidimos, el encargo al legislador no tiene por qué constar de forma expresa y tajante en la disposición constitucional sino que puede derivarse de su misma estructura o formulación¹²⁷, concepción amplia con la que también estaría de acuerdo GÓMEZ PUENTE, pues éste parece incluso admitir que del artículo 9.2 podrían deducirse obligaciones al legislador¹²⁸. Como fácilmente se advierte, es mucho todavía lo que debería precisarse para que el concepto nos permitiera detectar con seguridad la presencia de obligaciones de legislar; más adelante volveremos sobre este problema.

Por su parte, VILLAVERDE se muestra radicalmente contrario a las llamadas tesis obligacionales. Merece sin duda la pena explicar con algún detalle su posición, bien construida y sumamente original, que se enfrenta al enfoque habitual al que aludíamos al comienzo: no sitúa el problema en el marco de la función programática sino en el de la función democrática de la Constitución, en principio opuesta por definición a todo reconocimiento de las

123. GÓMEZ PUENTE, 1997, respectivamente, pp. 44 y ss., 74-75 y 76-84.

124. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, p. 146.

125. *Ibidem*, p. 153.

126. *Ibidem*, p. 147.

127. *Ibidem*, p. 152.

128. GÓMEZ PUENTE, 1997, pp. 22-23.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

omisiones legislativas inconstitucionales¹²⁹. A nuestro entender, el convencimiento de VILLAYERDE en lo desacertado de la tesis convencional (según la cual la existencia de una obligación de legislar sería el único fundamento posible de la institución), le lleva a excederse frecuentemente en la crítica a la misma, haciendo tal vez decir a ésta lo que no siempre dice (la crítica se realiza globalmente, sin mención específica a las construcciones de los diversos autores); así, según VILLAYERDE, las tesis obligacionales:

- a) parten de la existencia de una estricta vinculación positiva a la Constitución¹³⁰, de un deber de legislar expreso y concluyente¹³¹. Ahora bien, no siempre es así, como hemos visto: tanto GÓMEZ PUENTE como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ hablan de obligaciones tácitas o implícitas de legislar, en particular en relación con los derechos fundamentales.
- b) construyen un novedoso concepto de reserva de ley¹³². En realidad, no suelen aludir los autores globalmente criticados a la reserva de ley; más bien consideran que reserva de ley y mandato al legislador son normas distintas¹³³, aunque puedan eventualmente coincidir en un único precepto constitucional.
- c) consideran que el silencio legislativo es fruto de una decisión política y que la naturaleza política del problema se eliminaría convirtiendo al legislador en ejecutor de la Constitución¹³⁴. Si bien lo primero suele ser cierto (la naturaleza política de la labor de desarrollo de la norma fundamental nos parece innegable), no siempre sucede lo mismo con lo segundo: ejecución parece sinónimo de actuación incondicionada, por lo que el término suele rechazarse por principio¹³⁵, y siempre se reconoce un amplio margen del legislador (de «discrecionalidad variable» y «libertad de apreciación» habla GÓMEZ PUENTE¹³⁶) en el cumplimiento de sus obligaciones. En todo caso, nada tendríamos que objetar al reconocimiento de una actividad legislativa de ejecución de la Constitución, siempre que la misma quedara estrictamente circunscrita al desarrollo inexcusable de la norma fundamental; la práctica totalidad de las normas legales quedarían fuera de este supuesto.

129. En esta dirección, PÉREZ ROYO (2001, p. 3501) llega a sostener enfáticamente que la inconstitucionalidad por omisión no existe. En sentido similar, RUIZ MIGUEL, 2000.

130. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 106.

131. *Ibidem*, p. 98.

132. *Ibidem*, p. 99.

133. GÓMEZ PUENTE, 1997, pp. 41-44.

134. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 111.

135. Así, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1997, p. 152.

136. GÓMEZ PUENTE, 1997, pp. 40 y 78, respectivamente.

d) entran «en contradicción con la apertura constitucional exigida por el principio democrático»¹³⁷, apreciación sin duda razonable pero que presupone una primacía tan absoluta del principio democrático que pone en cuestión el dato incontestable de la presencia de diferentes elementos, eventualmente contradictorios entre sí, en nuestra forma de Estado y de la consecuente necesidad de su interpretación conjunta: por lo que aquí interesa, el Estado democrático puede eventualmente limitarse ante la necesidad de preservar un contenido mínimo del Estado social¹³⁸, lo que no implica únicamente una concepción social de la democracia¹³⁹ sino también la satisfacción de unas mínimas necesidades, que quedarían así fuera de la garantía de posibilidades ofrecida por el texto constitucional, situándose por tanto en la esfera de lo no decidible por la democracia política¹⁴⁰ (asimismo, *supra*, III, 2.4).

En última instancia, la crítica de VILLAYERDE a la existencia de *auténticas* obligaciones de legislar radicaría seguramente en el concepto de obligación que se mantiene, cuestión que en todo caso nos parece básicamente terminológica¹⁴¹; como de inmediato vamos a ver, VILLAYERDE de hecho, acabará reconociendo algo muy similar a lo afirmado por las tesis obligacionales.

Conviene pues, al margen de lo exagerado o no de la crítica de VILLAYERDE a las tesis obligacionales, precisar (resumiendo y por tanto inevitablemente simplificando) algo más su particular concepto de la omisión legislativa inconstitucional, que desarrolla en una tesis algo arriesgada y formalista, en cuanto pretende juridificar (o despolitizar) el problema, pretendiendo con cierta ingenuidad «permanecer del lado objetivo»¹⁴² y eliminar así lo ineliminable: el carácter esencialmente político del Derecho constitucional. Para VILLAYERDE, el fundamento de la inconstitucionalidad por omisión no ha de buscarse en el Estado social sino en el Estado democrático¹⁴³. No existen en rigor obligaciones de legislar (sí en cambio «normas constitucionales imperativas»¹⁴⁴, no del todo definidas y cuya diferenciación con los mandatos al legislador se nos antoja en exceso sutil), lo que resultaría contradictorio con la idea de Constitución abierta que se presupone y sólo podrá hablarse de silencios legislativos inconstitucionales cuando «el legislador [...]

137. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 106.

138. GÓMEZ PUENTE, 1997, p. 72 y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1997, p. 196.

139. P. ej., GARRORENA MORALES, 1984, pp. 204 y ss.

140. Por todos, FERRAJOLI, 1999.

141. Razonable aquí la posición, más flexible, de GÓMEZ PUENTE, en 1997, pp. 23-25.

142. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 5.

143. *Ibidem*, p. 2.

144. *Ibidem*, p. 66.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

desplaza al Pueblo soberano y se transforma en poder constituyente, es decir, si con su silencio altera el contenido normativo de la Constitución»¹⁴⁵, de tal forma que «lo que debe ser controlado no es el hecho en sí del silencio, sino sus consecuencias normativas»¹⁴⁶. Mucho nos tememos, sin embargo, que la cuestión central que tradicionalmente la inconstitucionalidad por omisión trataba de resolver, la del Estado social, expulsada por VILLAYERDE por la puerta, penetra de nuevo por la ventana cuando hayan de concretarse las situaciones en las cuales la Constitución resulta incumplida. Además, ¿era realmente necesario criticar las tesis obligacionales para desarrollar la teoría de que lo inconstitucional no es el incumplimiento de una obligación de legislar sino la alteración del contenido normativo de la Constitución? Si al final el intérprete, como en las tesis obligacionales, ha de determinar igualmente lo ordenado por la Constitución, ¿no hemos realizado el viaje en balde? Al final nos queda la duda de si lo realmente pretendido con tan alambicada construcción era en realidad dificultar el control de las omisiones legislativas, que es el resultado al que se llega¹⁴⁷, seguramente por desconfianza en la función programática (innegable tras la sola lectura de su texto) de la Constitución.

En definitiva, con independencia de la construcción defendida, la problemática que subyace a cualquier concepto de la omisión legislativa inconstitucional vendría a ser esencialmente la misma: GÓMEZ PUENTE lo indica claramente, aunque sin resolverlo del todo después: «la determinación de la existencia de los [...] deberes jurídicos que pesan sobre el legislador y [...] la precisión de sus contenidos, especialmente cuando no gozan de formulación positiva explícita»¹⁴⁸. Pues bien, ¿cuándo se plantea realmente el problema de la inconstitucionalidad por omisión?; ¿en qué estamos generalmente pensando quienes insistimos en defender esta institución? Salvo en los supuestos puntuales (las leyes concretas que quedarían por dictar), que no plantean especiales problemas (los cuales, en todo caso, desaparecerían una vez dictada la ley correspondiente), la cuestión central a resolver, ésta sí en esencia permanente, sería la de la diferenciación entre lo constitucionalmente obligatorio y lo constitucionalmente aconsejable. Evidentemente, siempre existirá una zona fronteriza y difusa entre ambas situaciones, pero la doctrina debería esforzarse en evitar en lo posible la extensión de esa zona, que en nada ayuda a la seguridad jurídica ni a la fuerza normativa de la Constitución. El problema, lejos de resultar anecdótico o coyuntural, se presenta frecuentemente; junto a los casos relacionados con el principio de igualdad, al menos

145. *Ibidem*, p. 3.

146. *Ibidem*, p. 7.

147. *Vid.* la acertada crítica de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, p. 79.

148. GÓMEZ PUENTE, 1997, p. 20.

en los dos momentos clave que ya conocemos. En primer lugar, en la determinación del contenido subjetivo de los DFSP: una vez realizada esta operación, siguiendo los métodos comunes de interpretación jurídica y los propios de la interpretación constitucional (no hay otro modo, como sabemos: *supra*, IV, 4.3), el legislador estaría constitucionalmente obligado a reconocer las prestaciones correspondientes, incurriendo, en caso de no hacerlo, en omisión inconstitucional. En segundo lugar, la determinación de los deberes estatales de protección integrantes de su contenido objetivo: el legislador está también obligado a adoptar acciones positivas encaminadas a la mejor garantía de los derechos, aunque no resulten judicialmente exigibles por los particulares directamente afectados.

De los tres autores con los que venimos dialogando, GÓMEZ PUENTE es quien con mayor detalle se enfrenta con estos problemas. Para él, con inevitable referencia a HÄBERLE, existen «deberes de legislar deducidos de derechos fundamentales»¹⁴⁹, lo que es válido para todas las figuras contenidas en el capítulo tercero del título primero, que no guardan en esto «diferencia respecto de los derechos fundamentales»¹⁵⁰. Los aludidos deberes de legislar parecen fundamentarse en la existencia de un «mínimo prestacional constitucionalmente garantizado», de forma tal que podrían darse «situaciones en las que la efectividad de un derecho fundamental [...] exija una actuación legislativa o un desarrollo legal previo por la naturaleza de la actividad a realizar en ejercicio de aquél, de modo que la omisión, de producirse, afectaría a dicho contenido mínimo»¹⁵¹. Al margen de nuestras puntualizaciones sobre el concepto de contenido mínimo (*supra*, IV, 4.2.1), creemos que el problema central subyacente a la inconstitucionalidad por omisión está muy bien apuntado. Lamentablemente, nuestro autor no lo desarrolla en profundidad después. Por su parte, VILLAVERDE realizará a estos problemas tan sólo referencias puntuales¹⁵². Todavía de forma más tangencial se referirá FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a esta cuestión al indicar escuetamente que las omisiones que afectan a derechos fundamentales son más importantes que las que no les afectan¹⁵³. En definitiva, pese al considerable esfuerzo realizado, parece que nuestros tres autores dejan la investigación un tanto a medio camino, quedando la cuestión clave sin resolver. Téngase además en cuenta que la solución va a depender generalmente de las peculiaridades de cada concreta

149. GÓMEZ PUENTE, 1997, pp. 44 y ss.

150. *Ibidem*, p. 77.

151. *Ibidem*, pp. 56-58.

152. VILLAVERDE MENÉNDEZ, 1997, pp. 66 y 131-132 y, sobre todo, al admitir en las pp. 106 y 136-137 el «residuo de eficacia de la Constitución» en los casos de silencio legislativo, sobre todo en materia de derechos sociales.

153. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, pp. 17-21.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obligación de legislar, resultando difícil (aunque no imposible) establecer criterios generales, y en ello nos esforzamos en páginas precedentes, a las que remitimos (*supra*, IV, 4.3).

Vayamos por último, tras esta larga pero imprescindible introducción sobre la discusión doctrinal del concepto de inconstitucionalidad por omisión, al problema que nos ocupa en este lugar de la obra, los aspectos procesales del control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas inconstitucionales. Conviene para ello distinguir entre dos supuestos, sujetos a diferentes regímenes jurídicos:

- a) Control de las omisiones absolutas, en las que el legislador ha omitido toda regulación. Entendiendo, como normalmente se hace, el concepto opuesto, el de omisión relativa, en un sentido amplio (existencia de una ley, anterior o no a la Constitución, que regule, aunque sea de forma indirecta, la materia en juego), se entenderá que los supuestos de omisión absoluta van a ser muy escasos, pues por lo general existirá una norma legal relacionada con el mandato constitucional. En relación con los escasos supuestos de omisión absoluta que pudieran plantearse, es VILLAYERDE quien con mayor detalle se ocupa de la eventual introducción en nuestro Derecho de un recurso específico para su control, habida cuenta de que en la LOTC son muchas las dificultades para admitirlo, al exigir ésta un objeto concreto de control. A su juicio, la introducción de tal recurso específico resultaría del todo inconveniente, pues desembocaría en un juicio de oportunidad¹⁵⁴ o en las recomendaciones al legislador, que califica de mecanismo ilusorio¹⁵⁵ y, en cualquier caso, tal hipotético recurso resultaría poco o nada compatible «con la libertad que debe regir el debate político». Por todo ello, concluirá tajantemente este autor que, con la salvedad de la posible¹⁵⁶ utilización aquí del recurso de amparo (sobre ello volveremos luego), «la sede que se presenta como la más adecuada y práctica para realizar el control de una omisión inconstitucional absoluta es la del juez ordinario, y con motivo de los actos de ejecución de la norma implícita derivada del silencio del legislador que lesionan una posición jurídica constitucionalmente garantizada»¹⁵⁷. Pues bien, a nuestro juicio, el riesgo que pretende evitarse (el del control político del legislador por el Tribunal Constitucional) quizás se evita con esta posición, pero dando lu-

154. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 180.

155. *Ibidem*, p. 183.

156. Apenas apuntada en *ibidem*, p. 189.

157. *Ibidem*, p. 188.

gar a cambio a peligros mayores: el de la interpretación, también política (inevitable cuando de la Constitución se trata¹⁵⁸) realizada por la jurisdicción ordinaria y, sobre todo, el del desplazamiento del control de constitucionalidad de las leyes de su sede natural (el Tribunal Constitucional) hacia un control difuso dudosamente compatible con nuestro modelo constitucional, sin olvidar la inseguridad jurídica que produciría, reconocida por el propio VILLAYERDE. Por todo ello, creemos que, como sucede en otros ordenamientos¹⁵⁹, no estaría de más la introducción, mediante una reforma de la LOTC, de algún instrumento específico de control de las omisiones absolutas para casos excepcionales, que contribuiría a paliar en gran parte los aludidos problemas. Una regulación bien diseñada de este recurso especial, con una legitimación limitada y que evitara otorgar un excesivo papel al Tribunal Constitucional (reduciendo, p. ej., su fallo al de la mera constatación de la omisión, sin introducir recomendaciones) nos parecería en definitiva muy conveniente.

- b) Control de las omisiones relativas, en la práctica las más frecuentes. Sobre este tema, eliminado el problema de la ausencia de vía procesal desde una flexible interpretación del objeto de control, era inevitable que se produjeran conflictos ante el Tribunal Constitucional. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ realiza un ajustado resumen de la doctrina jurisprudencial al respecto, la cual, siguiendo con alguna libertad al autor¹⁶⁰ podría resumirse en dos puntos básicos: el Tribunal Constitucional admite la inconstitucionalidad por omisión, aceptando la tesis obligacional, como reconoce el propio VILLAYERDE¹⁶¹, y la presencia de obligaciones de legislar en el capítulo tercero del título primero. En efecto, el Alto Tribunal ha controlado la inactividad del legislador, haciendo uso de técnicas diversas¹⁶². Normalmente se refieren a supuestos relacionados con la igualdad en la ley o con el contenido positivo (más que prestacional en sentido estricto) de determinados derechos de defensa (derecho a la vida, objeción de conciencia, libertad de expresión, derecho de reunión y derecho a la intimidad), sin que se aprecien decisiones jurisprudenciales relevantes sobre DFSP ni tan siquiera sobre prestaciones propiamente dichas conectadas a derechos de libertad. Falta así (y ya lo denunciamos en

158. Así, GÓMEZ PUENTE, 1997, p. 95.

159. Oportunamente estudiados en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, pp. 241 y ss.

160. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, pp. 411-446.

161. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, p. 98.

162. Sistematizadas en su día en AHUMADA RUIZ, 1991.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

su día, sobre todo, *supra*, IV, 6) una doctrina del Tribunal Constitucional dotada de estabilidad suficiente en materia de vulneración de DFSP por omisión.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y GÓMEZ PUENTE evitan un planteamiento globalmente crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la garantía del Estado social, objetivo último, según dijimos, de la institución de la inconstitucionalidad por omisión, es mucha la responsabilidad que al Tribunal Constitucional ha de atribuirse. La ausencia de un planteamiento crítico a este respecto en la obra del primero de los autores citados, quien expresamente califica a la jurisprudencia como «correcta»¹⁶³, podría resultar comprensible, habida cuenta de que este autor no formula con precisión su concepción previa de los derechos de prestación, que en todo caso aparecen algo minusvalorados desde su relativizadora concepción de todo el capítulo tercero del título primero, enfrentándose aquí incluso a las tesis de su maestro FERNÁNDEZ SEGADO¹⁶⁴. Por su parte, GÓMEZ PUENTE, pese a sustentar una concepción avanzada de dichos derechos, tampoco critica a fondo los resultados a los que ha conducido la doctrina del alto tribunal, pese a su genérica llamada, después no concretada, a «la ampliación de la función de la jurisdicción constitucional»¹⁶⁵, cuya práctica se ha demostrado «*probablemente* insuficiente»¹⁶⁶. Creemos que con planteamientos de este tenor se escamotea en parte el problema de fondo al que tradicionalmente la institución de la inconstitucionalidad por omisión pretendió hacer frente y que a nuestro juicio está todavía por resolver. Parece así que el objetivo buscado (claramente al menos por GÓMEZ PUENTE: «Es el legislador quien más tiene que decir en la construcción del Estado social»¹⁶⁷), cuya consecución queda finalmente en manos del Tribunal Constitucional, resulta en gran parte malogrado al no realizarse una crítica rigurosa y sistemática de los escasos resultados obtenidos: nadie discute ya que nuestro alto tribunal no ha sido especialmente avanzado en esta materia.

Aquí es donde la tesis de VILLAYERDE podría a nuestro juicio ser de utilidad: su construcción, pese a algunos defectos criticados (amplios poderes de control de constitucionalidad por parte de los tribunales ordinarios, excesivas dosis de formalismo), nos ofrece una vía idónea, sugestiva y avanzada, para proseguir en el camino de la necesaria perfección del control de las omisiones relativas inconstitucionales (sobre todo, pero no exclusivamente, en rela-

163. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1998, p. 445.

164. *Ibidem*, pp. 366-367.

165. GÓMEZ PUENTE, 1997, p. 96.

166. *Ibidem*, p. 98, cursivas nuestras, GE y JB.

167. 1997, p. XXXI.

ción con los DFSP), sea desde el propio Tribunal Constitucional, sea (si el anterior no lo hace) desde la jurisdicción ordinaria, que aparece en su obra claramente potenciada. Sin que pueda desde luego menospreciarse la utilización de otras técnicas de control, que deberían resultar compatibles con las que él propone, y dejando al margen la peculiar concepción de la Constitución que sostiene (concepción que creemos no guardan relación necesaria con su propuesta concreta de control), VILLAYERDE aporta una solución a tener muy en cuenta en el futuro: siguiendo su tesis de la existencia de una norma implícita derivada de la omisión, se sostendrá que la vía más idónea a utilizar será la de las sentencias interpretativas (para, a partir de aquí, en difícil pirueta procesal, añadir que éstas deberán ser además del tipo de las «parcialmente desestimatorias genéricas», pensando con cierta ingenuidad que los tribunales ordinarios se van a sentir de hecho vinculados por la eficacia *erga omnes* de los fundamentos jurídicos en ellas contenidos¹⁶⁸). Aunque contamos así con una nueva y más depurada técnica de control, dotada de grandes posibilidades de desarrollo, mucho nos tememos que, por muchos instrumentos procesales que se ofrezcan, el problema subyacente a la inconstitucionalidad por omisión seguirá sin solución hasta que el Tribunal Constitucional y la doctrina dominante (apegada todavía a una concepción básicamente liberal de la Constitución) tomen conciencia política del mismo.

Vayamos por último a la tipología de sentencias que resuelven recursos y cuestiones en materia de inconstitucionalidad por omisión. Si la omisión es absoluta en realidad no se puede declarar inconstitucional una norma que precisamente no existe y si es sólo relativa pasa algo no tan diferente, pues no se puede declarar inconstitucional la norma por lo que no dice o prevé, y por ello debería acudir a modalidades sentenciadoras atípicas, todo ello para salvaguardar la división de poderes (la libre configuración del legislador, en términos del propio Tribunal Constitucional¹⁶⁹) y el necesario diálogo en materia social que ya hemos defendido en esta obra (*supra*, IV, 4.4). La tipología es la siguiente¹⁷⁰:

a) Sentencias aditivas, que consideran que una ley que es inconstitucio-

168. VILLAYERDE MENÉNDEZ, 1997, pp. 196-205.

169. SSTC 45/1989, FJ 11; 36/1991, FJ 6; 96/1996, FF JJ 22 y 23; 138/2005, FJ 6; 273/2005, FJ 9; 236/2007, FJ 17.

170. Para más detalles, DÍAZ REVORIO, 2001. En general, la tipología de sentencias del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales ha sido especialmente abordada por la doctrina italiana, y a ella remitimos para profundizar en la materia: p. ej., SALAZAR, 2000, pp. 132 y ss., o PEZZINI, 2001, pp. 200 y ss. En España carecemos del número significativo de pronunciamientos como para pretender ir ahora mucho más allá. No obstante, como en ocasiones nuestro Tribunal Constitucional ha protegido DFSP a través del art. 14 CE, puede ser útil acudir a la sistematización de GONZÁLEZ BEILFUSS, 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

nal por lo que omite y acuerdan extender su aplicación a otros casos, contenidos o personas. La ley reconoce una prestación a las viudas pero no a los viudos, y el Tribunal Constitucional la extiende a los viudos también, por ejemplo.

- b) Sentencias apelatorias o admonitorias, en las que el Tribunal Constitucional no aprecia formalmente la inconstitucionalidad pero apela al legislador o al menos le lanza un «aviso a navegantes», aunque la apelación o aviso pueden caer en saco roto, sin que en España, por los efectos de cosa juzgada, quepa que el Tribunal Constitucional se pronuncie más adelante, salvo por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, pero no a través del recurso de inconstitucionalidad.
- c) Sentencias que declaran la inconstitucionalidad pero difiriendo sus efectos a un plazo que se fija de antemano, obligando así al legislador a dictar una ley o una nueva ley acorde a los planteamientos fijados por el Tribunal Constitucional. Se trata de una modalidad más drástica que la anterior.
- d) El Tribunal de Estrasburgo también ha acuñado una modalidad de sentencia atípica¹⁷¹, conocida como «sentencias piloto» o brújula, cuyo uso ha sido una de las recomendaciones centrales de la Comisión de Expertos presidida por Lord Wolf en su Informe final: ante casos de violación sistemática y masiva en un Estado de un determinado derecho, se obliga al mismo a adoptar una normativa que observe las directrices que el Tribunal fija. Esta técnica es susceptible de implantarse también en el ámbito nacional y puede ser, en determinados casos, una solución ante las omisiones inconstitucionales, incluso en materia social, pues se trata de una solución idónea para derechos en los cuales la dimensión colectiva es primordial.
- e) Sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una regulación y que, hasta que se dicte una nueva norma por el legislador, fijan judicialmente una normativa o regulación que evite el vacío normativo (*horror vacui*), que quedará sustituida por la nueva ley, que ha de ser acorde a las directrices que el Tribunal Constitucional fije.
- f) En Portugal o Brasil existe una acción para combatir la inconstitucionalidad por omisión de forma concentrada y a instancia de determinados órganos políticos. Además, en Brasil, el instituto de creación reciente de la *arguição de descumprimento de preceito fundamental* se ha

171. A partir de STEDH (Gran Sala) de 22 de junio de 2004 (caso «Broniowski c. Polonia»).

utilizado por el Tribunal Supremo Federal para controlar también las omisiones legislativas en el ámbito de los derechos sociales con carácter abstracto y a instancia de ciertos órganos políticos a los que se otorga legitimación activa; y también existe otro instituto, el *mandado de injunção*, que permite un control difuso y concreto, a instancia de cualquier persona física o jurídica con interés, de la falta de una norma reglamentadora que afecte a una libertad fundamental, la nacionalidad, la soberanía o la ciudadanía, y el tribunal o bien dispondrá que el órgano competente (del poder ejecutivo, legislativo o judicial) habrá de expedir la norma omitida, fijándole incluso un plazo, aunque sin que se admita que el tribunal llegue a dictar la norma él mismo; o bien, si el tribunal considera dispensable la norma emitida, decidirá concretamente sobre el ejercicio del derecho del reclamante con efectos únicamente *inter partes* (sólo la norma dictada por el órgano obligado a ello tiene efectos generales).

- g) En Estados Unidos se han ensayado por los jueces las multas coercitivas personales, así como incluso las sanciones penales, a los legisladores locales remisos a cumplir con las directrices u obligaciones fijadas judicialmente (en materia de discriminación racial), unidas en su caso a multas al ayuntamiento como tal, pero hay que decir que el Tribunal Supremo no lo ha aceptado, aunque sí parece admitir en hipótesis las multas personales a los legisladores o concejales como medida más drástica si previamente se impusieron multas al ayuntamiento o parlamento y éstas no forzaron a actuar a los legisladores o concejales más recalcitrantes. Incluso se ha legitimado la orden judicial de elevar o crear impuestos para acabar con una determinada discriminación racial escolar y obtener así la financiación necesaria (*Missouri v. Jenkins* [Jenkins I], 495 US 33, 1990; y *Spallone v. United States*, 493 US 265, 1989).
- h) Puede parecer que este tipo de medidas no es imaginable que se acepten entre nosotros, pero lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a asumir de algún modo esta última técnica sentenciadora, aunque adaptada a su carácter de jurisdicción trasnacional, en el asunto *L. contra Lituania*, de 11 de septiembre de 2007: la inexistencia de prestaciones médicas para cirugía de cambio de sexo de transexuales, cuatro años después de haberse aprobado una reforma del Código Civil que permitía el cambio de sexo y preveía una normativa de desarrollo en ese sentido, se considera que vulnera el derecho a la vida privada y familiar del artículo

8 CEDH¹⁷², y por ello el Tribunal de Estrasburgo dicta un fallo con las siguientes disposiciones, entre otras: «*Declara*, por 5 votos contra 2, que el Estado demandado, para satisfacer la reclamación del demandante en concepto de daños y perjuicios, va a adoptar la legislación subsidiaria requerida por el artículo 2.27 del Código Civil en relación con el cambio de sexo en los transexuales, dentro de un plazo de tres meses, a partir de que la presente sentencia sea firme conforme al artículo 44.2 CEDH», o «*Declara*, por 6 votos contra 1, alternativamente, que si estas medidas legislativas resultaran imposibles de adoptar en el plazo de tres meses, a partir de que la presente sentencia sea firme conforme al artículo 44.2 CEDH, el Estado demandado deberá abonar al demandante 40.000 euros en concepto de daños y perjuicios».

Como se ve, lo que a muchos podría parecer sencillamente impensa-

172. Dice la Sentencia: «57 [...] la Ley lituana reconoce su derecho a cambiar, no únicamente su sexo, sino también su estado civil (apartados 25, 27 y 29 *supra*). Sin embargo, existe una laguna en la legislación relacionada; no hay una Ley que regula la operación completa de cambio de sexo. Hasta que esta Ley sea adoptada no parece que vaya a haber facilidades médicas razonablemente accesibles o disponibles en la propia Lituania (apartados 13, 16, 19, 22, 25, 30 y 55 *supra*). En consecuencia, el demandante se encuentra en una posición intermedia entre un transexual sin operar, pero habiéndose sometido a una operación parcial, y con importantes documentos civiles cambiados. Sin embargo, hasta que no se someta a la operación completa, su código personal no será enmendado y, por tanto, en algunas situaciones importantes de su vida privada, como la búsqueda de empleo o el viajar al extranjero, permanecerá como mujer (apartados 19-21 *supra*).

58 El Tribunal señala que el demandante ha sufrido cirugía parcial para cambio de sexo. No está totalmente claro hasta qué punto podría completar el proceso en una clínica privada en Lituania (cfr. el periódico hace referencia al apartado 22 *supra*). Sin embargo, esta consideración no ha sido expuesta por ninguna de las partes en el caso actual, por lo que presumiblemente, será excluida. Como solución a corto plazo, sería posible para el demandante, someterse al resto de la operación en el extranjero, siendo financiada completa o parcialmente por el Estado (apartados 31, 42 y 55 *supra*).

59 El Tribunal constata que las circunstancias del caso revelan un pequeño vacío legal en cuanto a la cirugía para cambio de sexo, que deja al demandante en una situación de angustiosa incertidumbre en relación con su vida privada y con el reconocimiento de su verdadera identidad. Aunque restricciones presupuestarias en el servicio de salud pública podrían haber justificado algunas dilaciones iniciales en la implementación de los derechos de los transexuales, de conformidad con el Código Civil, más de cuatro años han transcurrido desde que las disposiciones relacionadas entraron en vigor y, que la legislación necesaria, aunque figura como anteproyecto, todavía tiene que ser adoptada (apartado 30 *supra*). Dado el número de individuos involucrados (unos 50, según estimaciones extraoficiales; apartado 22 *supra*), la carga presupuestaria no sería excesivamente fuerte para el Estado. En consecuencia, el Tribunal considera que no se va a encontrar un justo equilibrio entre el interés público y los derechos del demandante».

ble entre nosotros es ya una realidad de Derecho positivo, que no encontró rechazo significativo entre los jueces de Estrasburgo¹⁷³ y no cabe descartar que nuestro Tribunal Constitucional pueda seguir también esta senda en el enjuiciamiento constitucional en el ámbito de los DFSP, aun con toda la prudencia que sea precisa. Es, al menos, un posible cauce para luchar jurisdiccionalmente por la vigencia y protección de tales derechos. Debe, no obstante, aclararse que el propio Tribunal Europeo matiza en su fundamentación jurídica, o modula considerablemente, el alcance de sus disposiciones, pues motiva la resolución adoptada del siguiente modo: «El Tribunal recuerda la naturaleza limitada de la violación tomada en consideración (apartados 59-60 *supra*). Considera que la reclamación del demandante en concepto de daños y perjuicios quedaría cubierta mediante la adopción de la legislación subsidiaria, que ha sido un problema en el caso que nos ocupa, dentro de un plazo de tres meses, a partir de que la sentencia sea firme conforme al artículo 44.2 CEDH. Sin embargo, esto resultaría imposible, y en vista de la incertidumbre sobre la experiencia y pericia actualmente disponibles en Lituania, el Tribunal es de la opinión que este aspecto de la demanda del recurrente podría ser satisfecho sometiéndose a las últimas fases de cirugía necesarias en el extranjero, siendo esto financiado, al menos en parte, por el Estado demandado. En consecuencia, como alternativa en ausencia de la legislación subsidiaria, el Tribunal concedería al demandante 40.000 euros en concepto de daños y perjuicios».

Habrà que esperar un tiempo para ver si esta técnica sentenciadora de Estrasburgo de tan reciente creación se utiliza en otros casos y se consolida, si incluso se hace más dràstica en ciertos casos, y si las jurisdicciones nacionales asumen con prudencia esta modalidad de «sentencia atípica», especialmente en el campo de los derechos sociales. Lo que en todo caso es claro es que, como CAPPELLETTI señalara hace ya muchos años, la protección de los derechos sociales requiere «un nivel bastante elevado de fuerza creadora en los tribunales a quienes esta nueva tarea se confía». Es un campo en el que todavía queda mucho por hacer.

173. El Juez Fura-Sandström objeta en su voto particular que se imponga al Estado lituano la obligación de dictar esa normativa de desarrollo, pues cree que el Tribunal corre el riesgo de actuar *ultra vires* por no ser ello realmente una «satisfacción equitativa» como la prevista en el art. 41 CEDH para cuando el Derecho del Estado sólo permite de manera imperfecta remediar la violación del derecho. Otro juez considera que la demanda no debería haberse admitido siquiera.

3.7.4. Propuestas

No podemos esperar pacientemente hasta que la jurisdicción constitucional dé un giro y tome conciencia política del problema de fondo, la persistente dificultad para controlar las omisiones del legislador vulneradoras de DFSP. En los autores mencionados, oportunamente completados y matizados en las páginas anteriores y en las remisiones a la doctrina general que en su momento propusimos (*supra*, IV), y sobre todo en algunas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (aunque a veces haya que leer entre líneas), hay elementos más que suficientes para abrir caminos conducentes a mejorar la garantía judicial de los DFSP. Insistimos: la protección de los DFSP ante el Tribunal Constitucional no servirá para mejorar a corto plazo la situación de quienes padecen vulneraciones de sus derechos pero, gracias a la función educadora del Alto Tribunal y a la autoridad que en la práctica los tribunales ordinarios y la doctrina le reconocen esta protección ayudaría bastante al cambio de mentalidad que tanta falta hace.

Al Tribunal Constitucional, como órgano jurisdiccional que es, hay que forzarle a actuar, presentarle en forma de demanda los argumentos de manera tan clara y directa que no pueda escamotear una respuesta. La protección indirecta mediante el amparo ha de intentarse, pero tiene una limitación evidente y puede dar lugar a un nuevo desenfoco (no centrarse en los DFSP sino en otras figuras o en derechos a nuestros efectos instrumentales, como la igualdad y la tutela judicial). Las mejores técnicas son forzar en el amparo el análisis de la constitucionalidad de las leyes y, sobre todo (pues aquí no tenemos la limitación propia del objeto del recurso, toda la CE es parámetro), lograr que los jueces planteen la cuestión de inconstitucionalidad. Que ambas vías resultan posibles, lo ponen de manifiesto los siguientes ejemplos:

- a) El cuestionamiento de la omisión en el recurso de amparo. Tiene el doble inconveniente de que sólo sirve para el derecho a la educación (para proteger las demás figuras hay que argumentar mediante una de las tres formas de garantía indirecta ya aludidas) y de su casi imposible admisión a trámite (un 0,3 % de posibilidades) pero la doble ventaja de que es la única técnica procesalmente posible para controlar las omisiones legislativas absolutas y de que no depende de la libre decisión del juez ordinario (aunque sí de la libre decisión del propio Tribunal Constitucional, en el draconiano trámite de admisibilidad). No hemos encontrado ningún ejemplo de protección de DFSP por esta vía pero sí de garantía subjetiva de contenidos prestacionales (en sentido amplio) de derechos de defensa, y el razonamiento nos sirve igual. Al respecto, son bien conocidas, entre otras

que podrían citarse, las SSTC 15/1982 (inexistencia de ley reguladora de la objeción de conciencia al servicio militar) y 31/1994 (inexistencia de ley que permita el acceso a un concurso para emitir televisión por cable). En ambos casos de omisiones (nótese que ambas pueden considerarse absolutas) se logró sin problemas procesales que el Tribunal Constitucional dictaminara, aunque sin decirlo con estas palabras, la existencia de una omisión legislativa inconstitucional, y de hecho al poco tiempo de la Sentencia el Parlamento dictó la ley correspondiente. El medio de llegar a la jurisdicción constitucional es sencillo: en el primer caso se solicita la prestación a la Administración, ésta no la concede por falta de previsión legal, y contra esa resolución administrativa se recurre a los tribunales y finalmente al Tribunal Constitucional. En el segundo caso se ejercita el derecho al margen de la ley (autotutela), lo que da lugar a una sanción administrativa, la cual se recurre a los tribunales y finalmente al Tribunal Constitucional. La estrategia vale igual para omisiones relativas y puede dar lugar (aunque no se hizo así en los dos ejemplos citados) a una sentencia del Pleno por vía de autocuestión (art. 55.2 LOTC).

- b) El cuestionamiento de la omisión en la cuestión de inconstitucionalidad, más útil por cuanto por esta vía se protegen directamente todos los DFSP, sin necesidad de piruetas argumentativas de fondo. Recordemos dos ejemplos, relacionados con DFSP (en sentido amplio), y en concreto con el derecho a acciones positivas de protección de la familia (art. 39 CE), que ya fueron aludidos en nuestro análisis del control de las prestaciones insuficientes (*supra*, IV, 6.3). Veamos primero un ejemplo de garantía del derecho a la vivienda (si bien el razonamiento se centra en el art. 39) a través del artículo 14 CE: en la STC 222/1992 la Ley de Arrendamientos Urbanos es declarada inconstitucional (vía cuestión de inconstitucionalidad) al dejar fuera de la subrogación del arrendamiento a la pareja no casada del arrendatario fallecido. La Ley es declarada inconstitucional no por lo que dice sino por lo que no dice, es decir, por omisión relativa, lo que obliga a matizar el fallo (FJ 7). La STC 138/2005, por su parte, resulta de mayor interés, por garantizar un DFSP al margen de la igualdad: en esta ocasión es el Código Civil el que se declara inconstitucional, más bien porque lo que da es poco, al limitar la investigación de la paternidad. Si bien se mira, en ambos casos, a instancia de un titular de DFSP (en sentido amplio) y sin especiales obstáculos procesales, se logró que el Tribunal Constitucional declarara que una ley es inconstitucional por omisión relativa o, lo que viene a ser lo mismo

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

(*supra*, IV, 6.3), por otorgar una prestación insuficiente: en el primer caso el derecho a la vivienda se debió conceder al grupo A y B (el legislador sólo lo concedió al grupo A) y en el segundo el derecho a la investigación de la paternidad debió reconocerse sin límite de tiempo (el legislador sólo lo había concedido durante un año).

Recapitulando sobre la vía de protección que proponemos: el titular de un DFSP solicita una prestación a la Administración, la Administración la deniega con fundamento en la ley, se recurre ante los tribunales contencioso-administrativos contra esa denegación administrativa, y entonces, bien se pide a estos tribunales que planteen la cuestión, bien se recurre contra ellos ante el Tribunal Constitucional, alegando en la demanda de amparo que la vulneración del DFSP trae causa en la ley. Finalmente la Sentencia, como bien puede apreciarse en los ejemplos de las SSTC 15/1982, 222/1992, 31/1994 o 138/2005, vendrá a reconocer la existencia de una omisión legislativa inconstitucional, dejando al legislador libertad para solucionar el problema de la forma que crea más conveniente, sin más límite que los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.

4. CONTROL PARLAMENTARIO*

4.1. PARLAMENTO Y DERECHOS SOCIALES

Las relaciones entre los derechos fundamentales y la institución parlamentaria son múltiples y complejas. En este apartado la atención se centrará en el control por el Parlamento de los llamados derechos sociales. Si bien, como se verá, es posible rescatar alguna singularidad propia de estos derechos, inevitablemente una adecuada comprensión de esa relación pasa por tener presentes algunos de los rasgos generales de la relación que en la actualidad mantiene la institución parlamentaria con los derechos.

Los derechos tienen un acomodo casi obligatorio en la agenda parlamentaria, ya que el Parlamento legisla y controla sobre ellos. Especialmente, tienen presencia los derechos estudiados en esta obra, los derechos sociales, ya que muchas políticas públicas se encuentran íntimamente ligadas con uno u otro de estos derechos. Pero esta presencia cotidiana que puede ser rastreada en el calendario de actividades de cualquiera de las cámaras parlamentarias existentes en nuestro país, no es expresión de buena salud en la relación entre los derechos y el Parlamento. En escasas ocasiones el Parlamento debate sobre los derechos como derechos, en escasas ocasiones los derechos

* Por José TUDELA ARANDA.

y libertades merecen una reflexión singular. Es posible que esta situación cambie, al menos parcialmente, en los Parlamentos autonómicos con ocasión del desarrollo de los nuevos Estatutos de Autonomía que incluyen una tabla de derechos que en la mayoría de los casos habrán de ser desarrollados legislativamente. El debate y aprobación en su caso de las nuevas leyes reguladoras de derechos ha de dar lugar a un debate novedoso en relación con lo sucedido en los últimos años.

En este punto, es preciso llamar la atención sobre la disfunción que supone la mencionada ajenidad de la agenda parlamentaria en relación con la reflexión sobre los derechos. No sólo refleja una profunda contradicción, el Parlamento nace de los derechos y, en gran medida, se constituye para los derechos, sino que abre también una vía de riesgo para la propia evolución de los mismos en el contexto del cambio social y político de nuestros días. El riesgo de invisibilidad que afecta a la institución parlamentaria en relación con el debate de las más importantes cuestiones que hoy tiene planteadas la sociedad contemporánea, recae también, difícilmente podía ser de otra manera, sobre su presencia en la discusión de la renovación de los derechos fundamentales¹⁷⁴. Si esa invisibilidad general resulta relevante, incluso hasta grave, para un adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas, la ajenidad del Parlamento de la discusión sobre los derechos fundamentales, es, simultáneamente, un grave problema en sí misma y un síntoma de disfunciones más profundas. Es necesario y urgente que junto al seguimiento constante de políticas públicas ligadas a los derechos y el reforzamiento de las garantías del libre ejercicio de las libertades públicas, el Parlamento introduzca en su agenda el debate y reflexión sobre la evolución de derechos y libertades y su acomodo a las nuevas circunstancias sociales, políticas, económicas y tecnológicas.

Junto a lo señalado, estas líneas preliminares deben llamar la atención sobre la concentración de la actividad parlamentaria en relación con los derechos en la función de control. Es cierto que corresponde a los parlamentos tramitar las leyes que regulan los derechos y libertades. Pero no es menos cierto que ello supone una muy reducida parte de su trabajo en esta materia y que, por otra parte, incluso en los procedimientos legislativos el control es núcleo de la actividad parlamentaria¹⁷⁵.

174. Una ajenidad que se traduce en distancia del ciudadano frente a la institución. Al respecto, TORCAL analiza diversas encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (2004, pp. 171-81). Véase también MONTERO GIBERT y RODRIGO, 1990.

175. Para MONTERO GIBERT y GARCÍA MORILLO (1984, p. 18), «Todo esto permite calificar al control parlamentario como el núcleo esencial de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo y al mismo tiempo, como una de las piezas básicas del edificio teórico y constitucional del parlamentarismo». Sobre la función de control, MANZELLA, 1977, pp. 355-366; SANTAOLALLA LÓPEZ, 1984, pp. 198-203; AA VV, 1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Esta concentración de la acción parlamentaria en relación con el control es especialmente intensa en relación con los derechos sociales. Como se ha indicado, éstos se encuentran casi en su totalidad ligados con las políticas públicas desarrolladas por el ejecutivo. Así, los problemas derivados de la gestión cotidiana de la educación o la sanidad van a tener una repercusión notable en el trabajo parlamentario. Y van a tenerla ligados a la acción de control. La gestión precisa para hacer efectivos los derechos sociales proclamados en la Constitución o en los Estatutos de Autonomía ocupa buena parte de la acción de control de una cámara parlamentaria.

No es ésta la única singularidad que define la presencia de los derechos sociales en el Parlamento frente a derechos y libertades de naturaleza distinta. Precisamente, su vinculación con las políticas públicas que en gran parte monopolizan la acción de gobierno introduce una nota que no debe pasarse por alto. Nos referimos a la dificultad de individualizar estos derechos en cuanto derechos. Nos explicamos. En el marco del debate sobre la gestión de los servicios necesarios para hacerlos efectivos, la naturaleza última del derecho a la educación o a la salud como derecho fundamental o constitucional, sufre una inevitable erosión. Una erosión que no es sólo filosófica sino que necesariamente trasciende sobre la configuración jurídica del derecho y, sobre todo, sobre su renovación.

Por otra parte, los derechos sociales ofrecen al Parlamento un espacio singularmente propicio tanto para vigorizar la alicaída relación de la institución con los derechos como para reforzar su vinculación con los ciudadanos. Estos derechos son especialmente proclives a la introducción de nuevas técnicas de control, como las relacionadas con la evaluación de la acción del poder ejecutivo o a la creación de foros de relación, debate y reflexión en torno a los mismos que sirvan simultáneamente tanto a su perfeccionamiento como a reforzar la identificación de los ciudadanos con sus instituciones parlamentarias, transmitiéndoles una preocupación objetiva por algunos de los asuntos que mayoritariamente preocupan a la población.

Dos referencias finales sirven para acabar estas líneas introductorias. Por un lado, las consideraciones que se derivan de la labor legislativa del Parlamento en relación con estos derechos. Como se ha señalado, al Parlamento corresponde en primera instancia regular los mismos, estableciendo así el marco normativo de referencia que habrá de ser desarrollado reglamentariamente por el ejecutivo. Y, como también se ha señalado, la función legislativa se diluye en buena medida en función de control en tanto en cuanto el protagonismo del grupo o grupos que soportan al gobierno es determinante durante la tramitación parlamentaria. Sólo en excepcionales circunstancias de gobierno en minoría la cámara puede tener un cierto protagonismo deci-

sorio. Si al gobierno lo respalda una mayoría consolidada, el margen de influencia real del Parlamento será mínimo. Ello no significa que la tramitación legislativa carezca de importancia. La tiene y notable. Pero el prisma desde el que debe ser observada no es del Parlamento como hacedor de la norma sino el del Parlamento como controlador y publicitador de la acción de gobierno. Desde esta premisa, sería necesario adoptar decisiones que reforzasen al Parlamento en lo que realmente es.

Por otra parte, es obligado constatar la existencia en España de dieciocho parlamentos y extraer las consecuencias correspondientes. Desde luego, es éste un dato del mayor interés y que en general modifica la percepción que se pueda tener del Parlamento en un país centralizado. Pues bien, el análisis de la materia propia de esta obra enseña con claridad meridiana la transcendencia que sobre la actividad propiamente parlamentaria tiene la multiplicidad de cámaras parlamentarias. Habrá tiempo y momento de volver a esta circunstancia, de la que se pueden extraer consecuencias del mayor interés para los derechos sociales. En todo caso, debe adelantarse la riqueza y potencialidad que para el desarrollo y mejor prestación de estos derechos tiene la existencia de una pluralidad de órganos parlamentarios con competencias sobre esta materia. La diversidad legislativa dentro del marco constitucional común es una riqueza que necesariamente ha de enriquecer la normativa global de la materia. Por su parte, la proximidad con la gestión de la misma debería reforzar su control. Finalmente, el espacio parlamentario de un Parlamento autonómico se antoja especialmente propicio para la aproximación de los ciudadanos a la acción parlamentaria en relación con estos derechos¹⁷⁶.

4.2. EL CONTROL DE LOS DERECHOS SOCIALES MEDIANTE LOS INSTRUMENTOS CLÁSICOS

Como se ha señalado, el examen del control parlamentario de los derechos sociales pasa en buena parte por el examen del control que el Parlamento ejerce sobre las políticas públicas relacionadas con esos derechos. Desde esta perspectiva, una buena parte de esa actividad de control se desarrollará a través de los instrumentos tradicionales de la actividad parlamentaria, bien de control bien encuadrados en la llamada función de impulso del gobierno. Así, preguntas, interpelaciones, proposiciones no de ley o comparencias, serán instrumento habitual para el control de estos derechos. Junto a estas figuras parlamentarias, pueden citarse otras que pueden califi-

176. *Vid.* AJA FERNÁNDEZ y LARIOS PATERNA, 1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

carse como extraordinarias, tales como las comisiones de investigación o las comisiones de estudio.

En este contexto, es oportuno recordar que, como toda la actividad parlamentaria, el control de los derechos sociales se ejerce en pleno y en comisión. La peculiaridad radica en el hecho de que la ligazón de los derechos sociales con las políticas públicas y, por ende, con las estructuras orgánicas de los gobiernos, acaba provocando que, en casi todos los parlamentos, existan comisiones permanentes dedicadas monográficamente a estos derechos. Así, en casi todos los parlamentos españoles pueden encontrarse comisiones de educación, de sanidad o de asuntos sociales. Desde luego, en otros casos, así cultura, vivienda, políticas de integración de minorías, los derechos no coinciden con la misma claridad con una línea de acción específica de los poderes públicos y su control o bien se ejerce en una comisión de ámbito mayor o están presentes en diversas comisiones.

Cada uno de los instrumentos citados sirve a una forma específica de ejercicio del control por el Parlamento. Hay que recordar que todos ellos son instrumentos clásicos, de honda raigambre en la vida parlamentaria. Ello tiene una lectura positiva y otra negativa. Positiva en tanto su ejercicio arrastra consigo toda la carga que otorga la tradición y la experiencia. Negativa, en cuanto en ocasiones va a quedar en evidencia una cierta anacronía de los mismos. Esta anacronía se refleja, al menos en ocasiones, en falta de agilidad, de flexibilidad y, sobre todo, en la escasa repercusión que su utilización suele tener en los medios de comunicación social y, con ello, en la opinión pública.

Finalmente, antes de comenzar su análisis singularizado, es preciso realizar una nueva referencia a la relación territorial de los distintos parlamentos españoles. La descentralización política del poder en España tiene un notable reflejo sobre los derechos sociales. Casi todas las materias, sino todas, ligadas a éstos son competencia de las Comunidades Autónomas, al menos en desarrollo legislativo y gestión. Y estudiando el control de estos derechos el dato a retener es que la competencia sobre su gestión es en la totalidad de los supuestos de las Comunidades Autónomas. De esta manera, la primera circunstancia sobre la que llamar la atención es que el control parlamentario sobre los derechos sociales se va a ejercer básicamente en los parlamentos autonómicos. Desde luego, ello no obsta para que los mismos estén presentes también en el debate de las Cortes Generales. Pero, necesariamente, habrán de estarlo desde un prisma más genérico y menos concreto. Las incidencias cotidianas sobre la salud y ejercicio de estos derechos forzosamente tendrán su sede en los diecisiete parlamentos autonómicos.

El análisis de cada uno de los instrumentos parlamentarios citados

puede realizarse, siguiendo la tradición parlamentaria, de acuerdo con su adscripción a la información, al control o a la orientación política. En todo caso, debe advertirse que esta distinción no deja de ser relativa. Como se señaló en su momento, la actividad del Parlamento, y, desde luego, el conjunto de la actividad de los grupos parlamentarios que no apoyan al gobierno, es una actividad de control¹⁷⁷. Así, toda su actividad dirigida a recabar información tendrá una función instrumental respecto de un control posterior de la acción de gobierno. Por otra parte, cualquier acción de impulso de la acción de gobierno realizada desde los grupos de la oposición está forzosamente teñida de una acción de control. De control de una acción o de control de una omisión. En puridad sólo la actividad parlamentaria desplegada por los grupos que apoyan al gobierno puede considerarse en sentido estricto ejercicio de función de impulso u orientación política.

4.2.1. Los instrumentos ordinarios de control parlamentario

A. *La pregunta*

De acuerdo con lo indicado, la pregunta es el típico instrumento parlamentario para recabar información. Sin embargo, existe una importante diferencia entre la pregunta oral y la pregunta escrita. La pregunta oral puede considerarse más próxima al control mientras que la pregunta escrita es, básicamente, un instrumento de información, aunque, desde luego, también sirva al control y no sólo de forma instrumental. La importancia de la pregunta oral como instrumento de control queda reflejada en las preguntas orales realizadas al Presidente del gobierno en las Cortes Generales o a los presidentes autonómicos en los correspondientes parlamentos. En todo caso, hay que subrayar la ineludible vinculación entre información y control. A nadie escapa que sin información no hay control. En una materia tan propicia para la objetivación del control como los derechos sociales, disponer de una adecuada información, se hace imprescindible¹⁷⁸.

B. *La interpelación*

Por su parte, la interpelación es ya de lleno un instrumento de control.

177. Así, SÁNCHEZ DE DIOS (2002, pp. 102-103) estima que «Cuando queremos determinar el contenido de lo que es el control parlamentario nos enfrentamos a un problema de ambigüedad», y subraya que el control parlamentario supone básicamente obtener información; hacer propuestas para orientar al Gobierno; y sancionar la acción de gobierno bien mediante crítica bien mediante la responsabilidad. Esta enumeración, que puede considerarse representativa, al menos de un concepto amplio de control, es elocuente de la diversidad de las cuestiones que se engloban bajo el epígrafe control.
178. Sobre la vinculación entre información parlamentaria y control, AGUIAR de LUQUE, 1997, p. 79.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Mediante la misma, un diputado, normalmente perteneciente a un grupo parlamentario de la oposición, interroga a un miembro del gobierno por una acción de éste, originándose un largo debate. Consecuencia de la interpelación puede ser una moción, normalmente de contenido crítico para el gobierno y que se debate por separado. La interpelación es hoy el instrumento más ágil del debate parlamentario y, seguramente, el más eficaz para el control. En función de la interpretación que realicen los órganos de gobierno de los parlamentos, un problema reglamentario obstaculiza a veces la eficacia de este instrumento. Los reglamentos suelen señalar que las interpelaciones deben referirse a cuestiones de política general. Una interpretación estricta de esta dicción haría posible una interpelación genérica sobre la política sanitaria de la Comunidad Autónoma de Aragón o sobre la educación en Cataluña pero impediría que se debatiese, a través de este instrumento, una huelga en el sector, las deficiencias en un centro determinado o una crisis concreta. La interpelación como instrumento de control que es debiera dar cabida a todas aquellas cuestiones que deseen ser planteadas por un diputado. Entenderla restringida al ámbito de grandes cuestiones generales es derivarla más a una función de impulso de la acción de gobierno. En este sentido, sería conveniente propiciar reformas reglamentarias que estableciesen con claridad la libertad de contenidos susceptibles de interpelación. Desde el punto del control de los derechos sociales, se trata del instrumento más eficaz y que mejor permite un seguimiento con detenimiento de la acción de gobierno. Además, su agilidad puede favorecer su recepción por la opinión pública. Finalmente, la posibilidad de proponer una moción subsiguiente obliga a los distintos grupos de la cámara a pronunciarse en concreto sobre la materia debatida.

C. Las comparecencias

La referencia a los instrumentos de control ordinarios se completaría con las comparecencias de consejeros y autoridades. Las mismas pueden tener tanto una función de control como de información o impulso de la acción de gobierno. En realidad, una comparecencia es siempre y simultáneamente, información, control e impulso. Las palabras del consejero o autoridad proporcionan necesariamente información, los grupos de la oposición sólo por el hecho de intervenir controlan y los del gobierno aprovecharán para impulsar la acción de gobierno. Pero solicitadas por la oposición, emergen como un contundente y muy notable instrumento de control. Pueden celebrarse ante pleno o comisión. En relación con los derechos sociales, será habitual que se celebren en la correspondiente comisión permanente, con la excepción de aquellas ocasiones en las que el tema objeto de la compare-

cencia sea de una especial relevancia política, en cuyo caso se derivará al Pleno.

D. Las proposiciones no de ley

La proposición no de ley es otro de los instrumentos parlamentarios que suelen utilizarse en relación con los derechos sociales. Se trata de declaraciones de la cámara normalmente impulsando la acción del gobierno en un sentido determinado. Por ello, se trata del instrumento de orientación o impulso del gobierno por definición. Dada la amplitud de las políticas concernidas por los derechos sociales, son muchas las proposiciones que tienen como contenido a los mismos. El problema de estos textos es que su cumplimiento apenas es controlado por el Parlamento. Una vez aprobadas, la cámara suele desentenderse de las mismas y el gobierno no se considera obligado a dar cuenta de su cumplimiento. Por ello, en la actualidad, aunque muy abundante, es un instrumento escasamente efectivo y de muy pequeña repercusión pública. Sólo con importantes cambios en su regulación podría convertirse la proposición no de ley en un instrumento eficaz y de utilidad para la institución parlamentaria.

4.2.2. Los instrumentos extraordinarios de control

A. La comisión de investigación

Entre los instrumentos extraordinarios de control, merece una cita especial la comisión de investigación. Es éste el instrumento, al menos en teoría, más significativo que posee el Parlamento para ejercer el control de la acción de gobierno¹⁷⁹. La repercusión pública de la creación de una comisión de investigación, incluso el desarrollo de sus trabajos, despierta una expectación desacostumbrada alrededor de la vida parlamentaria. El mero hecho de solicitar la constitución de una comisión de estas características presupone la existencia de un problema para el gobierno. Así, la negativa a su creación, siempre posible para la mayoría, no deja de tener un elevado coste político. En principio, no es el instrumento habitual para el control de los derechos sociales. Sólo circunstancias extraordinarias alrededor de los mismos pueden provocar la creación de una comisión de investigación. Además, normalmente no estará tanto referida al ejercicio de esos derechos como a circunstancias concurrentes con los mismos pero en sentido estricto ajenas a su ejercicio por los ciudadanos, como problemas en relación con la contratación de la construcción de centros escolares o al destino de los fondos dedica-

179. Sobre las comisiones de investigación en el derecho español, MEDINA RUBIO, 1994 y TORRES MURO, 1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dos a la construcción de viviendas sociales. En todo caso, la encuesta realizada entre los distintos parlamentos autonómicos aporta el dato de la no utilización de este instrumento en relación con derechos sociales.

B. La comisión de estudio

Mención especial merecen las denominadas comisiones de estudio. Se trata de comisiones no permanentes creadas para el estudio de una cuestión determinada como la seguridad vial, el dopaje en el deporte, el mapa universitario en una Comunidad Autónoma, etc. Se insertan en la que bien puede denominarse función de estudio del Parlamento. En su seno el Parlamento somete a debate y consulta de los máximos especialistas una cuestión de actualidad para concluir en un dictamen elaborado por todas las fuerzas políticas y sobre el que suele haber un alto grado de consenso. Precisamente, ésta es una de las ventajas de este instrumento parlamentario. Sustraído al debate político más inminente, los dictámenes de la comisión de estudio tienen la virtud de ofrecer a la sociedad un parecer consensuado y plural sobre temas del mayor interés social. Además, estas comisiones a las que son invitados los más significativos expertos en la materia, son también una importante vía de comunicación y participación social. Desgraciadamente, muy importantes trabajos realizados por las Cortes Generales, especialmente por el Senado, y por los parlamentos autonómicos no han tenido la repercusión que era de esperar.

En todo caso, la comisión de estudio se presenta como uno de los instrumentos parlamentarios más útiles para el desarrollo de una concepción amplia del control de los derechos sociales. Efectivamente, mediante estas comisiones se puede debatir serenamente un problema y buscar las soluciones correspondientes. Además, su apertura a los distintos estamentos sociales permite hacer presente en el Parlamento una voz necesaria. Es una oportunidad inmejorable para ciudadanos y asociaciones de expresar su opinión y de plantear posibles soluciones. De hecho, la citada encuesta aporta como dato que la comisión de estudio es el instrumento parlamentario más útil en relación con un análisis pormenorizado de la situación de los derechos sociales, así como para su impulso. Así, la ponencia especial creada en el Parlamento Vasco sobre servicios sociales; las comisiones de estudio sobre emigración, mujer o juventud creadas en el Parlamento de Galicia; o la comisión especial de estudio sobre estudios universitarios, creada en las Cortes de Aragón¹⁸⁰

Ahora bien, su labor debe ser en todo caso completada por su adecuada

180. En relación con la actividad del Parlamento gallego, puede verse SARMIENTO MÉNDEZ, 2002 y 2005.

divulgación. Sin ésta, el resultado de estos trabajos pierde gran parte de su valor. Por otra parte, el reforzamiento de estas comisiones, una adecuada programación de sus trabajos, podría también tener en cuenta las inquietudes sociales en una interactividad a la que el Parlamento parece necesariamente abocado. Así, la institución parlamentaria podría abrir canales de sugerencias sobre la creación de estas comisiones o incluso mecanismos para que el impulso ciudadano habilite su creación. No es difícil predecir que los derechos sociales y todo aquello que los rodea sería uno de los objetos más recurrentes de estas comisiones. Desde luego, ello debe enmarcarse en la necesaria reforma de la institución parlamentaria, buscando un Parlamento más ágil, directo y mejor relacionado con la sociedad que representa.

El control de los derechos sociales, como en general toda la actividad de control del Parlamento, pasa por una adecuada política de comunicación de la actividad parlamentaria. El Parlamento es todavía deudor de una historia claramente deficitaria en cuanto a política de comunicación. Las carencias denunciadas en relación con los trabajos de las comisiones de estudio son perfectamente generalizables a la práctica totalidad de los trabajos parlamentarios. Esta carencia afecta fundamentalmente a la función de control. No existe control posible si no hay divulgación del mismo, si lo dicho y denunciado en el Parlamento no tiene la correspondiente repercusión social. Por ello es fundamental que desde la institución se promueva una eficaz política de comunicación y de relación con los medios al objeto de divulgar la actividad de los diputados y de los grupos parlamentarios. Desde luego, hoy esa política de comunicación debe tomar en consideración, y en lugar preferente, la información ofrecida desde la página web de la institución parlamentaria.

Hay que insistir en la importancia de la diversificación del control parlamentario de los derechos sociales por mor de la existencia de los parlamentos autonómicos. En este aspecto, la descentralización ofrece ventajas indudables. La existencia de diecisiete cámaras autonómicas con competencia para controlar unas políticas descentralizadas permite hacer llegar el control donde no sería pensable en el supuesto de concentrarse toda la acción política en un solo Parlamento. Se trata de una ventaja que debe ser aprovechada. Ello supone adecuar el ejercicio del control a la misma. Así, por ejemplo, el escenario descentralizado debería permitir un detalle en el control impensable en otras circunstancias. O favorecer la interpretación amplia de la utilización de instrumentos como la interpelación o el impulso de otros como la comisión de estudio. Por otra parte, esta diversificación favorece notablemente tanto la participación social como la posible receptividad del ejercicio del control. En este sentido, es de hacer notar que las diferencias

entre un Parlamento autonómico y el Parlamento nacional juegan claramente a favor de estos últimos. Así, a los diputados autonómicos les es mucho más sencillo hacer conocedores a sus electores de su labor de control o de intentar hacerlos partícipes de la dinámica parlamentaria.

4.3. LOS ÓRGANOS ESPECÍFICOS DE RELACIÓN ENTRE EL PARLAMENTO Y LOS DERECHOS SOCIALES

Como se indicó al principio de este apartado, la relación entre la institución parlamentaria y los derechos fundamentales no es particularmente positiva. Con ello queremos indicar que la reflexión en el seno de la institución parlamentaria sobre los derechos es inexistente o de muy bajo perfil. Por supuesto, éstos tienen una presencia, casi constante, en su actividad. Pero siempre está ligada a la acción de gobierno. Precisamente por ello, el eje de la presencia de los derechos en el Parlamento serán los derechos sociales y no las libertades públicas, que en rara ocasión obligan a cuestionar la política del poder ejecutivo. Así, lo que no hay es la reflexión teórica sobre el estado y evolución de los derechos. Una vez que han sido legislados, la presencia de derechos y libertades queda relegada al plano de su relación con la gestión gubernamental. Puede decirse que la reflexión corresponde a la academia y no a los políticos. Creo que ello no es así. Si bien la reflexión académica puede considerarse imprescindible, otro tanto sucede con la reflexión desde los distintos grupos políticos. Finalmente, los derechos no son sino garantías en el marco de la relación entre los ciudadanos y el poder. Por ello, la reflexión de las distintas formaciones políticas es imprescindible. Además, el hecho de vivir tiempos de transformación agudiza esta necesidad. Hoy se hace imperiosa una reflexión colectiva sobre el presente de los derechos y libertades hoy reconocidos así como sobre posibles nuevas figuras. La sociedad emergente requiere de una respuesta novedosa desde los derechos. El Parlamento, como representación plural de la sociedad, debería ser actor y escenario principal de esa reflexión.

Sin embargo, ello dista de ser así. La práctica totalidad de las instituciones parlamentarias tienen en su seno una comisión dedicada tradicionalmente a los derechos. Se trata de la comisión de peticiones y derechos humanos. Es un órgano tradicional en la vida parlamentaria donde originariamente se residenciaba el debate sobre las demandas más acuciantes de los ciudadanos así como sobre los derechos constitucionales. En la actualidad, y sin casi excepciones, la actividad de estas comisiones es escasamente relevante y en la mayoría de los casos circunscrita a encauzar la relación de la institución parlamentaria con el Defensor del Pueblo o institución autonómica semejante. Por ello, hoy no es separable el análisis de estas comisiones

del que debe realizarse de la relación entre el Parlamento y el Defensor del Pueblo u órgano asimilado.

Aunque a veces no se repare suficientemente en ello, se trata de una Institución que tiene como guía el control del poder público (para más detalles, *infra*, 5). Y lo tiene desde su relación específica con el Parlamento. Esta vinculación teóricamente notable, se trata en la totalidad de los casos de comisionados parlamentarios, es en la práctica muy desvaída¹⁸¹. El problema se plantea en relación con la pobre situación en la que quedan las cámaras parlamentarias cuando se examina su relación con esta Institución. Puede observarse que, aunque, nominalmente comisionados de las mismas, circunscriben su relación a poco más que la presentación obligada de un informe anual y, en el mejor de los casos, a la presentación voluntaria de informes sobre materias no elegidas por el Parlamento. Incluso, se llega a la paradoja de oír con cierta frecuencia consideraciones críticas sobre su trabajo cuando en el mismo se introducen afirmaciones no complacientes con el poder. Se dice entonces que ésa es una crítica reservada al Parlamento.

Es por ello que a la luz de estas premisas es forzoso revisar, y con urgencia, los parámetros tradicionales de la relación entre los Parlamentos y esta Institución de defensa de los derechos¹⁸². Es preciso integrar la misma con nitidez dentro del trabajo parlamentario. Es preciso hacerlo de forma que la opinión pública sea consciente de que cuando se pronuncia el Defensor del Pueblo se pronuncia el Parlamento. Que la opinión pública sea consciente de que el Parlamento está adecuadamente asesorado en su función diaria de defensa de esos derechos por una Institución como el Defensor del Pueblo.

Dentro del trabajo habitual del Defensor del pueblo, para el Parlamento, y en concreto para los derechos sociales, tienen un especial interés los informes elaborados por esta institución. En efecto, el informe ordinario debería ser la radiografía más significativa elaborada sobre el estado de los derechos.

181. Pueden examinarse, entre otros, los siguientes preceptos reglamentarios: artículos 175-177 del Reglamento del Parlamento de Andalucía; 166 del Reglamento del Parlamento gallego; 212 del Reglamento de las Cortes de Aragón. La legislación que regula estas figuras es la siguiente: Ley 9/1993, de Andalucía, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz; Ley 4/1985, de Aragón, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón; Ley 1/1985, de las Islas Canarias, de 12 de febrero, del Diputado del Común; Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común de Castilla y León; Ley 14/1984, de Cataluña, de 20 de marzo, del Síndico de Greuges; Ley 6/1984, de Galicia, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo; Ley 1/1993, de las Islas Baleares, de 10 de marzo, del Síndico de Greuges de las Islas Baleares, Ley 3/1985, del País Vasco, de 27 de febrero, por la que se crea y regula la Institución del Arateko; Ley 11/1988, de la Comunidad Valenciana, de 26 de diciembre, del Síndico de Agravios.

182. Al respecto, TUDELA ARANDA, 2000, pp. 413-454.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El debate en sede parlamentaria, una ocasión excepcional de reflexionar sobre las carencias y de buscar caminos de rectificación. Pero si el interés del informe anual ordinario está fuera de toda duda, pudiendo convertirse, si hay voluntad para ello, en uno de los debates estrellas del año parlamentario, los informes extraordinarios no ofrecen menos interés. Elaborados de oficio o a instancia del Parlamento, estos informes pueden ser de una extraordinaria utilidad para los derechos sociales. Los mismos se presentan como documentos de inestimable valor para conocer la situación real no ya de un derecho en su conjunto sino de facetas concretas del mismo como educación especial, residencia de ancianos, acceso de los jóvenes a la vivienda, etc. Una correcta articulación de la relación entre el Defensor y el Parlamento permitiría obtener unos réditos excelentes al respecto. Para ello, debe reforzarse esa relación, especialmente en cuanto a la posibilidad de petición de informe por parte de la institución parlamentaria y a la escenificación parlamentaria del informe y de su presentación.

En el marco de estas páginas es forzoso situar la importancia de estos informes en relación con el control parlamentario. Parece evidente que la petición de los correspondientes informes al correspondiente comisionado parlamentario por diputados y grupos parlamentarios emerge como un potente instrumento auxiliar de control, que sería especialmente propicio en materias como los derechos sociales. Sin embargo, la realidad demuestra que prácticamente en ningún caso estos comisionados actúan a instancia de los parlamentarios, al menos a la hora de elaborar un informe. Esta vía podría ser potenciada mediante algunas reformas legislativas y reglamentarias y propiciando el necesario cambio de cultura en la relación entre las dos instituciones. En cualquier caso, la premisa debiera ser la no subordinación de la petición del correspondiente informe a la mayoría parlamentaria.

Las Comisiones de Peticiones y Derechos Humanos, hoy, como se ha dicho, languidecentes, bien podrían asumir como función principal de esta su nueva época la relación diariamente activa con esta Institución. Una relación que sirviese para multiplicar las energías en defensa de los derechos vulnerados y para desarrollar una adecuada política de prevención de necesidades que limitase las insuficiencias derivadas de la acronía entre los cambios sociales y los cambios legales. La relación con el Defensor del Pueblo debe servir al Parlamento para reflexionar detenidamente sobre el déficit que en la defensa cotidiana de los derechos humanos tiene el actual quehacer parlamentario.

En cualquier caso, todo pasa porque el Parlamento asuma con convencimiento que debe cambiar su relación con los derechos, que ésta debe ser mucho más activa. Los derechos sociales ofrecen a la institución parlamenta-

ria un campo extraordinario de acción. Si junto al control ordinario de las políticas públicas vigoriza su presencia como derechos sociales, logrará como efecto inmediato una mayor cercanía a los ciudadanos. Es redundante escuchar que en el Parlamento se debaten cuestiones que no interesan a la mayoría de los ciudadanos. Pocas cosas pueden interesar más a éstos que los derechos sociales. Es verdad que en buena medida tienen ya su espacio en el debate parlamentario. Pero, como se ha dicho, lo tienen más enfocado desde el puro debate político, desde el contraste de la acción de gobierno. Y sin descuidar esta faceta siempre es imprescindible, sería conveniente modificar hábitos en el lenguaje y en la forma de comunicación de la actividad parlamentaria que facilitasen la lectura por los ciudadanos de ese trabajo en clave de derechos que les afectan, en la clave de los derechos que son sostenedores de su estatus de ciudadanía.

4.4. LA RENOVACIÓN NECESARIA DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS SOCIALES Y PARLAMENTO: UN IMPULSO DESDE EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN DE CONTROL

Llegados a este punto es preciso reflexionar sobre las posibles líneas de reforma, aventurar espacios que pudiesen conducir a una mejora de la relación entre el Parlamento y los derechos sociales. El punto de partida común a las propuestas que se plantean es el control parlamentario. Ello no es sólo porque de ello trate este apartado. La razón de radicar las posibles reformas en el control es más profunda. Se encuentra ligada al firme convencimiento de que el Parlamento contemporáneo sólo tiene sentido desde el control. Es el control aquello que le otorga una posición específica en el sistema institucional. Desde luego, el funcionamiento actual de la institución dista de ello. La racionalización extrema de su funcionamiento con un abusivo sometimiento a la regla de la minoría desvirtúa inexorablemente la capacidad de control del Parlamento y, con ello, su fortaleza en el entramado institucional. Así, la renovación y fortalecimiento global de la institución irán parejos a su mejor posicionamiento en relación con el control de la acción de gobierno. Por todo ello, si se quiere una nueva relación entre los derechos y el Parlamento, deberá tomarse como punto de referencia fundamental, aunque no exclusivo, la función de control.

Entre las líneas de reforma que parece necesario emprender, la evaluación legislativa y, en general, de las políticas públicas, ocupa un lugar preferente. No es posible en estas líneas extenderse en esta cuestión. Pero no puede pasarse por alto que si habla de control parlamentario de los derechos sociales, por encima de todas las acciones ya mencionadas, el interés debería centrarse en una omisión, precisamente en la omisión que caracteriza al

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sistema español en relación con la evaluación legislativa y de políticas públicas. En todo caso, el parlamento en España sigue estando ajeno a algo que es desde hace décadas una constante en otros parlamentos de nuestro entorno¹⁸³.

Evaluación legislativa y evaluación de las políticas públicas son terrenos fronterizos. Ambas pueden ser distinguidas pero en todo caso se encuentran íntimamente vinculadas¹⁸⁴. Pero, en lo que aquí importa, en todo caso existe una íntima conexión con el trabajo parlamentario y, en concreto, con el ejercicio de la función de control. En efecto, la evaluación de una política pública no es sino a la postre una forma de controlar su implementación. O, si se quiere, un instrumento imprescindible para el ejercicio de una rigurosa crítica política. Pero si alguien pudiera estimar que esta evaluación escapa del trabajo del parlamento, en todo caso escaparía la evaluación en sí, nunca la utilización de sus resultados, nadie podrá hacerlo en relación con la evaluación legislativa. Parece una obviedad innecesaria reivindicar todavía la necesidad de que el parlamento desarrolla una labor de evaluación de las leyes que se le someten a su consideración y que, en su caso aprueba. Evaluación previa, de todos aquellos textos que se presentan en la cámara, al objeto de poder determinar sus virtudes y sus defectos, su necesidad y su viabilidad. Evaluación posterior, porque el parlamento no debería desentenderse de aquel que es todavía su principal producto. Una vez aprobada, la ley sigue su propia vida y el parlamento no vuelve a interesarse por la misma.

La inclusión de adecuados procedimientos de evaluación legislativa¹⁸⁵ se antoja una de las primeras exigencias en la reforma del parlamento español. Ninguna de las dieciocho cámaras existentes en el mismo ha llegado a desarrollar un modelo en este sentido, aunque algún parlamento autonómico al menos ha mostrado cierta sensibilidad sobre este tema¹⁸⁶. Desde luego, una

183. El preámbulo del RD 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba su creación es expresivo de las premisas y requisitos que han provocado la creación de esta Agencia. Así, se señala que la ciudadanía exige como requisito ineludible para intensificar la calidad democrática, mayor transparencia, calidad y eficiencia en la gestión de los servicios y políticas públicas, así como en la utilización de los recursos asignados a las mismas. Por otra parte, se insiste en la relación de la nueva Agencia con un nuevo modelo de gestión pública, delimitado por la búsqueda de una mayor eficacia, eficiencia, competitividad, flexibilidad y responsabilidad gestora.

184. *Vid.* SAINZ MORENO, 2006, p. 20.

185. El denominado análisis de impacto legislativo (RIA, *Regulatory Impact Analysis*) es un método que con sus diversas variantes puede considerarse consolidado. En casi todos los países son diversos los órganos que colaboran en esta tarea, atribuyéndose el parlamento un lugar especial en la misma (KARPEN, 2006, pp. 57 y ss.).

186. Prueba de ello son las jornadas organizadas por el parlamento de Andalucía, en colaboración con Asociación Española de Letrados de Parlamentos, en el 2005 con el título genérico *La evaluación de las leyes* (AA VV, 2006).

reforma de este tipo no es sencilla y habrá de enfrentarse a numerosos problemas de índole técnico, económico y, desde luego, político. La cultura de la responsabilidad y la transparencia no es precisamente dominante en nuestra vida pública y es a estos principios a los que en última instancia sirve la evaluación¹⁸⁷.

En todo caso, debemos ligar la evaluación al supuesto específico del control de los derechos sociales. No hay nada más sencillo. Si una política pública y, por tanto, las leyes que se aprueban para su articulación se presta para el desarrollo de una buena práctica evaluativa, son las relacionadas con los derechos sociales, con derechos de prestación que tienen como destinatario inmediato al ciudadano. Tanto por la necesidad de medir los requisitos financieros como por la de determinar el cumplimiento de los objetivos marcados o por la de transmitir al ciudadano los costes y ventajas inherentes a la ley, la evaluación de estas leyes se antoja esencial. Adicionalmente, la evaluación sería un instrumento disuasorio de la máxima importancia que impediría la aprobación de leyes que poseen gran impacto social pero que luego por carencias presupuestarias o de otra índole apenas pueden ser llevadas a la práctica. Estas leyes, desgraciadamente frecuentes en nuestro país, tienen un coste que trasciende notablemente la decepción individual o la erosión de la credibilidad de la ley para contagiar el daño al sistema. La evaluación es también un notable antídoto frente al legislador aventurero que con demasiada frecuencia se prodiga.

Los ejemplos que pueden ilustrar esta necesidad son numerosos. Apenas una única comisión parlamentaria se ha creado específicamente para el seguimiento de un acuerdo político relacionado con derechos sociales. Se trata de la comisión creada en el Congreso de los Diputados para el seguimiento del llamado Pacto de Toledo sobre el sistema de Seguridad Social. Quizá la transcendencia del tema obligó a los partidos a adoptar esta medida. La otra cara de la moneda la ofrecen leyes de gran transcendencia y repercusión social, como la Ley Orgánica 5/2000, del Menor o la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y atención a Personas en Situación de Dependencia, de 2006. Estos dos textos, aprobados sin una adecuada evaluación y previsión de costes y de distribución de cargas entre las distintas administraciones públicas españolas, han padecido y padecen una vida azarosa que contrasta con la grandilocuencia retórica que acompañó su aprobación. Una buena técnica evaluativa habría sido una ayuda inestimable a la hora de determinar ritmos de aplicación, organismos implicados y, en general, su correcta implementación. Hay que indicar que el ordenamiento jurídico español ofrece asideros

187. *Vid.* SAINZ MORENO, 2006, p. 28 y KARPEN, 2006, p. 59.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

suficientes, desde el mismo artículo 88 CE, para construir un firme sistema evaluativo. No debe dejarse por alto que en el desdoro sufrido por estas cuestiones ha influido una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a lo sumo las ha postergado al debate y crítica política, privándoles de consecuencias políticas¹⁸⁸.

Se ha señalado que tanto la Ley del Menor como la llamada Ley de la Dependencia han tenido entre sus problemas de aplicación, la falta de una adecuada coordinación entre las distintas administraciones públicas y, en concreto, en la administración estatal y la de las comunidades autónomas. Esta reflexión introduce en un problema particular de nuestro sistema político con inmediatas consecuencias en los derechos sociales, ya que en todos ellos las Comunidades Autónomas poseen competencias, sino toda la competencia. Desde esta perspectiva, el primer requisito desde la evaluación debería ser, tanto para el Estado como para las Comunidades Autónomas, el delimitar si les corresponde la competencia y, en su caso, el grado de colaboración necesario con la otra administración. La citada Ley de la dependencia es un ejemplo notable de esto. Es difícil justificar jurídicamente la competencia estatal sobre la misma. Sin embargo, por su trascendencia y por los recursos que exige para su puesta en marcha, puede entenderse un grado determinado de intervención estatal. Lo que no parece conveniente es un procedimiento de elaboración y aprobación como el seguido en el que las comunidades autónomas han sido testigos mudos de una Ley que iban a tener que aplicar en su totalidad y financiar en parte. Desde luego, la inexistencia de una verdadera cámara de representación territorial agudiza este problema. Pero, de momento, una buena técnica evaluativa podría servir para paliarlo.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas, y con ellas sus parlamentos, se encuentran en un momento de la mayor importancia en relación con los derechos sociales. Las Comunidades Autónomas que hasta la fecha han aprobado nuevo Estatuto de Autonomía incorporan al mismo un texto de derechos y libertades lleno de mandatos legislativos en relación con los derechos sociales. Puede decirse que con estos Estatutos se abre una nueva fase legislativa en España en relación con estos derechos. Es, pues, el momento adecuado para reflexionar sobre el procedimiento legislativo que debe regir estas leyes. Entiéndase procedimiento legislativo en sentido amplio. Un procedimiento en el que el control debe ocupar un lugar esencial. Control del parlamento de los excesos verbales del ejecutivo, control por los ciudadanos

188. Así la jurisprudencia establecida en la STC 198/1986, en relación con el valor de los antecedentes que de acuerdo con el artículo de la Constitución debe remitir el gobierno al Congreso acompañando un proyecto de ley.

a través de su participación directa en el procedimiento, control por los correspondientes expertos llamados a pronunciarse sobre los proyectos legislativos, control económico para evitar fuegos de artificio. Y control posterior por parte del parlamento de las nuevas leyes para conocer si han cumplido sus objetivos y cuáles son los problemas detectados que pudieran llegar a hacer necesaria la reforma.

Hay que subrayar la especial posición en la que se encuentran los parlamentos autonómicos para introducir esta técnica. No es sólo, aunque por sí mismo es ya motivo suficiente, que se encuentre ante una etapa fundacional en relación con los derechos estatutarios. Es que un Parlamento autonómico goza de unas naturales ventajas de agilidad y flexibilidad que permiten a la institución y a los sujetos que la integran, diputados y grupos parlamentarios, introducir las mencionadas reformas con mucha mayor facilidad que en un parlamento como las Cortes Generales.

Por supuesto, ello exigirá introducir importantes reformas en el funcionamiento de estos parlamentos. Reformas que no sólo han de modificar notablemente el tradicional procedimiento legislativo, sino que son costosas porque exigen una importante disponibilidad e incorporación de medios¹⁸⁹. Pero sin estos medios el Parlamento no sólo no podrá hacer frente a las exigencias reales en relación con los derechos sociales y otras políticas públicas. Sin esos medios el Parlamento, sencillamente, no puede cumplir eficazmente las funciones que la Constitución y los Estatutos de Autonomía le asignan. En todo caso, lo realmente importante, aquello que ha de condicionar todo, es la voluntad política de actuar de conformidad con las reglas de transparencia, eficiencia y responsabilidad. Una voluntad que debe ser compartida por todos los grupos políticos determinando con claridad las reglas del juego¹⁹⁰.

Junto a la evaluación, el incremento de los procedimientos de participación ciudadana cerca de la institución parlamentaria, se antoja como el otro gran eje de renovación del control parlamentario de los derechos sociales. Y como en la evaluación, el papel de los parlamentos autonómicos se antoja esencial, ya que de nuevo emergen como el foro idóneo para el desarrollo de este nuevo caudal participativo. Pocas materias pueden vincular más al ciudadano con la política que el amplio abanico de los derechos sociales.

189. *Vid.* KARPEN, 2006, p. 59.

190. El importante papel que debe y puede corresponder a los parlamentos no debe ocultar las grandes carencias que tanto en medios como en relación con su forma de funcionamiento, tienen estas instituciones para emprender esta tarea. Sobre esta debilidad advierte KARPEN, 2006, p. 60.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En pocas cuestiones cabrá esperar una llamada positiva a la demanda de participación como en ésta.

Hasta tres momentos parece que podrían ser distinguidos a la hora de articular esta participación. Por una parte, una etapa previa que articulase la recepción de las preocupaciones ciudadanas por los distintos agentes parlamentarios (para más detalles, *infra*, 6.2.2). Junto a los contactos informales ya generalizados en todas las instituciones parlamentarias, cabe pensar en procedimientos que, evitando innecesarias rigideces, alentasen a ciudadanos y grupos sociales a acercarse hasta el parlamento para expresar su parecer y/o petición. La segunda etapa corresponde necesariamente a la fase de tramitación de la correspondiente iniciativa parlamentaria. En este caso, los procedimientos informales, también muy generalizados, son absolutamente insuficientes. Es necesario formalizar procedimientos que aseguren la publicidad y una mínima igualdad de oportunidades. Finalmente, los parlamentos debieran arbitrar instrumentos que permitiesen a ciudadanos y colectivos expresar su parecer sobre la implementación de leyes, planes o programas aprobados por el Parlamento.

No parece necesario señalar que las nuevas tecnologías facilitan de manera extraordinaria la articulación y generalización de estos procedimientos. Como tampoco lo es decir que el único requisito real que hay hoy para su puesta en marcha es la voluntad política de hacerlo. Una voluntad que ha de implicar fundamentalmente a aquellos partidos con opción de gobierno y a todos los diputados que verían su trabajo notablemente incrementado.

Podría decirse que lo señalado no guarda relación necesaria con los derechos sociales y que es predicable de cualquier materia sometida a debate en el parlamento. Ello es cierto. Sin embargo, también lo es, como se ha señalado con anterioridad que estos derechos son una materia especialmente proclive a lograr la implicación ciudadana. Junto a ello, ésta es una materia que necesita de este complemento de control ciudadano. Incluso la evaluación anteriormente citada no podría realizarse sin tomar en consideración qué es lo que opinan los colectivos sociales directamente afectados¹⁹¹. Es cierto que como toda política participativa corre el riesgo de excluir al no participante. Al político, y más concretamente, al parlamentario, le corresponderá observar el adecuado equilibrio entre su condición de representante general y de receptor de una participación específica. Pero nada de ello contrarresta la firme convicción de que el control parlamentario de los derechos sociales mejoraría notablemente si se articulan los cauces necesarios para que los correspondientes colectivos sociales puedan participar del

191. Al respecto, BRONFMAN, 2006, p. 54.

mismo. Desde luego, la legitimidad y representatividad de la cámara, lejos de resultar erosionada, sería una beneficiaria inmediata.

Finalmente, y en relación directa con la participación, hay que subrayar las posibilidades que ofrecen instrumentos ya previstos en nuestro ordenamiento jurídico como la iniciativa legislativa popular o el derecho de petición. En la actualidad se trata de dos instrumentos de democracia semidirecta claramente deteriorados (nuevamente, *infra*, 6.2.2). La iniciativa legislativa popular es un instrumento apenas utilizado ni en el Estado ni en las Comunidades Autónomas. Los numerosos requisitos exigidos para su ejercicio han acabado por ahogarlo. Por otra parte, el derecho de petición permanece en su largo sueño histórico, sin que la renovación de su regulación haya cambiado gran cosa la situación anterior. Pero esta situación puede ser cambiada. La iniciativa legislativa popular, con cambios relevantes en su regulación, eso sí, podría ser un instrumento importante, al menos de incidencia en la agenda parlamentaria. Por su parte, el derecho de petición tiene precisamente en el Parlamento un foro especialmente propicio para su renovación. Como instrumentos de participación se antoja, especialmente el derecho de petición como cauces de gran utilidad en relación con los derechos sociales. Su simple ejercicio cerca del parlamento introduce una dosis de control no desdeñable. Con el auxilio de las nuevas tecnologías, es posible dar una repercusión y publicidad a esos instrumentos que fortalezca esta condición auxiliar del control parlamentario¹⁹².

Pueden concluirse estas páginas subrayando como el estudio del control por el Parlamento de los derechos sociales expone con crudeza las carencias del Parlamento en nuestro País. Desde luego, éstas son muchas más y sobrepasan el ámbito de esta obra. Pero el análisis de una materia tan cercana y sensible a los ciudadanos sirve para poner de relieve las profundas carencias y contradicciones de unas instituciones que siguen funcionando con hábitos heredados ya viejos. Los derechos sociales ofrecen al parlamento un ámbito de coincidencia con el ciudadano, una oportunidad excelente de romper distancias y mitos como el de la ajenidad de la política. Como se dijo, el desarrollo legislativo de las cartas de derechos sociales de los nuevos Estatutos de Autonomía, ofrece una oportunidad excelente para hacer las cosas de manera diferente. En realidad, no se trata y no debiera verse así, de una oportunidad. Es una exigencia. Una exigencia callada pero no por ello menos nítida de la ciudadanía. Pero ante todo una exigencia institucional, la exigencia de encontrar el lugar pertinente en el nuevo modelo social.

192. Sobre la consideración del derecho de petición como instrumento de control, GUIRÓN REGUERA, 2002 y MONTIEL MÁRQUEZ, 2000. Sobre la posible influencia de las nuevas tecnologías en su desarrollo, TUDELA ÁRANDA, 2003, pp. 97-116.

5. DEFENSORES DEL PUEBLO*

La garantía de los derechos por los Defensores del Pueblo (nacional, autonómico o municipal¹⁹³) es una de las más útiles en materia de DFSP, sobre todo porque carece de los inconvenientes, que ya conocemos, que aquejan a la garantía judicial y porque se adapta muy bien a las peculiaridades de esta categoría de derechos¹⁹⁴. No es éste el momento de exponer en detalle lo específico de esta técnica de protección¹⁹⁵, bastando a nuestros efectos con recordar lo siguiente:

1. El procedimiento de queja es gratuito, informal y rápido (el Defensor contesta con celeridad a las quejas de los ciudadanos y pone de inmediato en marcha la mediación con la Administración), lo que contrasta llamativamente con la situación actual de nuestros tribunales. Asimismo, debe destacarse que la informalidad del procedimiento permite abrir la Institución a la participación de los colectivos interesados, fuera de las limitaciones que al respecto imponen en el ámbito administrativo la LPC y en el proceso contencioso-administrativo la LJCA. Esta circunstancia favorece el necesario debate público en materia de DFSP (*supra*, IV, 4.4).

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

193. Además del Defensor del Pueblo de ámbito nacional, regulado en el art. 54 CE y en la LO 3/1982, se cuenta con figuras homólogas (para el control, sobre todo, de la Administración autonómica, como sabemos, esencial para el otorgamiento de muchas de las prestaciones de DFSP) en las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Galicia, La Rioja, Murcia, Navarra, País Vasco y Valenciana. Asimismo, existen Defensores del Pueblo en muchos municipios, pero no en todos los casos responden a la naturaleza del Ombudsman (independencia, control de la Administración y garantía de derechos fundamentales). El análisis de las páginas que siguen se centra en el Defensor nacional pero nuestras consideraciones son íntegramente aplicables a los Defensores autonómicos y municipales. Para una perspectiva aún más amplia, en relación con la temática que aquí abordamos, ESCOBAR ROCA, 2009.
194. En general, resulta de gran interés el manual de la OACNUDH, 2004, esp. pp. 45 y ss. La OACNUDH propone tres ámbitos de trabajo del *Ombudsman* en derechos sociales: investigación de denuncias (en nuestro Derecho, resolución de quejas), vigilancia (que vendría a coincidir con la emisión de informes por el Defensor del Pueblo español) y promoción. Esta última forma de actuación (no prevista en nuestro Derecho pero que sin duda resulta posible) es muy interesante pero ha sido poco desarrollada en España. No insistiremos aquí sobre ella, no tanto por esta coyuntura (que en todo caso puede cambiar) sino por la dificultad de hablar sobre ella en términos jurídicos.
195. Para más detalles, ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 167-191 y la bibliografía allí citada. Para un análisis exhaustivo de la institución en el Derecho comparado, la obra más completa es CONSTENLA, 2010; para una amplia descripción de sus funciones, esp. pp. 282 y ss.

2. La garantía de los derechos va más allá de lo estrictamente jurídico. Por ello, nos encontramos ante un órgano de tutela simultáneamente de derechos humanos y de derechos fundamentales. Los artículos 23 y 28.2 LODP (que aluden, respectivamente, al control del «abuso, arbitrariedad, error, negligencia u omisión» de los poderes públicos y de las «situaciones injustas o perjudiciales para los administrados») y sobre todo la práctica de la Institución caminan claramente en esta dirección, especialmente fructífera en materia de DFSP. Como sabemos, los DFSP se mueven a veces en una difusa zona fronteriza entre lo estrictamente jurídico y lo político y moral (*supra*, IV, 4.2.4), entre lo nacional y lo internacional¹⁹⁶, y el Defensor atiende bien esta peculiaridad, ajena a la mentalidad judicial.
3. El sujeto controlado es sobre todo la Administración (entendida en sentido amplio¹⁹⁷) pero también hay controles al Parlamento, pues cabe la presentación de recursos de inconstitucionalidad y sobre todo la formulación de recomendaciones de modificación legislativa (art. 28.2 LODP). Muchas veces la vulneración de los DFSP trae causa de la ley (o de la ausencia de ley) y el control del Parlamento está reservado a la jurisdicción constitucional, la cual se muestra poco contundente en esta tarea (*supra*, 3.7.3): en la práctica ha prevalecido la tesis de los votos particulares a la STC 53/1985, reticente a la formulación de recomendaciones al legislador. El Defensor cubre bien esta laguna del control del legislador.
4. La forma típica de garantía de derechos es la recomendación. No se puede forzar al obligado por el DFSP a actuar (va en la naturaleza del Ombudsman la naturaleza persuasiva y no coactiva de sus actuaciones) pero a veces se logra más convenciendo (por ello, como veremos, una buena argumentación resulta esencial) que imponiendo (recordemos las dificultades que a veces encuentran los ciudadanos para que la Administración ejecute las sentencias). Téngase en cuenta además un dato fundamental: las recomendaciones pueden ser particulares, dirigidas a lograr la satisfacción de los intereses de un ciudadano concreto (garantía subjetiva) pero también (un nuevo contraste con la tónica dominante en el proceso judicial) generales, destinadas a solucionar el problema en un nivel más amplio (garantía objetiva): cuando el Defensor constata, tras atender una diversidad de quejas individuales similares, una queja colectiva o tras iniciar una de oficio

196. Para más detalles y propuestas sobre el papel del Ombudsman en la garantía de los derechos de Derecho internacional, ESCOBAR ROCA, 2008.

197. Para más detalles, ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 233-235.

(una nueva diferencia con los tribunales), que existe una vulneración estructural de un DFSP, eleva al órgano competente una recomendación general destinada a solucionar el problema¹⁹⁸.

5. La peculiar posición jurídica del Defensor, no sujeto al principio de vinculación positiva a la ley (pues no es Administración), le permite completar la garantía de los DFSP realizada en los procedimientos de queja con otras fórmulas menos institucionalizadas pero sumamente útiles, como la promoción de los derechos, sirviendo así de útil cauce de comunicación entre la ciudadanía y el Estado, reforzando las garantías sociales de los DFSP, a la que nos referiremos en el apartado siguiente de este mismo capítulo.

Las recomendaciones del Defensor del Pueblo adoptan cinco formas básicas. Expondremos un ejemplo de utilización de cada una de ellas como técnica de garantía de DFSP, destacando a la vez algunos puntos críticos:

1. Aplicación de una norma que aparentemente no plantea problemas interpretativos. Un limitado (estadísticamente hablando) número de recomendaciones¹⁹⁹ se limita a recordar al obligado del DFSP que se aplique una norma, sin que aparentemente se planteen especiales problemas sobre la interpretación de la misma. Nos encontramos así ante un problema de eficacia del Derecho: existe una norma válida, útil para la protección de los derechos, pero que no se cumple. El Defensor actúa en estos casos al modo de las *Regulatory Agencies*, definidas como «órganos diseñados para el control y eficacia de las normas en materias de interés social y para informar y recibir propuestas», y ello, entre otras cosas, mediante el asesoramiento a la Administración, la información sobre la situación, obstáculos y remedios en torno a la eficacia de las normas, la advertencia y prevención sobre posibles incumplimientos y, en su caso, la sanción (en el sentido amplio del término) a los infractores²⁰⁰.

198. Hay ejemplos para todos los DFSP, pero donde más clara queda esta perspectiva (de lo particular a lo general) es quizás en relación con el derecho a la salud; *vid.*, últimamente, las Recomendaciones 28/2009 (listas de espera), 111/2009 (transporte sanitario en caso de urgencia) y 92/2010 (tarjeta sanitaria).

199. Téngase en cuenta que en estos casos cuadra mejor la fórmula del recordatorio de deberes legales. Sin embargo, con frecuencia en las recomendaciones se incluyen también, en la práctica y materialmente, este tipo de recordatorios.

200. La definición corresponde a SORIANO, 1997, p. 410. La crítica general de SORIANO a la eficacia real de estas agencias, paradójicamente creadas para paliar los problemas de eficacia de las normas, resultan aplicables a nuestro país: la Ley 28/2006, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, nació ya coja, pues si se mira bien, su objetivo no es exactamente el propio de las típicas *Regulatory Agencies*, al menos en los términos descritos por SORIANO. Por cierto, llama la atención que este autor no incluya en su análisis de los instrumentos de control de la ineficacia

Como decíamos, este tipo de supuestos son poco habituales, pues normalmente la aplicación de una norma va acompañada de su previa interpretación²⁰¹ y si la Administración no cumplió la norma es porque interpretó que no procedía su aplicación. Además, como después veremos, una buena parte de las recomendaciones del Defensor instando a la Administración a actuar (que son la mayoría) no apoyan su argumentación en normas claras y contundentes, esto es, no fundan directamente su razonamiento en el incumplimiento de una norma.

Como ejemplo de este primer tipo de supuestos puede citarse la Recomendación 68/2008. Parte de un problema individual (la queja de la propietaria de una vivienda situada a escasos metros de una autovía, por el ruido padecido) pero eleva una recomendación general al Ministerio de Fomento, para evitar que en el futuro se produzcan situaciones similares. Enfatiza bien la afectación a los derechos al medio ambiente y a la vivienda, citando los artículos 45 y 47 CE (pero sin realizar consideraciones previas sobre el contenido de ninguno de estos derechos), y hace amplia alusión a la normativa aplicable en materia de carreteras, ruido y otras afines. Quizás la amplitud de referencias resulta excesiva (a veces los árboles no dejan ver el bosque) y hubiera sido preferible citar lo esencial, incluso literalmente, para evitar al lector la búsqueda en las bases de datos de legislación. Extrañamente, la norma aquí clave²⁰² no se cita, lo que hubiera sido

de las normas al Defensor, institución ésta que podría resultar clave en este ámbito, si la Administración tomara más en serio los documentos emitidos por ella. En este orden de consideraciones, resulta significativo que nunca se haya dado cumplimiento a la moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 2 de octubre de 1995, en la que se instaba al Gobierno a promover reformas legislativas para que en el futuro el propio Gobierno diera «contestación escrita en documento único» al informe anual del Defensor, «a efectos de servir de referencia para el seguimiento por los Grupos Parlamentarios de cuál es la posición política del Gobierno respecto de las sugerencias, recomendaciones y recordatorios formulados por el Defensor del Pueblo en ese Informe anual y de las valoraciones que de aquéllas se desprenden».

201. El principio *in claris non fit interpretatio* resulta de aplicación excepcional. Es decir, casi siempre para aplicar una norma hay que interpretarla antes. Por todos, sirva el clásico: Kelsen, 1998, p. 349.
202. A nuestro juicio, se trata del art. 18.2 de la Ley 37/2003, del Ruido, en cuya virtud «Las Administraciones públicas competentes *asegurarán* que: a) Se adopten todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación acústica [...] b) No se supere ningún valor límite aplicable sin perjuicio de lo dispuesto en materia de servidumbres acústicas». Es importante destacar que el precepto se refiere al futuro otorgamiento de autorizaciones, en nuestro caso para la construcción de una autovía. Para las autorizaciones ya otorgadas (éste parece ser el supuesto de la queja presentada al DP) rige más bien el art. 18.3: «El contenido de las autorizaciones [...] *podrá*

deseable. Concluye el Defensor recomendando a la Administración de carreteras, entre otras cosas, que «adopte las medidas de previsión, reducción de la contaminación acústica y cobertura de daños y prejuicios, por ser obligatorio como titular de la carretera de su competencia por mandatos constitucionales y legales». Como se advierte, el Defensor no se plantea aquí ningún problema interpretativo. Sin embargo, como hemos demostrado en la cita de la Ley 37/2003, algunas dudas interpretativas puede haber, y en todo caso la transformación de una obligación administrativa en contenido de un derecho fundamental exige una argumentación adicional, esto es, una interpretación²⁰³.

2. Interpretación de una norma en un sentido diferente al realizado por la Administración. Se trata del grupo de supuestos más significativo, desde el punto de vista de la determinación del contenido de los derechos. Este grupo de recomendaciones nos parece especialmente relevante, por cuanto demuestra algo importante, que el Defensor no es sólo una Institución de garantía sino también de definición de los derechos.

A título de ejemplo, veamos la Recomendación 1/2008, en materia de salario justo, como parte del contenido del derecho al trabajo. El Defensor destaca la diversidad en la solución jurisprudencial otorgada al problema de las diferencias retributivas por razones geográficas. El artículo 8.1.d) del Real Decreto 1909/2000 puede ser interpretado de dos maneras y para el Defensor la interpretación realizada por la Consejería de Justicia no es correcta, por vulneradora, al parecer (la recomendación no es contundente en este punto), del derecho a la igualdad. En su recomendación, el Defensor utiliza la seguridad jurídica como argumento complementario. Interesa destacar el uso expreso del principio de interpretación de las normas de conformidad con la CE (art. 5.1 LOPJ): «en la medida en que deben [...] prevenirse interpretaciones opuestas entre sí, que ponen en riesgo el principio de seguridad jurídica, [...] se recomienda [...] una interpretación normativa armonizadora y, por lo tanto, más favorable al derecho de todos los funcionarios destinados en la Fiscalía de las localidades [...] distintas de la capital, a recibir iguales complementos retributivos».

revisarse [...] a efectos de adaptarlas a las reducciones de los valores límite». Nótese las cursivas (evidentemente, nuestras, GE): «asegurarán» (obligación) frente a «podrá» (habilitación).

203. Así, para este tema, ESCOBAR ROCA, 2008, esp. pp. 153-154.

3. Realización de un acto administrativo material sin fundamento normativo claro. Seguramente el número mayor de recomendaciones corresponde a esta categoría, de las estudiadas hasta ahora la primera que responde a la singularidad de la tarea de protección de los derechos realizada por la Institución. Frente a la respuesta mayoritaria a los problemas de derechos residenciados en los tribunales contencioso-administrativos (obligaciones de abstención, anulando normas o actos), el DP se ocupa preferentemente, en la práctica, de problemas de prestación, revelándose en consecuencia como una Institución clave para la efectividad de los DFSP. En efecto, son muy frecuentes las recomendaciones que concluyen solicitando a la Administración actuaciones positivas, entre las cuales ocupan un papel importante las prestaciones asociadas a DFSP. No es aquí, sin embargo, donde se muestra la singularidad del Defensor (de momento, sólo hemos hablado de una cuestión estadística, pues es obvio que también los tribunales contencioso-administrativos pueden imponer obligaciones de hacer, *supra*, 3.3 y 3.6), sino en la forma de argumentar a favor de la existencia de una obligación administrativa de actuar: normalmente el Defensor no cita normas jurídicas claras y contundentes sino que se queda en la apelación genérica, en el mejor de los casos, al reconocimiento constitucional de un derecho. Si esto es así, el Defensor también interpreta, ahora sin decirlo, al menos, la Constitución, pues ninguna duda cabe de que al afirmar que una obligación deriva de un derecho se está interpretando la norma constitucional que lo reconoce. Este modo de argumentar es jurídicamente correcto, aunque dogmáticamente perfectible, como después veremos.

La Recomendación 14/2008 plantea un problema de medios personales y materiales en la protección de menores. Cita diversas normas legales (para defender su inaplicabilidad) pero al final apoya su argumentación en una renovadora (de ahí lo relevante del caso) interpretación del derecho a la igualdad y en la sola cita del artículo 172 CC, que bien podría haber sido sustituido por el artículo 39 CE. Dice el mencionado artículo 172, por lo que aquí interesa, que «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo [...], deberá adoptar las medidas necesarias para su guarda». El problema es el siguiente: una Comunidad Autónoma, que tiene saturados los centros de acogida de menores, cuando se encuentra con menores extranjeros no acompañados, inicia como regla el procedimiento para su repatriación. Más que un

problema estrictamente jurídico, se trata de una opción por uno u otro sistema de protección de menores. En realidad, el CC aclara poco sobre la opción a seguir y su cita era seguramente innecesaria. Más adecuada es la interpretación que el Defensor propone del derecho a la igualdad, en términos de derecho a la diferenciación (*supra*, III, 2.3.8): «El principio de no discriminación no excluye, e incluso puede exigir, la diferenciación entre unos menores y otros, siempre que esa diferenciación encuentre su fundamento en las necesidades especiales (por mayores) de protección». Y más adelante: «en el caso de los menores extranjeros la reunificación familiar, como en el caso de los menores nacionales, puede ser o no la solución idónea, siendo imprescindible llevar a cabo un trabajo individualizado para determinar lo adecuado», para concluir recomendando que «se acuerde declarar el desamparo de los menores extranjeros no acompañados que se encuentren bajo responsabilidad de [la] Administración y que se mantenga éste en tanto no se transfiera la responsabilidad a otra autoridad, se produzca la reagrupación familiar o alcance el interesado la mayoría de edad». Como se advierte, la recomendación diluye en parte lo más interesante de la argumentación anterior, a saber, el deber de la Administración de analizar primero y atender después a las necesidades específicas de cada menor extranjero no acompañado.

4. Modificación de una norma. Con esta y la siguiente categoría llegamos finalmente a las formas de tutela de derechos exclusivas del Defensor: ningún otro órgano del Estado ejerce con tanta naturalidad y permanencia su competencia expresa para sugerir a los demás órganos una modificación normativa²⁰⁴ para la mejor garantía de los derechos fundamentales. Se pone aquí de manifiesto de forma más clara una de las principales virtualidades de la Institución: la garantía objetiva o colectiva de los derechos, yendo así más allá de la función típica de los tribunales, normalmente circunscrita (más por tradición que por *naturaleza* de la función judicial) a la tutela de posiciones jurídicas individuales. En estos casos el Defensor considera que la mejor solución al problema de afectación de derechos planteado pasa no por la aplicación o interpretación de una norma sino por la modificación normativa o por la creación de una norma nueva.

La Recomendación 57/2008 es un significativo ejemplo de interpreta-

204. Tendríamos también los arts. 20 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, y 109.3 LOPJ, escasamente utilizados, menos aún en relación con los derechos fundamentales.

ción avanzada del derecho de igualdad, en el sentido de derecho a la diferenciación, en esta ocasión en conexión con el mandato a los poderes públicos de protección de las personas con discapacidad del artículo 49 CE. En la práctica, las tarifas aéreas son fijadas libremente por los operadores, sin tener en cuenta las necesidades específicas de este colectivo (p. ej., no suelen fijar tarifas especiales por uso de camilla o asiento especial pero tampoco a favor del acompañante, en muchos casos imprescindible para que la persona con discapacidad pueda desplazarse). En esta ocasión, el Defensor, que se muestra excepcionalmente contundente en el tono de la recomendación, destaca la necesidad de una reforma normativa, pero dejando gran libertad al legislador para ello: «que se estudie la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que promuevan las oportunas modificaciones legislativas [...] con el fin de hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y puedan ejercer su derecho de acceso al transporte aéreo, dado que esta discriminación carece de justificación alguna, por lo que su existencia vulnera²⁰⁵ los artículos 9.2 y 49 de la Constitución [...], incluyendo [a las personas con discapacidad] entre los colectivos desfavorecidos y, por tanto, estableciendo bonificaciones».

5. Creación de una norma nueva. La diferencia entre esta categoría y la anterior es coyuntural y escasamente relevante: depende de la estructura previa del ordenamiento en concreto, lo que puede variar.

Como ejemplo de esta última categoría proponemos la Recomendación 5/2008, que plantea un problema de garantía del derecho a la salud, en concreto relativa al modo de tramitar las reclamaciones administrativas por deficiente asistencia sanitaria a los reclusos. Según la práctica de la Administración penitenciaria, en caso de reclamación, se tiene en cuenta únicamente el informe de los servicios médicos del propio centro penitenciario. Esta realidad es considerada por el Defensor insuficiente para garantizar, aunque sea *a posteriori*, el derecho a la salud de los reclusos, y por ello, para solucionar el problema con carácter general, acaba recomendando al Ministro del Interior «que la investigación de las quejas por supuesta actuación irregular con consecuencias graves de los servicios médicos de los centros penitenciarios sea desarrollada por profesionales no pertenecientes a

205. El empleo del término «vulnera» es poco habitual en las recomendaciones, normalmente redactadas en términos más matizados y cautelosos. Creemos que sería deseable un mayor empleo del concepto de vulneración, al menos en los casos más graves y evidentes.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la plantilla del centro en cuestión, instituyéndose al efecto un protocolo normalizado de actuación interna [una norma reglamentaria, en sentido amplio] dentro de los servicios centrales de la Administración penitenciaria».

Hasta aquí los ejemplos de recomendaciones y de su aplicación a los DFSP. La argumentación desplegada por el Defensor resulta de gran interés, por cuanto se muestra mucho más abierta que la jurisprudencia en la utilización de las técnicas de garantía de los DFSP propuestas por la doctrina más avanzada²⁰⁶: la lectura de las recomendaciones del Defensor pone de manifiesto, entre otras cosas, la apertura del catálogo de los derechos (se garantizan figuras que no siempre cuentan con reconocimiento expreso en la CE), la ruptura de la separación entre derechos de defensa y derechos de prestación (se acepta en la práctica el principio de la indivisibilidad), la ampliación de los círculos de titulares (particularmente presente en la garantía de los derechos de los extranjeros y de los grupos desfavorecidos, llegando a reconocer en ocasiones, como ya vimos, un derecho fundamental a la igualdad material) y obligados de los derechos y la fuerte apuesta por la garantía administrativa de los derechos, llegando incluso a configurar, en la práctica, una suerte de derecho fundamental a la buena administración.

A modo de síntesis de la peculiar garantía de los DFSP por el Defensor del Pueblo, cabe señalar que los aspectos positivos son sin duda los dominantes (si el Defensor no existiera, habría que crearlo, y siempre serán útiles los esfuerzos del Parlamento y de la Administración en incrementar sus medios personales y materiales, y sobre todo, en hacer un uso más frecuente de los documentos emanados de la Institución) y creemos que han sido suficientemente destacados en las consideraciones y ejemplos anteriores. En este punto y para concluir de forma breve, conviene destacar únicamente los aspectos negativos (que son los menos), con la intención de esbozar algunas propuestas constructivas de futuro, que en nuestra modesta opinión, coadyuvarían a mejorar la tarea de garantía de los DFSP desarrollada por el Defensor. En síntesis, los señalados aspectos negativos se reducen a un relativo déficit de argumentación, y esto resulta aquí de gran trascendencia: como es sabido, el Defensor apoya la eficacia de su labor (léase, el mayor cumplimiento de sus recomendaciones) no en la típica coacción jurídica, de la que la Institución carece, sino en la fuerza persuasiva de su razonamiento²⁰⁷, y sin duda, precisar mejor las normas aplicables²⁰⁸, explicitar de manera más

206. Para más detalles, ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 251-255.

207. Para más detalles, CARBALLO MARTÍNEZ, 2008, pp. 253 y ss.

208. Si el razonamiento puede fundarse en la ley, mejor aprovechar la oportunidad y no diluir la argumentación en consideraciones morales, y ello no sólo porque se persuadirá mejor a la Administración sino también por razones democráticas (democrática-

completa sus opciones interpretativas y, sobre todo, argumentar más y mejor a partir de derechos fundamentales bien definidos²⁰⁹, redundaría a favor de la autoridad de la Institución y por ende de la efectividad final de tales derechos. Como hemos pretendido demostrar, el Defensor interpreta siempre los derechos fundamentales antes de invocarlos, pero esta interpretación, que es muchas veces creativa y siempre interesante para el estudioso, normalmente no se explicita²¹⁰. Los derechos fundamentales no son sólo normas, son también ideales políticos y argumentos persuasivos, y para utilizarlos mejor sería deseable manejar (y hacerlo presente) una buena dogmática. Parafraseando al viejo KANT, no puede existir una buena práctica sin una buena teoría que la sirva de fundamento, la preste orientación y la dote de coherencia y estabilidad.

6. GARANTÍAS SOCIALES*

6.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En las aproximaciones jurídicas tradicionales, la cuestión de las garantías de los derechos aparece como una cuestión principalmente institucional. Las garantías, en efecto, se presentan ante todo como técnicas de protección de los derechos puestas en marcha por instituciones o poderes públicos. Es en este sentido que suele hablarse, por ejemplo, de garantías legislativas o judiciales. Este punto de vista, que ya hemos analizado en apartados anteriores de este mismo capítulo, resulta fecundo en la medida en que permite dar cuenta de la naturaleza institucional, cuando no estatal, de los fenómenos jurídicos contemporáneos. Sin embargo, presenta algunos límites. El más evidente es que relega a un segundo plano o directamente excluye a los actores o sujetos no estrictamente institucionales. En el ámbito de los derechos, esta perspectiva es especialmente problemática. Ante todo, porque suele ocultar una paradoja inherente a la propia noción de derechos. Los derechos, en efecto, pretenden actuar como límites y como vínculos al poder.

mente, vale más el argumento de la ley que el de la mera autoridad moral del Defensor).

209. Como hemos venido observando en varios ejemplos (y podrían citarse muchos más), el Defensor en ocasiones o no cita derecho fundamental alguno, pudiendo hacerlo, o lo cita pero sin extenderse apenas sobre los motivos que le llevan a dotarle de un determinado contenido.
210. Casi podríamos hablar de un exceso de timidez (o de mal entendida deferencia hacia los poderes públicos) del Defensor, que a veces recurre al argumento de autoridad (de la jurisprudencia o del Derecho internacional), casi siempre como único argumento, como si no se atreviera a sentar una doctrina propia.

* Por Gerardo PISARELLO.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No obstante, es el propio poder, las instituciones públicas, quienes tienen a su cargo la tarea de garantizarlos.

Algunos autores han pretendido superar esta paradoja sosteniendo que la protección de los derechos comporta un ejercicio de auto-limitación institucional²¹¹. El razonamiento es ingenioso. No obstante, pasa por alto un hecho evidente: la limitación o la vinculación del poder que implica la garantía de un derecho rara vez es una operación autónoma. Históricamente, ha sucedido más bien lo opuesto. El poder sólo se disciplina como consecuencia de actos externos que lo hetero-limiten. Así las cosas, resulta evidente que no hay tutela de los derechos sin instituciones obligadas a garantizarlos. Pero no hay instituciones obligadas en ausencia de sujetos capaces de obligar. Por eso los derechos, sobre todo cuando comportan límites o vínculos incisivos al ejercicio del poder, son conquistados más que simplemente concedidos. Y si no son conquistados suelen permanecer como letra muerta.

El estatuto debilitado de los derechos sociales en los ordenamientos contemporáneos se explica, en buena medida, por esta realidad. La llamada crisis del estado social, así como la progresiva pérdida de normatividad de derechos sociales constitucionalmente reconocidos, resultaría ininteligible sin tener en cuenta el debilitamiento de los sujetos encargados de exigirlos.

Esta realidad justifica abordar la cuestión de las garantías de los derechos desde otra perspectiva. No sólo ni tanto como un fenómeno institucional, estatal, sino como un fenómeno social, ciudadano. Con ese fin cabría distinguir, precisamente, entre garantías institucionales y garantías sociales de los derechos. Las garantías institucionales serían aquellas técnicas de protección de los derechos encomendadas a órganos institucionales, como el legislador, la administración o los jueces. Las garantías sociales, en cambio, serían aquellas técnicas de tutela de los derechos confiadas a los propios destinatarios de los mismos, es decir, a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados, o, en general, a todas las personas²¹².

Un punto de vista de este tipo, naturalmente, no llevaría a establecer una distinción tajante entre uno y otro tipo de garantías, sobre todo en el plano práctico. Muchas garantías sociales, de hecho, se traducen en formas

211. El ejemplo clásico es el de JELLINEK y el de buena parte de la ius-publicística alemana de finales del siglo XIX.

212. La noción de garantía social aparece ya en la declaración que precede a la constitución jacobina de 1793. Según su artículo 23, la garantía social consiste en «la acción de todos para garantizar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos». En la doctrina contemporánea, recupera esta noción FERRAJOLI, 2006, p. 944. También la utilizan, en una perspectiva muy similar a la utilizada aquí, ABRAMOVICH y COURTIS, 2006 y 2006.

de participación ciudadana en la configuración de las garantías instituciones de los derechos. Otras veces, en cambio, la garantía social de un derecho comporta la autotutela directa de los bienes o recursos que dicho derecho protege.

Lo que la idea de garantía social pretende destacar, en cualquier caso, es el mayor o menor margen otorgado a la participación de los destinatarios de los derechos en su conquista y protección. Este punto de vista puede resultar útil por diferentes razones. Por un lado, es un criterio básico para entender la eficacia del sistema de garantías en un ordenamiento concreto. En el caso de los derechos sociales, como ya se ha indicado, su pérdida de capacidad normativa en la crisis del Estado social resulta inexplicable al margen de la pérdida de capacidad participativa de los sujetos interesados en su protección. Por otra parte, el papel otorgado a las garantías sociales es un criterio esencial para evaluar la legitimidad democrática de un ordenamiento jurídico. Un ordenamiento será más o menos democrático, en efecto, en la medida en que ofrezca a los destinatarios de los derechos mayores espacios de participación (tanto institucional como extra-institucional) en la configuración de su contenido y alcance.

A diferencia de las aproximaciones simplemente estatistas, «desde arriba», una perspectiva social, «desde abajo», permite contemplar los conflictos ligados a la protección de los derechos desde coordenadas diferentes a las tradicionales. No ya como un simple conflicto entre poderes institucionales (entre el poder legislativo y el ejecutivo; o entre el poder legislativo y el judicial) sino, de manera especial, como un problema de participación y de movilización ciudadana, dentro y fuera de los espacios institucionales²¹³.

El objetivo de las páginas que siguen es aplicar estos razonamientos a un ordenamiento concreto: el español. En comparación con otros Estados europeos, el español no ha gozado nunca ni de un Estado social desarrollado ni de mecanismos avanzados de participación ciudadana²¹⁴. Es más, la crisis del Estado social y su agudización han transcurrido paralelas a la andadura misma del sistema constitucional concebido en la transición hacia la monarquía parlamentaria. Como consecuencia de ello, la doctrina ha identificado con frecuencia la garantía de los derechos sociales con prestaciones que los poderes públicos pueden otorgar en un marco de amplia discrecionalidad. En esta imagen dominante, los derechos sociales se presentan como conce-

213. Inspirándose en el trabajo de historiadores como GUHA, esta idea de contemplar el derecho desde abajo ha sido sugestivamente desarrollada por RAJAGOPAL (2005) en el ámbito del derecho internacional. Puede verse una aproximación similar en DE SOUSA SANTOS y RODRÍGUEZ, 2007.

214. Para una justificación de esta afirmación, puede verse, p. ej., NAVARRO, 2002 y 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

siones institucionales más o menos arbitrarias y en todo caso revocables de acuerdo a las opciones del poder político de turno.

Una perspectiva «desde abajo» permite, en cambio, ofrecer un cuadro más complejo y exigente de esta cuestión. Ante todo, contribuye a poner de manifiesto los riesgos paternalistas y excluyentes inherentes al punto de vista exclusivamente institucional. Contemplados «desde abajo», en efecto, los derechos sociales no aparecen como simples derechos a prestaciones estatales sino como auténticos derechos de participación en la realización de dichas prestaciones. O si se prefiere, como derechos a participar de manera informada en la configuración, tanto de las prestaciones estatales, como de otras formas de satisfacción de los bienes y recursos que los derechos sociales tutelan. Los derechos sociales, en definitiva, no serían sólo derechos de igualdad sino también derechos de libertad, es decir, derechos ligados a la preservación de la autonomía individual y colectiva de sus destinatarios (*infra*, III, 2.2).

La idea de este apartado es que un ejercicio analítico de este tipo puede arrojar una luz diferente sobre la función de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español. Puede, por ejemplo, ayudar a entender por qué los derechos sociales tienen un estatuto debilitado en relación con otros países europeos. Y puede contribuir a pensar algunas líneas de actuación que permitan superar esa situación mejorando las garantías de los derechos sociales y profundizando los mecanismos de participación social en las mismas.

6.2. LAS GARANTÍAS SOCIALES COMO GARANTÍAS INDIRECTAS DE PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL

Las garantías sociales de los derechos pueden asumir, como ya se ha apuntado, diferentes formas. Pueden presentarse como garantías directas de autotutela de los derechos, pero también como garantías indirectas de participación en las instituciones. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen encomendar la tutela de los derechos, ante todo, a las instituciones legislativas, administrativas o judiciales. Pero esta tutela no se construye en el vacío. Una perspectiva «desde abajo» requiere saber de qué manera los destinatarios de los derechos participan en la configuración de las decisiones institucionales que pretenden tutelarlos. Esta indagación, como ya se ha señalado, no puede sino ser una indagación acerca de la calidad democrática del propio ordenamiento.

6.2.1. **Ámbito constitucional**

Con frecuencia, cuando se habla de garantías institucionales de los dere-

chos se piensa en una serie de técnicas de intervención encomendadas a los diferentes poderes constituidos, desde el poder legislativo y el ejecutivo a los jueces ordinarios o al Tribunal Constitucional. El diseño de estas garantías, sin embargo, viene condicionado por una garantía previa, la garantía constitucional. La garantía constitucional está relacionada con la forma en que el poder constituyente, o si se prefiere, el legislador constituyente, recoge los derechos en la Constitución.

Desde la perspectiva aquí mantenida, lo que interesa es determinar en qué medida los destinatarios de los derechos sociales han participado o pueden participar en su consagración constitucional. La primera es una cuestión histórica. Permite indagar las razones del contenido y alcance de los derechos en la Constitución originaria (*supra*, IV, 3.1). La segunda es una cuestión jurídica. Permite entender cómo y con qué participación social se podría reformar ese contenido.

Como es sabido, el momento histórico de aprobación de una Constitución condiciona de manera clara el reconocimiento de derechos. Las Constituciones liberales del siglo XVIII, por ejemplo, no suelen recoger derechos sociales, una presencia que sólo se generaliza después de la Segunda Guerra Mundial. La Constitución española (en adelante, CE) de 1978 pertenece a este ciclo de constitucionalismo social. Sin embargo, fue aprobada en un contexto singular: los inicios de la crisis del llamado Estado social. Esta coyuntura explica, en parte, la decisión del constituyente de consagrar la mayoría de derechos sociales en un capítulo específico y separado del resto de derechos, el de los principios rectores, y de otorgarles un sistema de garantías más débil que al resto de derechos²¹⁵, y ello pese a nuestros esfuerzos por proponer una interpretación alternativa del artículo 53.3 CE (*supra*, III, 1.2). Si bien esta vía de positivización no puede deslindarse del contexto objetivo en que fue aprobada la Constitución, tampoco puede explicarse al margen de la ausencia histórica de garantías sociales robustas en la elaboración de la misma. La determinación del contenido constitucional de los derechos, incluidos los derechos sociales, fue el resultado, más que de una amplia participación social, de un acuerdo entre las élites de los partidos que protagonizaron la transición del régimen franquista a la monarquía parlamentaria. No se votó una asamblea constituyente en sentido estricto, muchas fuerzas políticas y sociales no tuvieron representación adecuada en el debate constituyente

215. Por un lado, los derechos sociales quedan deliberadamente excluidos de algunas garantías institucionales reconocidas a otros derechos constitucionales (art. 53.3 CE). Por otro, gozan de un grado de rigidez inferior (art. 167 CE) al de los derechos considerados fundamentales por la doctrina mayoritaria y por el tribunal constitucional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

y la participación, en realidad, se limitó a un pronunciamiento del tipo todo o nada en el referéndum de ratificación²¹⁶.

No es fácil determinar en qué medida los límites del proceso constituyente pudieron incidir en la debilitada consagración constitucional de los derechos sociales. En todo caso, estos límites se proyectan sobre las propias previsiones de participación ciudadana en materia de reforma constitucional. De acuerdo con la CE, la ciudadanía no goza de iniciativa directa de reforma (art. 166 CE). Sólo puede instarla a través de sus representantes parlamentarios²¹⁷. Y tratándose de modificaciones que afecten al núcleo de los derechos fundamentales sociales, sólo podría intervenir en el referéndum final de la reforma si así lo solicitara 1/10 parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (art. 167 CE). En los más de treinta años de vigencia del texto constitucional, han existido diferentes propuestas de reforma del mismo. Ninguna propuesta relevante, sin embargo, ha tenido por objetivo revisar el papel debilitado que los derechos sociales ocupan en la CE²¹⁸.

6.2.2. Ámbito legislativo

Después de la garantía constitucional, la garantía institucional por excelencia de los derechos recogidos en la Constitución es la garantía legislativa. Por el vínculo que se le presume con el principio democrático y por su potencial alcance general, la ley puede considerarse la garantía institucional primaria de los derechos, incluidos los derechos sociales (*supra*, IV, 4.4). Las leyes suelen ser el instrumento jurídico idóneo para obtener los recursos necesarios para emprender políticas sociales, como ocurre con la legislación tributaria o con la legislación expropiatoria; para decidir las prioridades en su asignación, como es el caso de la ley de presupuestos; o para determinar

216. Referéndum que en algunas zonas del Estado, como en el País Vasco, arrojó altos índices de abstención.

217. En el Derecho comparado hay ejemplos en sentido contrario. En Suiza, p. ej., puede impulsarse una iniciativa popular de reforma constitucional si se reúnen 100.000 firmas de ciudadanos con derecho a voto (arts. 120 y 121). En el caso español, algunas Comunidades Autónomas han incorporado este tipo de iniciativa para reformar sus Estatutos. Según el Estatuto de Autonomía de Cataluña una iniciativa popular de reforma estatutaria exige la concurrencia de 300.000 firmas de ciudadanos de Cataluña con derecho a voto (art. 222).

218. La ausencia de cuestionamiento público al reconocimiento constitucional de los derechos sociales ha permitido presentar como corolario «técnico» lo que en rigor es una opción jurídica y políticamente discutible: la consideración de estos derechos como simples principios rectores y como derechos no fundamentales. Esta percepción de los derechos sociales como derechos debilitados sólo ha sido revisada parcialmente con las recientes reformas estatutarias, que han optado por una línea de consagración más cercana a la indivisibilidad entre derechos y al establecimiento de un sistema común de garantías para todos ellos.

derechos y obligaciones concretas para los particulares en ámbitos específicos, como ocurre, pongamos por caso, con las leyes laborales, educativas, sanitarias, habitacionales o agrarias.

Naturalmente, la principal garantía de participación ciudadana en la elaboración de las leyes que tutelan derechos es la elección de los futuros legisladores. A través del sufragio, los destinatarios de los derechos sociales pueden elegir (o no elegir) aquellas opciones políticas favorables (o no favorables) a un determinado desarrollo legislativo de los mismos. Esta garantía puede ser más o menos amplia. Puede operar en diversas escalas (estatal, autonómica o local), su ejercicio puede ser más o menos frecuente, se puede conceder a todos los ciudadanos o, tendencialmente, a todas las personas²¹⁹, y puede incluir, o no, la posibilidad de revocar a los representantes que incumplan lo estipulado en el «contrato electoral»²²⁰.

Las garantías electivas, en todo caso, son garantías claramente insuficientes de los derechos. Por un lado, porque en la elección de representantes políticos se juegan muchas más preferencias que las que tienen ver con una cuestión específica en materia de derechos. Por otra parte, las garantías electivas son garantías delegativas, que sólo se ejercen de manera periódica y que desplazan a «otros» (los representantes) la tarea de protección de los derechos. En otras palabras: no son garantías de control que permitan supervisar de manera permanente y suficiente la actuación o inacción de los integrantes de los poderes públicos.

Además del derecho de voto, por tanto, interesa saber cómo pueden los destinatarios de los derechos participar de manera directa en la configuración de las leyes que tienen por objetivo protegerlos. O dicho en otro lenguaje, cuáles son las garantías sociales de participación directa en la elaboración de las garantías legislativas de los derechos.

En términos generales, puede afirmarse que el sistema político-constitu-

219. En el caso español, sólo los ciudadanos gozan del derecho de voto. Los extranjeros comunitarios pueden votar y ser elegidos en elecciones municipales. El resto de personas extranjeras –hoy casi un 8 % de la población– sólo pueden votar en las elecciones locales si los españoles, a su vez, pueden votar en sus países de origen (art. 13 CE). La privación del derecho de voto a las personas extranjeras (sobre todo a las de países no comunitarios), o si se prefiere, la estipulación de gravosas condiciones de acceso a la ciudadanía, constituyen un límite serio a la configuración de las garantías sociales. Al no poder votar, miles de personas migrantes que, por lo demás, contribuyen al mantenimiento de las arcas públicas con sus impuestos, son excluidos de un mecanismo de control relevante para incidir en las políticas que delimitan sus derechos.

220. La Constitución venezolana de 1999, p. ej., dispone que «todos cargos y magistraturas de elección popular son revocables» (art. 72).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cional resultante de la transición española no vio con buenos ojos el impulso de mecanismos directos de participación. A pesar de que la CE establece que los ciudadanos podrán participar en los asuntos públicos de manera directa o mediante representantes (artículo 23 CE), la preferencia por esta última alternativa es clara, sobre todo en la legislación de desarrollo inmediatamente posterior.

Dejando de lado las posibilidades de participación ciudadana en el procedimiento legislativo como tal, ciertamente limitadas (*supra*, IV, 4.4), el ordenamiento español prevé dos vías de incidencia directa en la legislación son básicamente dos: el derecho de petición y el derecho de iniciativa legislativa popular (ILP). No contempla, en cambio, la iniciativa de abrogación legislativa²²¹, ni ofrece condiciones favorables para la utilización de *referenda* o de consultas en materia de derechos sociales²²².

Por lo que se refiere al derecho de petición, reconocido a todas las personas jurídicas y naturales, podría ser una vía idónea para realizar reclamos en materia de derechos sociales, y así lo hemos apuntado en el apartado anterior, relativo al control parlamentario. Sin embargo, se trata de una garantía débil, de una demanda escrita cuya capacidad para vincular al legislador es notoriamente limitada²²³. Es más: entre sus funciones no está sólo la de estimular las peticiones «formales», sino la de desincentivar otras vías de presión «informales» sobre el legislativo que, aunque podrían ser más eficaces, pueden llegar a ser constitutivas de delitos sancionados por el Derecho penal²²⁴.

221. A diferencia de lo que ocurría, p. ej., en la Constitución republicana de 1931 y de lo que ocurre en otros ordenamientos como el italiano.

222. En realidad, la CE contempla la posibilidad de someter al electorado «decisiones políticas de especial trascendencia» (art. 92). Nada impide que este referéndum pueda involucrar derechos sociales. Empero, se trata de un referéndum consultivo que la propia legislación de desarrollo regula con particular recelo y que los gobiernos de turno han tendido a utilizar como un instrumento de claro signo plebiscitario. El ánimo restrictivo con que se regula esta figura se extiende al ámbito autonómico. Así, el art. 149.1.32 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado la autorización de la celebración de consultas populares en las Comunidades Autónomas.

223. La CE reconoce a todos los españoles el derecho de petición, individual y colectiva, por escrito y «en los términos que determine la ley» (art. 29). La LO 4/2001, de 12 de diciembre, de regulación del derecho, lo extiende a toda persona jurídica o natural, con independencia de su nacionalidad. El destinatario de este tipo de demandas puede ser, en realidad, cualquier institución pública, administración o autoridad. En el ámbito parlamentario, las cámaras disponen de una comisión de peticiones y regulan la manera de tramitarlas.

224. Así, p. ej., el CP sanciona las manifestaciones antes las sedes de las Cortes Generales (art. 494), la perturbación grave del orden (art. 497) o la injuria grave contra las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas si se

La ILP se presenta en cambio como un instrumento de garantía más idóneo para articular demandas de abajo hacia arriba. A diferencia del derecho de petición, sin embargo, sólo puede recaer sobre determinadas materias. Éstas no excluyen en principio a los derechos sociales, aunque sí a algunas cuestiones estrechamente ligadas a su garantía, como las tributarias (art. 87.3 CE). Esta tendencia restrictiva se observa también en la legislación de desarrollo, que extiende las materias vedadas, por un lado, a aquellas relacionadas con la planificación económica necesaria para atender «las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131 CE), y por otro, a las cuestiones presupuestarias (art. 134)»²²⁵.

También a diferencia del derecho de petición, sólo pueden impulsar una iniciativa legislativa popular los ciudadanos españoles mayores de edad, lo que deja fuera a las personas extranjeras²²⁶. El número de firmas requeridas puede considerarse moderado (500.000), aunque bastante superior al exigido en otros países europeos con mayor población²²⁷. Recientemente se ha extendido el plazo para la recogida de firmas y se ha mejorado la previsión del reembolso de gastos a los eventuales promotores. No obstante, una iniciativa admitida a trámite podría sufrir enmiendas que la distorsionaran y ser incluso aprobada por el Parlamento sin que la Comisión Promotora pudiera solicitar su retirada²²⁸.

En realidad, si bien en las primeras versiones del texto constitucional la iniciativa se contempló con cierta amplitud y relevancia, fue perdiendo operatividad a lo largo del proceso constituyente. Esa desconfianza inicial se proyectó en la ley de desarrollo²²⁹. Y aunque las últimas modificaciones han

hallaran en sesión (art. 496). En este último supuesto, el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas (art. 210).

225. Ley orgánica 3/1984, reformada por Ley orgánica 4/2006.

226. En algunas Comunidades Autónomas se prevén alternativas en este sentido. La Ley 1/2006 de iniciativa legislativa popular de Cataluña, p. ej., sólo exige como condición para poder ejercer la iniciativa la inscripción en el padrón municipal –lo que facilita la participación de extranjeros– y tener más de 16 años.

227. En Italia, p. ej., se requieren 50.000, y en Suiza, donde como se ha comentado, se contempla la iniciativa popular para la reforma constitucional, se exigen 100.000 firmas.

228. Esto no ocurre en algunas Comunidades Autónomas, como Aragón o Cataluña, donde la Comisión Promotora puede retirar su petición –previo acuerdo parlamentario– si considera que está siendo distorsionada por el proceso legislativo.

229. La exposición de motivos de la LO 3/1984, de hecho, advertía contra la posibilidad de que la ILP pudiera servir «de fácil cauce para manipulaciones demagógicas o, incluso, para intentar legitimar con un supuesto consenso popular lo que no es en

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tenido un sesgo más bien garantista, está claro que la voluntad del legislador estatal sigue siendo evitar que la iniciativa pueda incidir sobre cuestiones «delicadas»²³⁰. Con todo, lo cierto es que muchas de estas iniciativas han servido para suscitar debates parlamentarios ligados a la garantía de los derechos sociales, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. Y aunque en la mayoría de los casos el resultado no ha sido la aprobación de la legislación de garantía impulsada por los promotores de la iniciativa, al menos ha servido para forzar la agenda del sistema representativo en materia de derechos laborales²³¹, educativos²³², ambientales²³³, habitacionales²³⁴ y sociales en general. En el ámbito autonómico, incluso, una plataforma con considerable apoyo popular llegó a presentar una ambiciosa propuesta de Carta de Derechos Sociales. La iniciativa fue aprobada por la Asamblea legislativa, si bien con algunas restricciones en relación con la iniciativa original²³⁵.

sustancia sino la antidemocrática imposición de la voluntad de una minoría». Este lenguaje ha desaparecido con la reforma introducida por la LO 4/2006. Sin embargo, las reticencias al uso de este instrumento de participación siguen siendo notorias.

230. Ésta es la expresión que utiliza el propio preámbulo introducido por la reciente reforma.
231. En noviembre de 1999, p. ej., el pleno del Congreso de Diputados rechazó, por 161 votos contra 145, la posibilidad de discutir la reducción de la jornada laboral a 35 horas semanales sin disminución de salario. La proposición había partido de una Iniciativa Legislativa impulsada por la Confederación de Asociaciones de Vecinos, CGT, USO e Izquierda Unida, y estaba avalada por la firma de 700.000 electores.
232. En 1993, la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras promovió, con el apoyo de 575.000 firmas reconocidas como válidas, una iniciativa legislativa popular para la financiación del sistema educativo público. Fue debatida en el Congreso en diciembre de 1996 y rechazada por 150 votos a favor y 155 en contra.
233. La primera ILP aprobada en el ordenamiento español fue la Ley aragonesa 2/1992 de creación del Consejo de Protección de la Naturaleza. Otras no llegaron a buen puerto. En 2001, la Asamblea Legislativa Valenciana desestimó la petición legislativa de ordenación y protección de la Huerta de Valencia como espacio natural protegido. En Cataluña, por su parte, más de 70 entidades ecologistas impulsaron en 1998 una Iniciativa para prohibir la incineración de residuos y proponer sistemas alternativos. La proposición se admitió a trámite, pero durante la tramitación parlamentaria, lo que era una proposición de ley para prohibir la incineración de residuos, se convirtió en una ley de regulación de la incineración de residuos.
234. En 2003 y 2007, p. ej., se presentaron en el Parlamento de Cataluña sendas iniciativas legislativas populares para fomentar la vivienda protegida y para la adopción de medidas urgentes en materia habitacional.
235. En la Comunidad Autónoma Vasca, en efecto, un grupo de plataformas de lucha contra la exclusión social presentó una petición legislativa para la aprobación de una Carta de Derechos Sociales. La iniciativa se articuló en torno a cuatro demandas fundamentales: el reparto de trabajo mediante la reducción de jornada laboral a 32 horas; el reconocimiento del derecho ciudadano a un salario social individualizado para todos los demandantes de empleo; la extensión al sector privado de las medidas de reparto del trabajo; y la financiación de esas medidas a través de un fondo de

6.2.3. Ámbito administrativo

Las garantías legislativas de los derechos son, como se acaba de ver, garantías primarias de los derechos sociales. Su alcance, sin embargo, suele concretarse a través de otro tipo de garantías primarias, las de tipo administrativo. Normalmente, estas garantías administrativas se expresan en normas reglamentarias que desarrollan las previsiones legales en materia de derechos (*supra*, 3). De esta manera, es posible especificar cuál es el contenido efectivo de un derecho determinado y qué tipo de obligaciones comporta su satisfacción. En caso de que la regulación de un derecho esté reservada a la ley (ordinaria u orgánica), el margen para la intervención reglamentaria es menor (*supra*, IV, 4.4). En el ordenamiento español, el estatuto diferenciado atribuido a los DFSP se traduce, entre otras cosas, en el reconocimiento al poder reglamentario de un mayor margen de incidencia en su regulación. Las normas de rango reglamentario, en cualquier caso, son las que con frecuencia definen la «letra pequeña» de los derechos sociales y su alcance práctico. A través de este tipo de regulaciones y de otras decisiones administrativas se perfilan planes de vivienda o urbanísticos, disposiciones laborales, planes educativos, el funcionamiento de servicios públicos o los propios presupuestos municipales.

Desde una perspectiva «desde abajo», recordemos que pueden identificarse diferentes vías de participación social, en el sentido amplio del término (*supra*, 2). La CE hace referencia, entre otras, al derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas y de acceso a los archivos y registros administrativos (art. 105). También prevé el establecimiento por ley de vías de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de organismos públicos «cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al interés general» (art. 129.1).

El derecho de audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas está emparentado con otros derechos civiles y de participación, como el derecho de consulta, de información o, simplemente, al debido proceso. Todos ellos, a su vez, están ligados a un derecho progresivamente consolidado tanto en el ámbito europeo como en el ámbito interno: el derecho a una buena administración.

solidaridad construido a partir de la lucha contra el fraude fiscal y la reducción de gastos militares y de orden público. La iniciativa recibió el apoyo de sindicatos, asociaciones de vecinos y grupos feministas, religiosos de base, de solidaridad con el tercer mundo y anti-militaristas. Admitida a trámite, los grupos parlamentarios enmendaron la petición pasándola por el filtro de la «gobernabilidad», lo cual suscitó quejas por parte de sus promotores. No obstante, se convirtió en ley en el año 2000 y sentó un precedente para la aprobación de una normativa similar en Navarra.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Proyectados sobre ámbitos específicos, estos derechos de participación e información constituyen un importante instrumento potencial de control en materia de derechos sociales. Tanto la legislación estatal como la reciente legislación autonómica y local obligan a los poderes públicos, incluso a través de medios electrónicos²³⁶, a garantizar el derecho de consulta y de ofrecer información suficiente en materia ambiental, habitacional, sanitaria o urbanística.

Tras algunas reformas dirigidas a «modernizarla», la propia ley que regula las bases del régimen local²³⁷ ha introducido este tipo de obligaciones, así como amplias posibilidades de participación vecinal en las políticas sociales locales²³⁸. Así, por ejemplo, consagra el derecho ciudadano a asistir a las sesiones de las corporaciones locales y a obtener copias de los acuerdos alcanzados, al tiempo que establece el deber de los ayuntamientos «de establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local»²³⁹. Con ese objetivo, prevé que los vecinos que gocen del derecho de sufragio en las elecciones municipales puedan ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas o actuaciones o proyectos de reglamentos de la competencia municipal²⁴⁰. Asimismo, contempla la posibilidad de que se sometan a consulta popular aquellos asuntos de competencia municipal que sean de especial relevancia para los vecinos, aunque se la supedita a la autorización del gobierno estatal y se excluyen los asuntos referidos a la hacienda local²⁴¹. A pesar de estos límites, este tipo de previsiones han abierto camino a los llamados presupuestos participativos, permitiendo a la ciudada-

236. Un ejemplo de ello es la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. En virtud de esta ley se reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las administraciones públicas por medios electrónicos y la correspondiente obligación de éstas de impulsar el uso de estos medios. En cualquier caso, las administraciones deberán adoptar las medidas necesarias para ponerlas en marcha antes del 31 de diciembre de 2009 y siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

237. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

238. En materia urbanística, p. ej., el art. 70 ter dispone que las administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos.

239. Este precepto, recogido en el art. 70 bis, fue añadido, precisamente, por la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local.

240. Según el propio art. 70 bis.2, dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio: a) hasta 5.000 habitantes, el 20 %; b) de 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 %; c) a partir de 20.001 habitantes, el 10 %.

241. Art. 71.

nía participar directamente en la asignación de partidas presupuestarias dirigidas a satisfacer derechos sociales²⁴².

En todo caso, si las posibilidades de la participación en la gestión administrativa de derechos sociales son en principio amplias, no se pueden menospreciar las dificultades prácticas que todavía la obstaculizan (*supra*, 3). Muchas de estas dificultades, en realidad, provienen, como se ha denunciado desde las propias instituciones públicas, de la persistencia de una «cultura» administrativa de la opacidad y del silencio frente a las demandas ciudadanas que se resiste a ser erradicada²⁴³.

6.2.4. Ámbito judicial

Naturalmente, las garantías primarias, tanto si se trata de normas constitucionales como de leyes o reglamentos, sirven para dotar de contenido a los derechos sociales y para establecer las obligaciones que los poderes públicos y los particulares deben observar en su resguardo. Sin embargo, la ausencia, la configuración defectuosa, la inaplicación o la aplicación arbitraria de estas normas pueden dar lugar a situaciones en las que la eficacia de los derechos sociales se vea reducida de manera considerable. De ahí que la mayoría de ordenamientos plantee, junto a estas garantías institucionales primarias, garantías secundarias cuyo efecto es controlar, y en su caso reparar, vulneraciones cometidas contra aquéllas.

Una primera garantía de tipo secundario, relevante en la tutela ordinaria de los derechos sociales, es el propio poder de policía administrativo, esto es, la existencia de órganos administrativos que puedan supervisar el cumplimiento de disposiciones legales y reglamentarias en materia de derechos (*supra*, 3). Éste es el caso, por ejemplo, de los órganos de inspección

242. Como es sabido, la experiencia pionera en esta materia fue la ciudad brasileña de Porto Alegre. En el ámbito español, las experiencias de presupuestos participativos arrojan resultados dispares. Hacia 2004 el número aproximado de experiencias era pequeño (12) en relación con el número de municipios existentes (8.108). Entre las ciudades y localidades implicadas figuraban Córdoba, Las Cabezas de San Juan (Sevilla), Rubí (Barcelona), Albacete, Puente Genil (Córdoba), Jerez de la Frontera o Sevilla. Algunas de las más antiguas, como la de Rubí, fueron suspendidas con el cambio de gobierno, mostrando la débil irreversibilidad del proceso. En otras ciudades, como en Valladolid, diferentes plataformas sociales han venido presionando a las autoridades municipales para que incorporen los presupuestos participativos como un derecho ciudadano. Para una síntesis interesante de estas experiencias, PINEDA NEBOT, 2004.

243. Diferentes defensorías del pueblo del ámbito autonómico han hecho referencia a esta «cultura del silencio» y a la resistencia a responder de manera expresa y motivada a las demandas ciudadanas. Véase, p. ej., el Informe del Defensor de las personas de Cataluña presentado al Parlamento catalán en 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

administrativa. Estos órganos pueden desempeñar un papel significativo en la detección y sanción de vulneraciones directas o indirectas de derechos sociales en materia tributaria, laboral, urbanística, ambiental o de servicios públicos en general. Las garantías sociales en este ámbito serán mayores mientras mayor sea la legitimidad reconocida para presentar denuncias y seguir el proceso de control, sobre todo tratándose de colectivos en especial situación de vulnerabilidad²⁴⁴.

Junto a estas garantías administrativas secundarias, muchos ordenamientos contemplan también la existencia de garantías secundarias a cargo de órganos de control externos. Normalmente, estos órganos son elegidos por los propios órganos legislativos y ejecutivos mediante mayorías especiales o se les otorga un estatuto específico de independencia. En el caso español éste sería el caso del Defensor del Pueblo (art. 54 CE) y de sus equivalentes en las Comunidades Autónomas (*supra*, 5), de los tribunales de cuentas o de otros mecanismos de control como las fiscalías anti-corrupción²⁴⁵.

Las Defensorías del pueblo, por ejemplo, pueden ser espacios interesantes para ventilar quejas referidas a la vulneración de derechos sociales por incumplimiento, insuficiencia o mala aplicación de normativa que los contempla. Ciertamente, la eficacia de su actuación suele depender, más allá de su configuración institucional, de la *auctoritas* de sus miembros. En cualquier caso, pueden ser un vehículo de expresión de personas y grupos en situación de vulnerabilidad (minorías sexuales, personas con discapacidades, personas en situación de exclusión social grave, trabajadoras y trabajadores migrantes) que al menos cuentan con un canal adicional en el que reclamar sus derechos ante las instituciones públicas²⁴⁶.

Junto a estas garantías secundarias encomendadas a órganos de control externo, prácticamente todos los ordenamientos contemplan garantías se-

244. La Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, estipula p. ej., que la inspección puede proceder de oficio o en virtud de denuncia (art. 13). La acción de denuncia del incumplimiento de la legislación del orden social es pública. No puede tratarse de denuncias anónimas, ni manifiestamente carentes de fundamento, ni referirse a materias cuya vigilancia no corresponda a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ni coincidir con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional.

245. Los tribunales de cuentas y las fiscalías anti-corrupción pueden desempeñar una función relevante en la fiscalización del empleo de fondos destinados a satisfacer derechos sociales y en la detección de casos de corrupción y desvíos.

246. Más allá de ello, muchas defensorías del pueblo sistematizan esas demandas y las convierten en recomendaciones dirigidas a la administración y, eventualmente, al propio legislador. A simple modo de ejemplo, puede consultarse los Informes del DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ sobre el problema de la vivienda (2003, 2005 y 2006) o del ARARTEKO materia educativa (2001 y 2006).

cundarias de tipo jurisdiccional. Estas garantías consisten en que un tribunal más o menos independiente pueda ejercer algún tipo de control, y en su caso, de reparación, en ausencia o insuficiencia de una garantía primaria (*supra*, 2). Las garantías jurisdiccionales pueden asumir la forma de garantías ordinarias o especiales. Las primeras se encomiendan a tribunales especializados en diferentes órdenes (civiles, penales, de lo social, contencioso-administrativos) con capacidad para prevenir, controlar o sancionar vulneraciones de derechos provenientes de órganos administrativos o de particulares. Las garantías jurisdiccionales especiales, en cambio, suelen encomendarse a tribunales superiores o específicamente constitucionales. Su objetivo es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias resultan insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador.

Si en el ámbito de las actuaciones legales y administrativas la exigencia de información adecuada y de respeto al debido proceso pueden ser piezas claves para una tutela extensiva de los derechos sociales, la importancia de las garantías sociales en el ámbito jurisdiccional no es menor. El derecho a la tutela judicial efectiva y sus diferentes proyecciones, desde la asistencia jurídica gratuita hasta el derecho a la información y a la igualdad de armas en los procesos, constituyen elementos centrales para la reivindicación de otros derechos, tanto de tipo civil o político, como social. Vistos «desde abajo», de hecho, los espacios jurisdiccionales también pueden concebirse como espacios de participación y de disputa jurídico-política en los que minorías vulnerables o grupos en situación de urgencia pueden hacer valer argumentos frente a los que los canales representativos, sólo fiscalizables de manera periódica, suelen permanecer blindados²⁴⁷. De este modo, la garantía jurisdiccional que se expresa en la sentencia o en la decisión de un juez o de un magistrado aparece como un producto inconcebible sin las razones aportadas por las partes a modo de garantía social.

Ocurre, sin embargo, que los mecanismos procesales de protección de los derechos han sido tradicionalmente pensados a partir de la concepción patrimonialista de los mismos y de la teoría clásica del derecho subjetivo. En ese sentido, han estado diseñados para resolver conflictos individuales, y de modo paradigmático, aquellos que afectan el derecho de propiedad. Esta perspectiva individualista encierra dificultades evidentes a la hora de pensar las garantías sociales de participación en los órganos jurisdiccionales como

247. Sobre esta cuestión, entre otros, ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, pp. 98 y ss.; UPRIMNY, 2006, pp. 196 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

garantías reconocidas a sujetos colectivos o a grupos numerosos de víctimas. De ahí la importancia de recursos procesales que permitan articular vías de acceso no sólo individual, sino sobre todo colectivo de tutela de los derechos.

En el derecho comparado, los recursos de tutela y de amparo colectivo²⁴⁸, las acciones de clase, de interés público o la legitimación colectiva reconocida a grupos y asociaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos ofrecen algunos ejemplos interesantes en este sentido. En el ordenamiento español, por su parte, la experiencia de las acciones colectivas está ligada básicamente a las reformas de la legislación procesal civil y contencioso-administrativa de los años noventa²⁴⁹. Y si bien se trata de una experiencia embrionaria, existen casos que permiten pensarla como una vía incisiva de reclamo de derechos sociales vulnerados tanto por los poderes públicos como por actores particulares²⁵⁰. Desde una perspectiva garantista, en todo caso, la participación social en la justicia no puede limitarse al momento de *acceso* a la jurisdicción. Muchas decisiones jurisdiccionales favorables a la protección de derechos sociales pierden efectividad o son privadas de su sentido originario en la fase de *ejecución* de las sentencias. De ahí que, junto a las garantías de participación en el acceso a la justicia, deban estipularse garantías de participación en la ejecución y seguimiento de las sentencias. El derecho a ser informado y a ser oído durante esta fase, tanto de manera individual como colectiva, adquiere así una función primordial en la satisfacción real del derecho en disputa, que no se agota con el dictado de un fallo²⁵¹.

248. Como el establecido, p. ej., en el art. 43 de la Constitución argentina reformada de 1994.

249. La LECiv, p. ej., reconoce legitimidad procesal no sólo al perjudicado individual, sino también a asociaciones constituidas con el objeto de proteger a consumidores, a usuarios de servicios y a los propios grupos afectados (art. 11). La LJCA, por su parte, dispone que «tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, además de las personas que la ostenten de acuerdo a la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] los grupos de afectados, uniones sin personalidades o patrimonios independientes o autónomos» (art. 18). Y luego agrega: «están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un interés legítimo; b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos».

250. Hace tiempo que las demandas colectivas son una herramienta frecuente utilizada por los trabajadores en el ámbito laboral. En los últimos años, por su parte, se han registrado en España numerosos casos de demandas colectivas de consumidores y usuarios por vulneración (directa o indirecta) de derechos sanitarios, educativos, habitacionales, etcétera.

251. ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, pp. 79 y ss.

6.3. LAS GARANTÍAS SOCIALES COMO GARANTÍAS EXTRA-INSTITUCIONALES

Hasta aquí, las garantías sociales se han presentado como vías de participación en la elaboración de las garantías institucionales. Sin embargo, también pueden actuar como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales.

Que las garantías sociales puedan actuar en ámbitos extra-institucionales no equivale, necesariamente, a que operen contra las instituciones o contra la legalidad. Es más, muchas formas de participación orientadas a la tutela de derechos sociales cuentan con respaldo de la Constitución o de la legislación vigente.

Éste es el caso en el que las garantías sociales de los derechos se ejercen en el marco de relaciones con otros particulares. Así, por ejemplo, en el ámbito de la empresa privada, son garantías sociales de los derechos laborales de los trabajadores derechos constitucionales básicos como el derecho a la información, a la negociación y al conflicto colectivo (art. 37 CE). Igualmente, en determinados casos, el derecho a la información y el derecho a la consulta pueden actuar como garantías sociales de los derechos habitacionales de los inquilinos frente a los propietarios.

Las garantías sociales previstas por la ley también pueden ejercerse con el objetivo de asegurarse, en ámbitos extra-institucionales, la autotutela de los derechos sociales. Éste es el objetivo que persiguen, por ejemplo, las demandas de acceso a bienes comunales²⁵² o las empresas auto-gestionadas, las asociaciones mutuales o las cooperativas de producción y consumo que permiten a las personas satisfacer por sí mismas los bienes y recursos que constituyen el objeto de los derechos sociales. La propia CE, de hecho, se compromete con el fomento de las sociedades cooperativas y con el establecimiento de «los medios que garanticen el acceso de los trabajadores a los medios de producción» (art. 129.2).

En ocasiones, ciertamente, la autotutela de derechos sociales implica el recurso de vías más incisivas que pueden entrar en conflictos con derecho de terceros. Esto es lo que ocurre con algunas movilizaciones y protestas en reclamo de derechos sociales, con los boicots de consumidores y usuarios a ciertas empresas por vulneración de estos mismos derechos o con la ocupación del espacio público con el propósito de hacer visibles (frente a los medios de comunicación, p. ej.) ciertas reivindicaciones sociales.

252. En su Informe de 2007 al Parlamento de Cataluña, el Defensor de las personas analiza, precisamente, quejas de vecinos por la denegación de acceso a bienes comunales que se integran en el patrimonio de los entes locales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Muchas de estas vías de autotutela carecen de un estatuto jurídico definido. A veces, en cambio, se trata de un ejercicio más o menos convencional de derechos civiles y políticos básicos como las libertades sindicales, de asociación, de expresión o ideológica. En realidad, estas vías de reclamo de derechos sociales suelen ser bastante frecuentes. Sin embargo, en situaciones de vulneración grave y sistemática de los mismos, en las que los mecanismos institucionales de protección resultan ineficaces, estas vías de autotutela pueden asumir formas más radicales. Así, por ejemplo, situaciones extremas de exclusión o de fuerte demanda social pueden conducir a la ocupación de fábricas abandonadas o de viviendas vacías, así como a acciones de desobediencia civil e incluso de resistencia activa. En muchos casos, estas vías de autotutela afectan derechos de terceros, como el derecho de propiedad, la libertad de empresa o la libertad de circulación.

En no pocas ocasiones, también, la respuesta jurídica frente a estas situaciones acostumbra ser la sanción penal. No obstante, la coacción estatal suele ser un instrumento desproporcionado e inadecuado para abordar estos casos, que infringe el principio de intervención penal mínima y que ampara, de manera tácita, otras conductas de particulares (o de la propia Administración) que suponen el ejercicio anti-social y abusivo de ciertos derechos, comenzando por aquellos de contenido patrimonial²⁵³.

Desde una perspectiva «desde abajo», que priorice el punto de vista de las personas y grupos en mayor situación de vulnerabilidad, la admisibilidad o no de este tipo de vías de autotutela exige tener en cuenta más factores. En primer lugar, la gravedad de la violación de los derechos sociales en juego y su impacto entre otros factores, en la integridad física y psíquica, en la dignidad y en el libre desarrollo de la personalidad de los afectados. En segundo término, la responsabilidad de los poderes públicos o de otros actores particulares en la generación de las vulneraciones concernidas, sobre todo cuando éstas tienen

253. En España, p. ej., el CP tipifica como delictiva en el art. 245.1 la conducta de quien «con violencia o intimidación de las personas, ocupe una cosa inmueble o usurpe un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena». En el apartado 2º, sin embargo, introduce una nueva conducta delictiva, consistente en «ocupar sin autorización debida un inmueble, una vivienda o un edificio ajenos que no constituyan hogar o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular». La mayoría de intérpretes del código penal, así como numerosas resoluciones judiciales, han entendido que lo que se recoge como delito en este último apartado es la ocupación pacífica de bienes inmuebles. No han faltado, empero, interpretaciones más garantistas, compatibles con el principio de intervención penal mínima, con la prohibición de la especulación inmobiliaria (art. 47 CE) y con la función social de la propiedad (art. 33 CE) que han entendido que no se trata de penalizar la ocupación pacífica como de introducir una sanción menor cuando lo que tenga lugar sea una ocupación intimidatoria o violenta de inmuebles que no constituyan hogar.

su origen en el uso abusivo de la propia posición tanto en el Estado como en el mercado. En tercer lugar, la intensidad de la afectación que las medidas de autotutela puedan suponer para derechos de terceros²⁵⁴.

Mientras más urgentes, en efecto, sean las necesidades en juego y mientras más fuerte y acreditada sea la demanda social de que se trate, más justificado estará el recurso a vías de autotutela. Naturalmente, ello dependerá también de la responsabilidad que quepa atribuir a los poderes públicos o a los particulares frente a dicha situación. Así, por ejemplo, frente a una situación de persistente e injustificado abandono de fábricas, tierras o inmuebles, el uso anti-social de la propiedad, privada o pública, no puede tener primacía sobre actuaciones cuyo fin es, precisamente, devolver a los recursos en juego un sentido social, ligándolos a derechos como la vivienda o el trabajo. Igualmente, la utilización de mecanismos de protesta o de desobediencia *prima facie* ilegales podría reputarse, en casos de bloqueo de los medios de comunicación o de los canales institucionales de protesta, un supuesto protegido de disidencia. O si se prefiere, un ejercicio calificado del derecho de petición, de la libertad ideológica o de la libertad de expresión.

Precisamente por su estrecha conexión con el principio democrático, estas expresiones de protesta podrían concebirse como vías legítimas de garantía de los derechos sociales así como de actualización, en general, de normas constitucionales y de derecho internacional incumplidas de manera grave y sistemática²⁵⁵. Más que como actuaciones punibles, por tanto, deberían verse como el ejercicio de derechos de participación especialmente tutelados. Como derecho que tienen preferencia en relación con otros como la libertad de circulación o de comercio, precisamente porque tienen por objeto, además de preservar la supervivencia y la dignidad de las personas, ampliar la calidad democrática de la esfera pública²⁵⁶.

6.4. CONSIDERACIONES FINALES

Con frecuencia, la discusión en torno a las garantías de los derechos sociales se reduce a la posibilidad o no de su tutela jurisdiccional o al eventual conflicto que ella puede plantear entre el poder legislativo y el poder judicial. El objetivo de estas páginas ha sido ofrecer un panorama más amplio de esta cuestión, que tome como referencia el punto de vista de los principales actores en materia de derechos sociales: sus eventuales destinatarios.

254. Véase ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 77.

255. Véase, entre otros, ESTÉVEZ ARAUJO, 1994 y UGARTEMENDÍA, 1999.

256. Véase GARGARELLA, 2005. Una interesante reflexión a propósito del «movimiento okupa» en el ámbito español en OLIVAS DÍAZ, 2005, pp. 51-72.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Aplicada al ordenamiento español, esta perspectiva *ex parte populi*, arroja, frente a los tradicionales abordajes *ex parte principii*, alguna luz de provecho. Permite, entre otras cosas, captar mejor el carácter insuficientemente democrático de algunos diseños institucionales, las potencialidades participativas de otros y la función directamente anti-democrática de muchas reacciones de los poderes públicos en materia de derechos sociales. Y permite, sobre todo, entender el propio principio democrático no como un principio que pueda cristalizar de una vez por todas en un régimen acabado, sino como parte de procesos inacabados de democratización, en los que caben avances pero también retrocesos.

Para dar cuenta de sus propósitos de fondo esta perspectiva «desde abajo» debería, naturalmente, ocuparse con más detenimiento de algunas cuestiones aquí no tratadas o sólo abordadas de manera lateral. Debería, por ejemplo, explicar con precisión el creciente papel en el ordenamiento español de la población inmigrante, sobre todo de los llamados «sin papeles», no sólo como objeto de los derechos sociales, sino como sujetos de los mismos²⁵⁷. Y debería, seguramente, explicar de qué manera el sistema de garantías sociales aquí descrito se fortalece o se debilita como consecuencia del proceso de integración europea y de otros procesos de internacionalización jurídica y económica en los que el Estado español se encuentra inmerso.

De lo que se trata, en todo caso, es, parafraseando a Walter BENJAMIN, de pasar el cepillo a contrapelo de los ordenamientos jurídicos actuales, pensando los derechos no sólo a partir de las actuaciones e intereses de los poderes constituidos, sino también de la potencia constituyente de quienes, por su posición económica, étnica o de género, son los sujetos privilegiados de los derechos sociales. Tras este tipo de aproximación late una constatación obvia pero con frecuencia oculta u olvidada por las perspectivas «estatalistas»: la de que la exigibilidad de los derechos sociales como auténticos derechos indisponibles, y no como simples concesiones paternalistas y revocables, depende, más allá de las técnicas institucionales dispuestas para su protección, de la participación y la lucha de sus propios destinatarios. En los ordenamientos actuales, como se ha intentado mostrar, esa participación y esas luchas tienen lugar, de manera constante y muchas veces simultánea, en diversos niveles institucionales, pero también fuera de ellos y, no pocas veces, en su contra.

7. GARANTÍAS INTERNACIONALES*

7.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Por garantías internacionales se entiende aquellos mecanismos (procedi-

257. Algunas de estas cuestiones han sido tratadas en APARICIO y otros, 2006.

* Por Ana SALADO OSUNA.

mientos)²⁵⁸ de protección y control instituidos, de conformidad con el Derecho Internacional, a favor de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, derechos que fueron proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁵⁹ (DUDH) como *universales*²⁶⁰ (su titularidad pertenece a todos los seres humanos), *indivisibles*²⁶¹ (todos los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad de la persona humana²⁶²) e *interdependientes*²⁶³ (la efectividad de un derecho depende de que otros derechos sean efectivos).

Aunque es cierto que determinados derechos pertenecen a lo que se viene denominando «núcleo duro»²⁶⁴ (aquellos cuyas obligaciones no pueden ser objeto de suspensión en ninguna circunstancia²⁶⁵, derechos que se califican de inderogables²⁶⁶), en modo alguno significa que haya una quiebra de la «indivisibilidad». Ni siquiera se puede considerar quiebra el hecho de que los derechos civiles y políticos fuesen finalmente reconocidos en Naciones Unidas en un tratado distinto²⁶⁷ (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–) al que se reconocieron los derechos económicos, sociales y culturales (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –PIDESC–), como queda confirmado en el Preámbulo común de ambos Pactos que se debe tener presente en la interpretación y aplicación de los mismos.

Las características señaladas posibilitan que, en el ámbito internacional, a través de derechos civiles, que son justificables (desde que fueron reconocidos por los primeros tratados de derechos humanos²⁶⁸), puedan hacerse justiciables (ya sea por órganos internacionales judiciales o de otra naturaleza) los derechos económicos, sociales y culturales²⁶⁹, lo que tiene que ser valorado positivamente pues tales derechos se caracterizan por carecer, con carácter general, de justiciabilidad²⁷⁰. Lo anterior, junto con el hecho incuestionable que los de-

258. SYMONIDES, 2003.

259. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 1998; CARRILLO SALCEDO, 1998, 1999 y 2008; ACOSTA LÓPEZ, y DUQUE VALLEJO, 2008. SALADO OSUNA, 2008.

260. PÉREZ LUÑO, 2000; BLANC ALTEMIR, 2001.

261. SEPÚLVEDA CARMONA, 2005.

262. PECES-BARBA, 2003; JIMÉNEZ GARROTE; LIRA; LUTHER, 2007, pp. 295-326.

263. GAVISON, 2003.

264. SÁNCHEZ GARCÍA, 2001, pp. 141-173; CAVALLO AGUILAR, 2006, pp. 117-154.

265. SALADO OSUNA, 1998, p. 127.

266. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, 1991; RAMÓN CHORNET, 2006, pp. 193-197.

267. Como había acontecido años antes en el Consejo de Europa.

268. El primer tratado de derechos humanos de carácter general no fue adoptado en Naciones Unidas, sino en el Consejo de Europa: Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950). Este tratado reconoce esencialmente derechos civiles y políticos y se vinculó a través de su Preámbulo con la DUDH.

269. GARCÍA RAMÍREZ, 2003; GARRETÓN, 2007, pp. 35-70; LLANOS MANCILLA, 2010, pp. 149-198.

270. Si bien la falta de justiciabilidad no se puede ignorar a nivel internacional, ello también se reitera a nivel interno, lo que ha motivado que diversos autores se ocupen de esta cuestión, entre otros, ABRAMOVICH y COURTIS, 2002; CASTRO BUITRAGO,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rechos económicos, sociales y culturales son derechos de prestación²⁷¹, en otras palabras, son derechos que desde la perspectiva internacional imponen a los Estados «obligaciones de hacer»²⁷², motiva la «invisibilidad» de tales derechos. Sin embargo, en los momentos presentes hay que reconocer algunos pasos a favor de la justiciabilidad de estos derechos, como será puesto de manifiesto tanto en el sistema universal (que será analizado en primer lugar), como en el sistema regional europeo (al que se hará referencia en segundo lugar), pasos que también se han dado en los sistemas interamericano y africano, aunque estos dos serán omitidos por ser ajenos a España.

Asimismo hay que tener presente que las garantías internacionales no sólo están a cargo de los órganos internacionales (judiciales o de otra naturaleza), pues hay garantías internacionales que tienen que ser dispensadas por los órganos internos. Es decir, diversos tratados exigen la existencia de un «recurso interno efectivo» para que pueda ser instado por las presuntas víctimas de la violación y ello acontece tanto en el sistema universal (Naciones Unidas) como en los sistemas regionales, sin perjuicio de que podría considerarse que ello es asimismo una exigencia de Derecho Internacional general.

Las casi totalidad de las garantías internacionales a las que se harán referencia son aplicables a España, por consiguiente, aunque la exposición de las mismas se hará con carácter general, la finalidad que se persigue es poner de manifiesto las obligaciones internacionales en relación con los derechos económicos, sociales y culturales que pesan sobre nuestro país.

7.2. DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL (1): GARANTÍAS CONVENCIONALES

7.2.1. Recursos ante los órganos internos

El PIDESC²⁷³, tratado fundamental a efectos de este estudio, vinculante para España²⁷⁴, no reconoce el derecho a un recurso interno a favor de las

RESTREPO YEPES y GARCÍA MATAMOROS, 2007, pp. 77-108; PÉREZ LUÑO, 2006, pp. 151-177; AA VV, 2002.

271. La mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de prestación, sin perjuicio de que algunos puedan ser considerados derechos de libertad o derechos de estructura compleja. *Vid.* LEMA AÑÓN, pp. 179-203; CARMONA CUENCA, 2008, pp. 1103-1118 y GAGO GUERRERO, 2004, pp. 255-312.

272. GROS-ESPIELL, 1999, pp. 132-148; LIEBENBERG, 2001; SANDOVAL TEHERÁN, 2001; KOCH, 2002.

273. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el art. 27. *Vid.* CANÇADO TRINDADE, 1994, pp. 345-362; SIMMA, 1997, pp. 155-170; MILÁ MORENO, 2004, pp. 185-214; FERNÁNDEZ, 2006, pp. 103-121; CASTRO RIVERA, 2007, pp. 157-171; SAHUI MALDONADO, 2010.

274. BOE n° 103, de 30 de abril de 1977.

presuntas víctimas de la violación. Ello constituye una de sus lagunas, aunque en opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) tal recurso está implícito en la obligación de adoptar medidas para la efectividad de los derechos reconocidos²⁷⁵. En todo caso, desde el punto de vista normativo la laguna está colmada, en el PIDCP²⁷⁶, vinculante para España²⁷⁷, como en otros tratados²⁷⁸, también vinculantes para España²⁷⁹, pues reconocen el derecho a un «recurso interno efectivo»²⁸⁰.

275. En este contexto, tras precisar que por «recurso efectivo» no debe interpretarse necesariamente «que exige siempre un recurso judicial», de hecho los «recursos administrativos en muchos casos son adecuados», precisa que en muchas ocasiones es conveniente «establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo». Añade en relación con algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación, que «parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudiera considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto». Considera además el Comité DESC que la adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales «que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes» y se «reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad». Y finaliza precisando que los tribunales «deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario [...]». La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos» (OG 3, aps. 9, 10 y 14). Doc. E/1991/23 (SUPP), de 14 de diciembre de 1990 (<http://daccess-ods.un.org/TMP/8370652.79483795.html>). Vid. COURTIS y ABRAMOVICH, 2001; CHACÓN MATA, 2007; BARAHONA, 2008, pp. 57-78.
276. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 49.
277. BOE n° 103, de 30 de abril de 1977.
278. Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (Convención contra la Discriminación Racial). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el art. 19; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Convención de la Mujer): Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el art. 27.1; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura): Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el art. 27.1.
279. Convención contra la Discriminación Racial: BOE n° 118, de 17 de mayo de 1969; Convención de la Mujer: BOE n° 69 de 21 de marzo de 1984; y Convención contra la Tortura: BOE n° 268 de 9 de noviembre de 1987.
280. Los Estados Partes en el PIDCP se comprometen a garantizar a toda «persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados» a «interponer un recurso interno efectivo» (art. 2.3). Otro tratado que exige la existencia

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Sobre la naturaleza de tales recursos, los tratados no exigen que tenga que ser judicial, por lo que un «recurso interno efectivo» puede ser administrativo o ante instituciones nacionales de derechos humanos²⁸¹, consecuentemente, será la legislación nacional la que determine su naturaleza²⁸². Pero esta obligación de los Estados no queda satisfecha con la mera existencia del recurso, sino que el mismo tiene que ser eficaz en el sentido de que se debe desarrollar con el debido respeto de las garantías procesales y, si fuese resuelto de forma estimatoria, que se proceda a reparar las consecuencias de la violación. Y en este contexto hay que tener presente que es norma de Derecho Internacional general que como consecuencia del incumplimiento por un Estado de una obligación primaria (incumplimiento de una obligación internacional) surge para dicho Estado una obligación secundaria, la obligación de reparar²⁸³, que para su eficacia puede implicar distintos modos de llevarla a efecto²⁸⁴.

En el ámbito de la obligación secundaria (la obligación de reparar) hay que tener presente que el PIDCP nada dispone en relación con dicha obliga-

de un recurso interno es la Convención contra la Tortura (art. 13), ya sea como consecuencias de actos de tortura o de otras formas de malos tratos, como ha afirmado el Comité contra la Tortura en su OG 2, 2008. Doc. CAT/C/GC/2/24 enero de 2008.

281. El PIDCP preceptúa que se «desarrollará las posibilidades de recurso judicial» [art. 2.3.b)]; la Convención contra la Discriminación Racial «ante los tribunales nacionales competentes» y «otras instituciones del Estado» (art. 6); la Convención de la Mujer, «garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación» [art. 2.c)]; y la Convención contra la Tortura, «ante las autoridades competentes» (art. 13).
282. A pesar de ello, refiriéndose al recurso interno (art. 2.3 PIDCP), el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que el «poder judicial» puede garantizar el disfrute de los derechos reconocidos de distintas maneras, entre otras, mediante la aplicación directa del Pacto (OG 31, ap. 15; Doc. CCRP/C/21/Rev.1/Add.13, de 26 de mayo de 2004).
283. REMIRÓ BROTONS, 2007, p. 737.
284. Así queda confirmado en el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional (<http://www.un.org/law/ilc/>) sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (Adoptado por la mencionada Comisión en su 53º período de sesiones –Doc. A/56/10– y anexoado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001). Por su parte los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones» (aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 60/147, de 16 de diciembre de 2005) afirman el derecho de las víctimas a disponer de recursos (princ. 11) y a obtener una reparación por los daños sufridos (princ. 15 a 23), haciendo especial referencia a la restitución, a la indemnización, a la rehabilitación, a la satisfacción y a las garantías de no repetición.

ción, aunque la misma queda implícita en la exigencia de «recurso interno efectivo», como ha sostenido el Comité de Derechos Humanos²⁸⁵, sin perjuicio de que otros tratados sí reconocen de forma expresa el derecho de reparación por los daños causados²⁸⁶. Habida cuenta de que el PIDESC no reconoce el derecho a un «recurso interno efectivo», obviamente guarda silencio sobre el derecho de reparación, sin embargo, como en la obligación de adoptar medidas para la efectividad de los derechos reconocidos queda implícita la obligación de establecer «recursos internos efectivos», según ha afirmado el Comité DESC, habrá que interpretar, de conformidad con el Derecho Internacional general, que dicho recurso debe conllevar a reparar las consecuencias de la violación cuando la misma haya sido declarada por los órganos internos.

Lo cierto es que la existencia de un «recurso interno efectivo» y la consecuente reparación, no agotan las obligaciones de los Estados ante determinadas violaciones, esto es, cuando las mismas sean constitutivas de delitos o crímenes internacionales. De ahí que algunos tratados establezcan la obligación de los Estados Partes de tipificar penalmente en su Derecho interno ciertos tipos delictivos, determinar las sanciones oportunas, y juzgar y sancionar a sus autores o de extraditarlos, según proceda²⁸⁷, aunque tales compro-

285. OG 31. A este respecto el Comité de Derechos Humanos ha hecho notar que la no reparación a las personas cuyos derechos reconocidos en el PIDCP han sido violados significa que «queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos, que es el elemento central para cumplir las disposiciones del párrafo 3 del artículo 2» (párr. 2).

286. La Convención contra la Discriminación Racial reconoce el derecho de recurso a favor de toda persona víctima de discriminación y el «derecho a pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación» (art. 6). La Convención contra la Tortura reconoce a la víctima de torturas, no sólo el derecho a presentar una queja (art. 13), sino también el derecho a «la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible» (art. 14). El Comité contra la Tortura ha afirmado que el derecho de reparación es también aplicable a las víctimas de malos tratos (OG 2, 2008). Asimismo hay que tener presente que la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de su familias (Convención de los trabajadores migratorios, no vinculante para España) reconoce a las víctimas el derecho a obtener una reparación [art. 83.a)], y la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (no en vigor) reconoce «el ejercicio del derecho a obtener una reparación» (art. 19).

287. Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio (art. III), Convención contra la Discriminación Racial (art. 4), Convención contra la Tortura (art. 4), Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (art. 3) y Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (arts. 4 y 6).

misos están previstos fundamentalmente en relación con derechos de naturaleza civil²⁸⁸.

7.2.2. Garantías dispensadas por órganos internacionales

Hace décadas se dio un paso muy importante en Europa al instituirse un Tribunal Internacional de Derechos Humanos (1950)²⁸⁹, lo que hasta la fecha no ha acontecido en el ámbito universal. Ello no significa que los derechos humanos carezcan de garantías en Naciones Unidas, de hecho las mismas existen y pueden clasificarse como contenciosas (judiciales), cuasi-contenciosas y de otra naturaleza (no judiciales), como será puesto de manifiesto.

Con carácter previo a cada una de las garantías es oportuno señalar que en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)²⁹⁰, plano universal, los derechos económicos, sociales y culturales gozan de un reconocimiento indiscutible²⁹¹, tanto en instrumentos convencionales²⁹² como no convencionales²⁹³. Sin embargo las garantías relacionadas con los mismos se muestran débiles²⁹⁴, aunque la debilidad está en proceso de ser superada²⁹⁵, al haber sido adoptado (diciembre de 2008) un Protocolo Facultativo del PIDESC que prevé, como lo han hecho previamente otros tratados, el procedimiento de reclamaciones interestatales y de quejas individuales²⁹⁶, aunque dicho instrumento aún no ha entrado en vigor²⁹⁷.

288. TEITELBAUN, 1997, pp. 117-155.

289. En 1950 fue creado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del artículo 19 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (<http://www.echr.coe.int>). El paso también ha sido dado en el continente americano instituyendo (1969) una Corte Interamericana de Derechos Humanos y más recientemente en el continente Africano ha sido creada una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

290. CARRILLO SALCEDO, 1995; FERNÁNDEZ LIESA, 2005; MERON, 2003; PASTOR RIDRUEJO, 1999, pp. 35-46 y 2003, pp. 19-34; VASAK, 1974.

291. CAÑADO TRINIDADE, 1994; DE CASTRO CID, 1993; MARIÑO MENÉNDEZ, 1998; PARRA VERA, 2008; SANDOVAL TEHERÁN, 2001; EIDE, KRAUSE y ROSAS, 2001.

292. Tratados internacionales de derechos humanos (vinculantes para los Estados Partes), ocupando un lugar primordial el PIDESC y los Convenios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

293. Declaraciones, conjunto de principios, reglas mínimas, etc., contenidas en Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (sin valor jurídico vinculante *per se*) y, en ocasiones, del Consejo Económico y Social (ECOSOC).

294. Los procedimientos de reclamaciones interestatales (ante la Corte Internacional de Justicia –CIJ– y ante los Comités de Naciones Unidas (*Vid.* ALSTON y CRAWFORD, 2000; DE CASTRO CID, 1994, pp. 273-286) y de quejas individuales (también ante los Comités de Naciones Unidas), calificados tales procedimientos como cuasi-contenciosos.

295. CRAVEN, 2002; ESCOBAR, 2007, pp. 11-18.

296. La Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 63/117, de 10 de diciembre de 2008, aprobó el Protocolo Facultativo al PIDESC. Fue abierto a la firma, ratificación y adhesión, el 24 de septiembre de 2009.

297. Para su vigencia requiere que diez Estados Partes en el PIDESC se vinculen por el

A pesar de ello hay que tener presente que el procedimiento de quejas individuales está previsto en tratados destinados a proteger a determinados grupos de personas (mujeres, trabajadores migrantes y personas discapacitadas), como también en tratados destinados a la protección de un derecho humano concreto (prohibición de la discriminación racial, prohibición de la tortura y otras formas de malos tratos, así como desaparición forzada de personas). La mayoría de los tratados aludidos incluyen derechos económicos, sociales y culturales, sin perjuicio de que los que no lo incluyen, como es el caso de la Convención contra la Tortura, tales derechos no quedan excluidos de su ámbito de protección en relación con las personas privadas de libertad por las autoridades públicas. Además, una consideración especial tiene el procedimiento de quejas individuales instituido en el Protocolo Facultativo del PIDCP²⁹⁸ toda vez que el órgano competente a tales efectos, el Comité de Derechos Humanos, al conocer de violaciones de derechos civiles y políticos, por vía indirecta viene garantizando derechos económicos, sociales y culturales²⁹⁹, no en vano se predica la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos³⁰⁰.

Sin perjuicio de lo anterior hay que tener presente cierta protección de algunos derechos sociales y culturales mediante el procedimiento de «quejas individuales» en uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura³⁰¹ (UNESCO), como tampoco se puede obviar la protección que brinda la Organización Internacional del Trabajo³⁰² (OIT) a los derechos humanos³⁰³, de hecho, en relación con los tratados adoptados en su seno está instituidos tanto el procedimiento de «reclamaciones interestatales» como de «quejas colectivas».

Protocolo (art. 8). Hasta el presente, ha sido firmado por 39 Estados, y ratificado por seis, entre ellos España, que ratificó el 24 de septiembre de 2010.

298. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el art. 9. BOE n° 79 de 2 de abril de 1985.

299. A título de ejemplo cabe mencionar al Comité de Derechos Humanos, instituido en el art. 28 PIDCP. Este Comité conoce de quejas individuales en virtud del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP (adoptado y entrado en vigor en la misma fecha que el Pacto).

300. La *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Viena, 1993) afirma: «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí». Doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 5.

301. <http://portal.unesco.org/es>.

302. <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/index.htm>.

303. TOMEI, 2003, pp. 27-57; CASALE; ESTIVILL PASCUAL, 2005, pp. 37-46.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Pero los procedimientos de reclamaciones interestatales y de quejas no agotan los mecanismos de garantías previstos en los tratados de Naciones Unidas, de hecho, existen otros de diversa naturaleza: «investigación *ex officio*», «informes periódicos» y «control preventivo», y ello sin perjuicio de las garantías extra convencionales.

A. Reclamaciones interestatales

Las reclamaciones interestatales³⁰⁴ pueden ser presentadas ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)³⁰⁵, ante los Comités instituidos en diversos tratados de derechos humanos y ante la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT.

Varios tratados de derechos humanos establecen la posibilidad de que puedan ser presentadas demandas (reclamaciones interestatales) ante la CIJ³⁰⁶, es decir, tales tratados prevén la sumisión de la controversia que pueda surgir entre Estados (por problemas interpretativos o por el incumplimiento de las obligaciones asumidas) a la CIJ³⁰⁷. A pesar de ello hay algunos problemas que no se pueden obviar: 1º) Las presuntas víctimas de la violación carecen de legitimación activa pues sólo la tienen los Estados³⁰⁸; 2º) Los

304. CARRILLO SALCEDO, 2001, pp. 113-114 y 117-119; SALADO OSUNA, 2004, pp. 59-60 y 70-72; VILLÁN DURÁN, 2002, pp. 438-450 y 499-510.

305. Instituida en el artículo 7.1 de la Carta de las Naciones Unidas. La CIJ es el órgano judicial principal de las Naciones Unidas y funciona conforme a su Estatuto, Anexo a la Carta, que forma parte integrante de la misma (art. 92 de la Carta).

306. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. IX); Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (art. 22); Convención sobre el Estatuto de Refugiados (art. 38); Convención sobre el derecho de rectificación (art. V); Convención sobre los derechos políticos de la mujer (art. IX); Convención sobre la esclavitud (art. 8); Convención sobre el estatuto de los apátridas (art. 34); Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (art. 10); Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada (art. 10); Convención UNESCO sobre la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (art. 8); Convención para reducir los casos de apatridia (art. 14); Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (art. 8); Convención contra la Discriminación Racial (art. 22); Convención Internacional sobre la represión y el castigo del crimen de *apartheid* (art. XII); Convención de la Mujer (artículo 29); Convención contra la Tortura (art. 30), Convención de los Trabajadores Migratorios (art. 92); y Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 42).

307. Este modo de aceptación de la jurisdicción de la CIJ se denomina *forum prorogatum*.

308. En relación con la competencia consultiva de la CIJ únicamente están legitimados activamente los órganos de las Naciones Unidas: Consejo de Seguridad, Asamblea General, y previa autorización de la Asamblea, también pueden solicitar Dictámenes consultivos los demás órganos de las Naciones Unidas y los Organismos Especializados (art. 96 de la Carta).

Estados al vincularse jurídicamente por los tratados pertinentes pueden formular reservas de exclusión a la competencia de la Corte, consecuentemente, no todos los Estados Partes en tales tratados pueden ser demandados³⁰⁹; 3º) Este procedimiento tiene su fundamento en el «voluntarismo» estatal, de ahí que haya permanecido en estado de letargo durante años³¹⁰; y 4º) Salvo excepciones, los tratados de derechos humanos que prevén la sumisión de la controversia a la CIJ reconocen fundamentalmente derechos civiles, por lo que invocar violación de derechos económicos, sociales y culturales sólo puede fundamentarse cuando la misma traiga causa en discriminación racial, en discriminación de la mujer o en discriminación de los trabajadores migratorios, o bien porque la vulneración de un derecho económico, social o cultural puede conllevar la violación de un derecho de naturaleza civil.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando una demanda sea interpuesta ante la Corte, ésta (de conformidad con su Estatuto³¹¹ y su Reglamento³¹²) procederá a pronunciarse sobre admisibilidad y si declara la demanda admisible entrará en el fondo del asunto y emitirá su fallo (estimatorio o desestimatorio) mediante sentencia motivada³¹³, vinculante para las partes en el litigio y tiene carácter definitivo e inapelable³¹⁴.

Al margen del procedimiento específico aludido, la CIJ también puede conocer de tales reclamaciones siempre y cuando el Estado demandante y el demandado tengan aceptada su jurisdicción contenciosa (art. 36 Estatuto), con independencia de la norma internacional que se invoque violada (con-

309. A título de ejemplo cabe mencionar que España al adherirse a la Convención contra la Discriminación Racial formuló reserva de exclusión a la competencia de la CIJ, como consta en el instrumento de adhesión publicado en el BOE n° 118, de 17 de mayo de 1969.

310. La primera vez que se ha puesto en funcionamiento ha sido en la demanda de Boznia-Herzegovina contra Serbia-Montenegro (1993) invocando violación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. La demanda fue presentada ante la CIJ el 20 de marzo de 1993 y resuelta por Sentencia de 26 de febrero de 2007 (<http://www.icj-cij.org/doctet/files/91/13685.pdf>). Con posterioridad Croacia también demandó a Serbia-Montenegro, el 2 de julio de 1999, invocando asimismo violación de la Convención contra el Genocidio.

311. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>.

312. <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjrules.php>.

313. La decisión de la CIJ se adopta por mayoría de los magistrados presentes; en caso de empate, dirime el voto de calidad del Presidente. Si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión de todos los magistrados, podrán expresar sus opiniones individuales ya sean disidentes o concordantes.

314. Sin perjuicio de que puede ser objeto de interpretación en caso de desacuerdo sobre el sentido y alcance del mismo, así como puede ser solicitada la revisión en el supuesto de hechos nuevos. Artículos 55, 56, 57, 59, 60 y 61 del Estatuto de la CIJ.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

vencional o consuetudinaria). Consecuentemente, por esta vía se pueden presentar demandas por violaciones de derechos económicos, sociales y culturales³¹⁵.

Hay que tener asimismo presente que con el mismo fundamento que para presentar una demanda ante la CIJ (controversias por problemas interpretativos o por el incumplimiento de las obligaciones asumidas), están reguladas las «reclamaciones interestatales» ante los Comités en algunos tratados de derechos humanos adoptados en Naciones Unidas³¹⁶. Y por depender del «voluntarismo» estatal, este procedimiento hasta la fecha no ha sido puesto en funcionamiento. El órgano integrado por expertos independientes (Comité instituido en el tratado en cuestión) podrá ejercer su competencia siempre y cuando el Estado que presenta la reclamación y el Estado contra quien se dirige la tengan aceptada en tanto que la misma es facultativa³¹⁷, de hecho este procedimiento (como el previsto ante la CIJ) está articulado sobre la base del principio de reciprocidad³¹⁸. Es un procedimiento de conciliación, de ahí que la función principal de los respectivos Comités sea ejercer sus buenos oficios ante los Estados en litigio a fin de llegar a un arreglo del asunto³¹⁹.

Por último, en el marco de las reclamaciones interestatales hay que tener presente las que pueden ser interpuestas ante la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT (art. 26 de la Constitución de la OIT³²⁰) por un Estado cuando considere que otro Estado no ha garantizado el cumplimiento satisfactorio de un tratado en el que ambos son Partes, siendo también el principio de reciprocidad el articulador³²¹. La peculiaridad que presenta es que si

315. Las demandas ante la CIJ suelen estar fundadas en cuestiones que afectan a la soberanía o a la jurisdicción de los Estados y aunque no cabe duda que los derechos humanos también les afectan, éstos suelen ser ajenos, salvo excepciones, a sus intereses.

316. Convención contra la Discriminación Racial (art. 11); PIDCP (art. 41); Convención contra la Tortura (art. 21) y Convención de los trabajadores migratorios (art. 76).

317. Hay una excepción y se trata de la Convención contra la Discriminación Racial en el que de conformidad con el artículo 11 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) tiene competencia obligatoria. Consecuentemente, todos los Estados Partes en este tratado tienen derecho (que hasta el presente no han ejercido) a presentar una reclamación (contra cualquier otro Estado Parte) y a su vez aceptan poder ser denunciados.

318. Principio fundamental del Derecho internacional en el marco de las relaciones entre Estados.

319. El procedimiento se desarrolla en distintas fases y es complejo, sin embargo, habida cuenta de que no hay datos de la práctica, se omite desarrollar el mismo.

320. <http://www.ilo.org/public/spanish/about/iloconst.htm>.

321. La práctica pone de manifiesto que este tipo de reclamaciones constituyen la excepción y no la regla general, aunque hay que valorar como positivo que algunas hayan

finalizado el procedimiento el Estado denunciado no acepta las recomendaciones que les hayan sido formulada, el asunto podrá ser sometido a la CIJ. Dándose esta situación, la decisión de la CIJ (en el supuesto de que admitiera la demanda y entrara en el fondo del asunto) será adoptada mediante sentencia, que como ha sido señalado tiene carácter definitivo y resulta vinculante para las partes en litigio.

B. *Quejas individuales ante los Comités*

A. *Cuestiones previas*: El derecho de recurso individual ante órganos internacionales (a favor de las personas que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos), esto es, el «procedimiento de quejas individuales»³²² está previsto, en Naciones Unidas, en seis instrumentos convencionales en vigor³²³, así como en dos que aún no son vigentes³²⁴. Los órganos competentes a tales efectos, los Comités (integrados por expertos independientes), no son tribunales internacionales, pero ejercen funciones cuasi-judiciales.

De nuevo hay que destacar que el «voluntarismo» estatal está presente pues en varios tratados³²⁵ los Comités tienen competencias facultativas³²⁶;

sido presentadas. En la historia de la OIT, desde su creación en 1919, parece ser que sólo se han presentado 11 reclamaciones en virtud del artículo 26 de su Constitución. Doc. E/CN.4/2005/WG.23/2, párr. 84.

- 322. Lo relacionado con las quejas individuales puede ser consultado en la siguiente dirección: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/individual.htm>. Vid. CARRILLO SALCEDO, 1995, pp. 114-116; SALADO OSUNA, 2004 (1), pp. 72-80; VILLÁN DURÁN, 2002, pp. 437-449.
- 323. Convención contra la Discriminación Racial (art. 14), Convención contra la Tortura (art. 22); Convención de los trabajadores migratorios (art. 77), este último no vinculante para España. También está regulado en el Primer Protocolo Facultativo del PIDCP de 1966 (art. 1), en el Protocolo Facultativo a la Convención de la Mujer de 1999 (Adoptado por la Asamblea General en su resolución A/54/4 de 6 de octubre de 1999. BOE n° 190, de 9 de agosto de 2001), (art. 2), en el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad –CDPC (Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, junto con la Convención, el 13 de diciembre de 2006–, quedando abierto a la firma el 30 de marzo de 2007), (art. 2). Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, de conformidad con el artículo 13.1. BOE n° 96, de 21 de abril de 2008 y BOE n° 97, de 22 de abril de 2008 y en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 30). Entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 (art. 39.1). BOE n° 42, de 18 de febrero de 2011.
- 324. Protocolo Facultativo del PIDESC (art. 2).
- 325. Convención contra la Discriminación Racial, Convención contra la Tortura y Convención de los trabajadores migratorios.
- 326. Para que un Estado Parte pueda ser denunciado ha tenido que realizar una declaración unilateral reconocimiento la competencia del Comité instituido en el tratado en cuestión.

consecuentemente no todos los Estados Partes pueden ser denunciados, sólo aquellos que hayan formulado una declaración reconociendo la competencia del Comité pertinente a tales efectos (por plazo determinado o indefinido). España tiene formulada la declaración en relación con los tratados en los que es Parte³²⁷. Otros tratados³²⁸ nos exigen una declaración reconociendo la competencia de los Comités ya que la condición que establecen para que un Estado Parte pueda ser denunciado (por la presunta víctima), es que el Estado en cuestión sea además Parte en el Protocolo Facultativo que establece este procedimiento³²⁹, como acontecerá con el PIDESC cuando su Protocolo Facultativo entre en vigor³³⁰. España es Estado Parte en los Protocolos vigentes³³¹.

Es cierto que cuando los Estados aceptan poder ser denunciados por las presuntas víctimas de la violación, con independencia de la nacionalidad de las mismas, están limitando su soberanía, pero dicha limitación puede darse en una simple buena imagen internacional cuando el Estado, «condenado» por un Comité mantiene una actitud pasiva y no adopta las medidas pertinentes para reparar las consecuencias de la violación. Dándose esta situación, las víctimas tendrán declarado internacionalmente la violación de su derecho, pero la reparación de los daños (materiales y/o morales), que es competencia de los Estados, quedará en el limbo.

En la exposición de las quejas individuales se hará referencia a algunos tratados que no reconocen de forma expresa derechos económicos, sociales y culturales, como es el caso del PIDCP y de la Convención contra la Tortura. Se justifica tenerlos presentes ya que en relación con el PIDCP el Comité de Derechos Humanos por vía indirecta (o conexidad) viene dando protección a tales derechos³³² no en vano respecto de los derechos humanos se predica

327. España se adhirió en 1969 a la Convención contra la Discriminación Racial y varios años después formuló la declaración reconociendo la competencia del Comité para conocer de quejas individuales (art. 14); la declaración fue presentada el 10 de diciembre de 1998 y entró en vigor el 9 de enero de 1999. En el caso de la Convención contra la Tortura, España formuló la declaración (art. 22) en el mismo instrumento de ratificación, entrando la misma en vigor el 10 de diciembre de 1998. Ambas declaraciones están formuladas con carácter indefinido.

328. PIDCP, Convención de la Mujer y CDPD.

329. Protocolo Facultativo del PIDCP, Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer y Protocolo Facultativo de la CDPD.

330. VILLÁN DURÁN, 2009, pp. 31-54.

331. Protocolo Facultativo del PIDCP: BOE n° 79 de 2 de abril de 1985; Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer: BOE n° 190 de 9 de agosto de 2001; y Protocolo Facultativo de la CDPD: BOE n° 97 de 22 de abril de 2008.

332. A título de ejemplo, casos *Toonen c. Austria*. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, de 4 de abril de 1994, párr. 5; *Marcel Mulezi c. República Democrática del Congo*, Doc. CCPR/C/81/D/962/2001, de 23 de julio de 2004, párr. 5.3 y 5.4; y *Bozena Fijalkowska c. Polonia*. Doc. CCPR/C/84/D/1061/2002, de 4 de agosto de 2005, párr. 8.3.

que «son universales, indivisibles e interdependientes»³³³. En lo que respecta a la Convención contra la Tortura, porque si bien su finalidad es prohibir y sancionar la tortura y cualquier otra forma de malos tratos, sin embargo, las condiciones de detención de las personas privadas de libertad por las autoridades públicas entran dentro de su ámbito de aplicación pues la falta de alimentos, agua, vestidos, etc., de tales personas puede ser constitutiva de una violación de dicho tratado.

B. *Requisitos de admisibilidad*³³⁴. Para que una queja pueda ser declarada admisible está sometida a una serie de requisitos: 1) Agotamiento de los recursos internos³³⁵, siendo de vital importancia habida cuenta del carácter subsidiario del sistema de protección internacional³³⁶. 2) Tiene que ser presentada por los legitimados activamente (persona física o un grupo de personas³³⁷ que se consideren víctimas de violación de los derechos reconocidos)³³⁸. En relación con la condición de víctima hay que aclarar que terceras personas pueden presentar una queja (en calidad de «autor»³³⁹) si actúan con el consentimiento o en nombre de la presunta víctima, e incluso en casos excepcionales sin su consentimiento³⁴⁰. 3) Los derechos que se pueden

333. *Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Viena, 1993), Doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, párr. 5.

334. Los requisitos de admisibilidad en el Protocolo Facultativo del PIDESC están regulados en los artículos 3 y 4.

335. Ninguna queja será examinada a menos que los Comités comprueben que han sido agotados los recursos internos disponibles, salvo que dichos recursos se prolonguen injustificadamente. La jurisprudencia de los Comités pone de manifiesto que los recursos no sólo tienen que estar disponibles sino también ser eficaces (a título de ejemplo, Doc. A/49/40, Vol. I, párr. 404-406), por lo que queda excepcionada la exigencia de agotamiento de los recursos internos cuando existiendo los mismos no produzcan un resultado efectivo, como prevé, p. ej., el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer (art. 4.1).

336. PASTOR RIDRUEJO, 2009, pp. 27-50.

337. La Convención contra la Discriminación Racial (art. 14.1) y el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer (art. 2) se refieren a la persona física a título individual y a grupos de personas. El Protocolo Facultativo del PIDCP se refiere sólo al individuo que se considere víctima de una violación, sin que ello signifique que varios individuos no puedan presentar una queja, como se constata en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos. Y el Protocolo Facultativo del PIDESC (no en vigor), se refiere a personas (art. 2), como también lo hace el Protocolo Facultativo de la CDPD (art. 1).

338. Siempre y cuando el Estado denunciado tenga aceptada la competencia del Comité pertinente habiendo formulado la declaración, como acontece en relación con algunos tratados, o bien sea Parte en el Protocolo Facultativo que establezca el procedimiento de quejas individuales, como sucede con otros tratados.

339. El tratamiento que los Comités dan a quien presenta la queja es el de autor, con independencia de que el autor y la presunta víctima sean la misma persona o distintas.

340. El Reglamento del CEDR establece que la queja deberá ser presentada por la propia persona (presunta víctima), sus parientes o representantes designados, no obstante,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

invocar violados son los reconocidos en los tratados sobre los que los Comités ejercen sus competencias³⁴¹. 4) La presunta víctima tiene que estar (cuando se produjeron los hechos) bajo la jurisdicción del Estado contra el que se dirige la queja. 5) Sólo podrán examinarse hechos cometidos con posterioridad a la fecha en la que los Comités son competentes para conocer de denuncias contra el Estado concernido, salvo en caso de violaciones continuadas³⁴². 6) Los Comités no examinarán una queja si el mismo asunto ha sido examinado por ellos o ha sido o está siendo examinado con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales³⁴³. 7) Las quejas

en casos excepcionales, el Comité podrá examinar una comunicación presentada por terceros en nombre de una víctima cuando sea evidente que ésta no está en condiciones de presentar personalmente la comunicación y si el autor de la comunicación justifica su actuación en nombre de la víctima; en términos similares, el Reglamento del Comité de Derechos Humanos. El Reglamento del Comité CEDAW establece que en los casos «en que el autor pueda justificar su actuación, las comunicaciones podrían ser presentadas en nombre de la víctima sin su consentimiento» y en el mismo sentido el Protocolo Facultativo del PIDESC (art. 2).

341. Una queja será declarada inadmisibile si constituye abuso del derecho, es incompatible con los derechos reconocidos, o cuando sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada. Así lo dispone el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer [art. 4.2.c)]. Tal exigencia no está prevista en la Convención contra la Discriminación Racial ni en el Reglamento de su Comité. Tampoco lo está en el Protocolo Facultativo del PIDCP ni en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos, sin embargo en su jurisprudencia se constata que tendrá que justificarse de modo suficiente el caso a efectos de admisibilidad.
342. Así lo establece, p. ej., el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer, de ahí que el Comité CEDAW declare inadmisibile una queja cuando los hechos objeto de la denuncia hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado Parte interesado, «salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha» [art. 4.2.e)]. El Comité de Derechos Humanos precisó que en virtud del Protocolo Facultativo del PIDCP, «no puede considerar presuntas violaciones del Pacto que ocurrieran antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte, a menos que las violaciones denunciadas continúen después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo. Una violación continuada debe interpretarse como una reafirmación, mediante un acto o una implicación evidente, después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, de las violaciones anteriores del Estado Parte» (Comunicación n° 520/1992. Doc. A/49/40, Vol. II, Anexo X, secc. T, párr. 6.4).
343. No obstante, el Comité de Derechos Humanos «no examinará una queja si el mismo asunto está siendo conocido en otro procedimiento internacional» [art. 5.2.a), Protocolo Facultativo del PIDCP]. A este respecto hay que tener presente que la disposición reproducida es la del texto francés e inglés, en el texto español hay una enunciación diferente, esto es, que el «mismo asunto no ha sido sometido» a otro procedimiento. Esa enunciación se considera un error editorial del texto auténtico español y no se tiene en cuenta en la aplicación del Protocolo Facultativo (Doc. E/CN.6/1997/4, de 21 de enero de 1997, nota 17). El texto en inglés y en francés justifica la «reserva» española al adherirse al mencionado Protocolo que tiene el siguiente tenor: «El Gobierno español se adhiere al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Dere-

no pueden ser anónimas, constituyendo el anonimato causa de inadmisibilidad³⁴⁴. 8) La mayoría de los instrumentos convencionales exigen que las quejas se formulen por escrito y en su defecto está previsto en el Reglamento del Comité pertinente.

C. *Procedimiento*³⁴⁵: El procedimiento se desarrolla de forma similar por los distintos Comités, aunque también presentan algunas diferencias que pueden constatar en virtud del instrumento en cuestión, del Reglamento de cada uno de los Comités o en la práctica de los mismos. Las características comunes son: *confidencialidad* (en todas sus fases, aunque la misma desaparece tras ser declarada una queja inadmisibile³⁴⁶ o habiendo sido declarada admisible, cuando los Comités resuelven el fondo del asunto³⁴⁷); *contradicción*

chos Civiles y Políticos, interpretando el artículo 5 párrafo 2 de este Protocolo, en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no conocerá ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado que el mismo asunto no haya sido sometido o no esté siendo sometido a otro procedimiento de examen o arreglo internacional» (BOE n° 79, de 2 de abril de 1985 y corrección de errores, BOE n° 107 de 4 de mayo de 1985). La reserva española está justificada porque si bien el Comité de Derechos Humanos no examina quejas que estén siendo conocidas de forma simultánea por otro procedimiento internacional, sí lo hace de forma sucesiva, de hecho, en más de una ocasión ha conocido de quejas que previamente han sido sometidas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Vid.* Doc. A/49/40, Vol. I, párr. 402.

344. Vía reglamentaria se determina que el «autor» tiene que hacer constar su nombre, dirección, edad, ocupación y prueba de la identidad. Pero que el «autor» de la comunicación tenga que identificarse no significa que su nombre y/o el de la presunta víctima (si fuesen personas distintas), sean revelados en todos los casos. La Convención contra la Discriminación Racial establece que «la identidad de las personas o grupos de personas interesadas no se revelará sin su consentimiento expreso» [art. 14.6.a)]; en sentido análogo el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer (art. 6.1). Ello no está previsto en el Protocolo Facultativo del PIDCP ni en el Reglamento del Comité de Derechos Humanos, aplicándose la regla inversa, esto es, la publicidad salvo solicitud en contrario o bien que el Comité en circunstancias excepcionales decida no publicar la identidad del autor y/o de la presunta víctima.
345. En el Protocolo Facultativo del PIDESC el procedimiento está regulado en los artículos 6 y 8. Este Protocolo presenta como novedad normativa (siguiendo el precedente de instrumentos regionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos), que el Comité DESC se ponga a disposición de las partes a fin de llegar a un arreglo amistoso del asunto, que de conseguirse, pondría fin al procedimiento (art. 6).
346. En el Informe anual que los Comités tienen que presentar a la Asamblea General harán referencia a la misma: Convención contra la Discriminación Racial (art. 14.8) y Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 6), sin perjuicio de que con carácter previo pueden decidir, como vienen haciendo, hacer público sus decisiones de inadmisibilidad.
347. Los dictámenes de los Comités se publican ya sea en el informe anual a la Asamblea General o con carácter previo. En la actualidad la publicidad ha alcanzado gran dimensión en tanto que las decisiones sobre admisibilidad y los «dictámenes» sobre fondo están publicados en la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH): <http://tb.ohchr.org/default.aspx>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

(tanto en fase sobre admisibilidad como en la de fondo³⁴⁸); y *escritura* (característica de las diversas fases procesales, lo que no impide a los Comités que puedan convocar a las partes para que presenten alegatos orales, siempre y cuando lo consideren necesario).

Las fases procesales son: admisibilidad³⁴⁹, fondo³⁵⁰ y dictamen³⁵¹, sin

348. Con toda precisión queda reflejado en el artículo 7.1 del Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer.
349. La fase sobre admisibilidad comienza con el traslado de la queja al Estado interesado y cuando alguna de las partes no aportan las explicaciones solicitadas en el plazo fijado, los Comités pueden decidir sobre admisibilidad «a la luz de la información disponible» (a partir de dicho momento el Estado denunciado puede presentar los alegatos que considere pertinentes (en los plazos establecidos) sobre todas las cuestiones de admisibilidad, fundamentalmente, sobre el agotamiento de los recursos internos, sin perjuicio de que los Comités pueden solicitar informaciones complementarias tanto al autor de la queja como al Estado, que tendrán que presentarlas en el plazo determinado a tales efectos). Si la queja es declarada admisible, el Comité pertinente entrará a conocer el fondo del asunto; si es declarada inadmisibile, en principio, es el fin de caso, sin perjuicio de que el «autor» puede con posterioridad presentar una petición por escrito solicitando que sea revisada la decisión justificando que las razones por las que se declaró la inadmisibilidad han desaparecido. En cada caso concreto los Comités decidirán si procede o no la revisión de sus decisiones y en el supuesto de que la acepten pueden confirmar la inadmisibilidad, o bien declarar la admisibilidad, en cuyo supuesto procede la siguiente fase procesal. En la mayoría de los supuestos en los que los autores de las quejas solicitan la revisión sobre la decisión de admisibilidad, tiene su fundamento en el agotamiento de los recursos internos. Es decir, si la queja hubiese sido declarada inadmisibile por falta de agotamiento de los recursos internos, agotados éstos, el «autor» puede solicitar que sea revisada la decisión, y no es infrecuente que una vez revisada (y realizada la comprobación pertinente) la queja sea declarada admisible.
350. Tras ser declarada una queja admisible, los Comités notifican la decisión a las partes (Estado denunciado y «autor»), comenzando a partir de ese momento la segunda fase procesal (fondo del asunto), sin perjuicio de que algunos Comités, entre ellos, el Comité de Derechos Humanos puede decidir, previo acuerdo con las partes, resolver conjuntamente sobre admisibilidad y fondo, decisión que adoptó al resolver, p. ej., la Comunicación N° 606/1994, Doc. A/50/40 de 1995, Vol. I, párr. 494. También puede hacerlo el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (Comité CEDAW), en este caso, sin necesidad de que las partes consientan, como dispone su Reglamento. La primera etapa de esta fase comienza con la petición cursada por los Comités al Estado denunciado para que presente los alegatos pertinentes e incluso que informe de las medidas correctivas adoptadas, si las hubiese. El carácter contradictorio del procedimiento exige que los alegatos del Estado sean trasladados al «autor» de la queja para que en el plazo que determinen los Comités presenten las suyas. El Estado, al presentar sus alegatos sobre fondo, puede solicitar al Comité pertinente que revise o revoquen la decisión declarando la queja admisible (en supuestos semejantes, el Comité dará traslado al «autor» para que presenten también sus alegatos sobre esta cuestión), en cuyo caso el Comité, «oídas las partes», procederá a declarar la inadmisibilidad o a confirmar la admisibilidad, según proceda.
351. Tras conocer el fondo del asunto y sobre la base de la información disponible, los Comités deliberan en privado y por mayoría adoptan un «dictamen» en el que harán

perjuicio de que haya un acto (incidente) procesal de carácter preventivo y cautelar, las «medidas provisionales» que tienen por finalidad evitar daños irreparables a las personas. Algunos instrumentos atribuyen competencias a los Comités a tales efectos (Protocolos Facultativos más recientes³⁵²), otros Comités no la tienen atribuida aunque vienen ejerciéndola de conformidad con sus Reglamentos³⁵³. En relación con los instrumentos que atribuyen a los Comités competencia para la adopción de «medidas provisionales», si el Estado concernido no procede en consecuencia, incurrirá en responsabilidad internacional. Ahora bien, cuando tales medidas son dictadas por los Comités sin que la competencia sea atribuida por el tratado, se podría poner en cuestión la obligatoriedad de las mismas en tanto que no estamos ante un compromiso convencional. A pesar de ello, si un Estado mantiene una actitud pasiva y no adopta las «medidas provisionales» dictadas, puede frustrar el objeto del proceso y ser incompatible con la obligación de hacer efectivos los derechos reconocidos, siendo éste el argumento que utiliza el Comité de Derechos Humanos para atribuir responsabilidad internacional al Estado que no adopta las «medidas provisionales» por él dictadas³⁵⁴.

D. *Dictámenes: seguimiento de las recomendaciones y su valor jurídico*. Finalizada la fase sobre fondo, los Comités adoptan los «dictámenes» (que tienen una estructura similar a una sentencia, pero que no lo son); cuando concluyen que ha habido violación, pueden realizar sugerencias y recomendaciones³⁵⁵. Dándose este supuesto suelen solicitar al Estado (responsable internacionalmente) que adopte las medidas necesarias para reparar sus consecuencias, e incluso pueden sugerir medidas concretas ya sean particulares o generales. Si bien la mayoría de los instrumentos convencionales no regulan el seguimiento de las recomendaciones, salvo excepciones³⁵⁶, es

constar sus «observaciones» acerca de si los hechos examinados son constitutivos o no de violación de los derechos reconocidos.

352. El Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer (art. 5) y el Protocolo Facultativo de la CDPD (art. 4) son los únicos instrumentos en vigor que atribuye a los Comités respectivos competencias para solicitar a los Estados denunciados la adopción de «medidas provisionales». El día que entre en vigor el Protocolo Facultativo del PIDESC, tal competencia la tendrá el Comité DESC (art. 5).
353. *Vid.* Recopilación de los Reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos: Doc. HRI/GEN/3/Rev.3, de 28 de mayo de 2008.
354. A título de ejemplo, caso *Piandiong, Jesús Morillos y Archie Bulan c. Filipina*, de 19 de octubre de 2000. Doc. CCPR/C/70/D/869/1999, de 19 de julio de 2000, párr. 5.
355. Incluso cabe señalar que pueden llegar a la conclusión de que no ha habido violación en el caso concreto y, sin embargo, realizar sugerencias o recomendaciones para evitar violaciones en el futuro. En este contexto los Comités actúan con carácter preventivo.
356. El Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer establece que en el plazo de seis meses el Estado informará al Comité CEDAW de las medidas adoptadas para reparar las consecuencias de la violación, en función de las opiniones y recomenda-

práctica reiterada de los Comités (y así lo establecen sus Reglamentos) las actividades de seguimiento (que no tienen carácter confidencial), como también es práctica que informen de dicha actividad a la Asamblea General en su informe anual.

Respecto del valor jurídico de los «dictámenes», hay que tener presente que los Comités emiten una «opinión» sobre fondo pero no una «decisión» jurídicamente vinculante, lo que diferencia estos dictámenes de las sentencias de la CIJ o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuyo valor jurídico vinculante resulta indiscutible. Sin embargo, las observaciones y recomendaciones efectuadas por los Comités en sus dictámenes no carecen de efectos jurídicos. Tal afirmación tiene su fundamento en que los Estados en el ejercicio de su soberanía han aceptado, voluntariamente, poder ser denunciados ante órganos internacionales, en el supuesto de que los derechos (que se han comprometido a hacer efectivos) hayan sido violados. Consecuentemente, si los Comités constatan que los Estados han incumplido sus obligaciones, en virtud del principio de buena fe y del principio *pacta sunt servanda*³⁵⁷, están obligados a reparar las consecuencias de la violación.

En el caso de España tal interpretación quizás no haya por qué ponerla en cuestión ya que el Plan (Nacional) de Derechos Humanos³⁵⁸ prevé la adopción de un *Protocolo de actuación para dar cumplimiento a los Dictámenes y Recomendaciones de los distintos Comités de protección de los Derechos Humanos del sistema de Naciones Unidas*. A tales efectos precisa que «se establecerán pautas para tramitar las recomendaciones de dichos Comités con el objeto de proporcionar reparación adecuada a los interesados»³⁵⁹, aunque hasta la fecha dicho Protocolo no ha sido adoptado³⁶⁰.

ciones que le hubiere realizado dicho Comité en su dictamen (art. 7.4). Por su parte el Protocolo Facultativo del PIDESC, constituye un desarrollo normativo a este respecto toda vez que su artículo 9 establece: 1. Tras examinar una comunicación, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere. 2. El Estado Parte dará la debida consideración al dictamen del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité. 3. El Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente ulteriormente el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto.

357. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (arts. 26 y 27).

358. Fue aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008 y presentado por la Vicepresidenta Primera del Gobierno y Ministra de la Presidencia en Naciones Unidas el mismo mes y año.

359. IV.1. Acción Exterior. ONU: Medida 5.

360. En el año 2009 (tras la vigencia del mencionado Plan) España ha sido «condenada»

C. Quejas colectivas en la OIT

El procedimiento de «quejas colectivas» está previsto en la Constitución de la OIT³⁶¹ (Tratado fundacional³⁶²) en cuya virtud una organización profesional de empleadores o de trabajadores puede presentar una queja alegando que un Estado miembro de la OIT no ha garantizado el cumplimiento satisfactorio de un tratado adoptado por dicha Organización, siempre y cuando el Estado concernido sea Parte en el tratado en cuestión, es decir, los legitimados activamente son las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores (art. 24)³⁶³. Al tratarse de «quejas colectivas», no se exige la condición de víctima al peticionario, lo que las diferencia de las «quejas individuales» ante los Comités de las Naciones Unidas.

D. Investigación «ex officio»³⁶⁴

La investigación es consustancial en todo procedimiento contencioso y en los cuasi-contencioso, sin embargo, el procedimiento denominado «investigación *ex officio*» tiene carácter autónomo. Su finalidad es que los Comités investiguen violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que se produzcan en el territorio de los Estados Partes en los tratados que lo prevén³⁶⁵. Se trata de un procedimiento que entra en funcionamiento *ex post*

en varias ocasiones por el Comité de Derechos Humanos: Docs. CCPR/C/95/D/1473/2006, de 24 de abril de 2009; CCPR/C/96/D/1366/2005, de 18 de agosto de 2009; CCPR/C/96/D/1364/2005, de 18 de agosto de 2009; CCPR/C/97/D/1363/2005, de 23 de noviembre de 2009.

361. <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/constq.htm>.

362. Sin perjuicio de que en relación con el ejercicio del derecho a la libertad sindical hay dos procedimientos, uno sustanciado por el Comité de Libertad Sindical y el otro por la Comisión de Investigación y Conciliación en Materia de Libertad Sindical. Mientras que en el primero de ellos un Estado miembro de la OIT puede ser denunciado, incluso sin ser Parte en tratados sobre la materia, en el segundo el Estado no Parte en el tratado pertinente tendrá que dar su consentimiento.

363. Las quejas tienen que ser presentadas por escrito y especificando el tratado por cuyo incumplimiento se presenta la misma. Si es declarada admisible por el Consejo de Administración, el mismo establecerá un Comité que examinará el fondo de la queja y redactará un informe que presentará al mencionado Consejo en el que formulará recomendaciones sobre las cuestiones que debe examinar el mismo, examen que realizará en privado y concluido el mismo adoptará las decisiones que considere oportunas. El examen se realiza de forma confidencial, pero concluido el procedimiento se publica el informe que contiene la decisión adoptada por el Consejo de Administración.

364. Este procedimiento puede ser consultado en la siguiente dirección: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm#inquiry>.

365. La investigación *ex officio* está prevista en los siguientes Tratados: Convención contra la Tortura (art. 20), primer tratado que instituye el procedimiento mencionado, en el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer (art. 8); y en el Protocolo Facultativo de la CDPD (art. 6), Convención internacional para la protección de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

facto (al igual que el de «quejas individuales») y tiene carácter confidencial, aunque por razones obvias los mismos son diferentes³⁶⁶. La investigación *ex officio* puede llegar a transformarse en un procedimiento de gran importancia para los derechos económicos, sociales y culturales cuando el Protocolo Facultativo del PIDESC entre en vigor, toda vez que el mismo también lo prevé (art. 11), aunque el Comité DESC tiene competencia facultativa por lo que un Estado Parte en el mismo para poder ser sometido a este procedimiento habrá tenido que formular una declaración reconociendo la competencia a estos efectos.

Los Comités que tienen competencias en el marco de este procedimiento pueden iniciar la mencionada investigación y lo harán cuando reciban información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos reconocidos³⁶⁷. No obstante, un Estado al vincularse por estos tratados puede formular reserva de exclusión a la competencia de los Comités a tales efectos³⁶⁸, por consiguiente, no todo Estado Parte en tales tratados puede ser objeto de este tipo de investigación. España no tiene formulada semejantes reservas de exclusión. Es un procedimiento articulado sobre la base del principio de *cooperación* (Estado y Comité) y *confidencialidad*, que finaliza con un «informe» que contendrá «observaciones» y «recomendaciones» que será transmitido al Estado concernido, quien en el plazo de seis meses tendrá que presentar sus observaciones³⁶⁹.

todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 31). También lo está en un instrumento no en vigor: Protocolo Facultativo del PIDESC (art. 11).

366. Las diferencias fundamentales entre los mismos radican en que en el «procedimiento de investigación» el órgano competente actúa *ex officio* para investigar violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y no es de aplicación el principio de contradicción, mientras que el «procedimiento de quejas individuales» se inicia a instancia de partes y está articulado sobre la base del principio de contradicción.
367. La investigación para que sea eficaz tiene que realizarse con el consentimiento del Estado concernido, que tendrá que aportar toda la información solicitada por los Comités, sin perjuicio de que terceros (representantes del Estado, organizaciones gubernamentales, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos) también pueden facilitar información, ya sea *motu proprio* o a solicitud del Comité pertinente, los cuales por lo demás podrán recabar documentación del sistema de Naciones Unidas y con el consentimiento del Estado, uno o varios miembros del Comité (designados a tales efectos) pueden realizar la investigación *in loco*.
368. Así queda previsto en la Convención contra la Tortura (art. 28), en el Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer (art. 10) y en el Protocolo Facultativo de la CDPD (art. 8), por citar algunos de los vigentes y vinculantes para España.
369. Transcurrido dicho plazo sin que el Estado haya procedido en tal sentido, el Comité pertinente podrá dirigirse al Estado interesado invitándole a que le informe sobre medidas adoptadas. En relación con el valor jurídico de las observaciones y recomendaciones efectuadas por los Comités en el marco del procedimiento de investigación, queda reproducido lo que ha sido puesto de manifiesto en relación con el procedimiento de quejas individuales.

E. Control de cumplimiento: informes periódicos³⁷⁰

A. *Cuestiones preliminares.* Los procedimientos previamente aludidos entran en funcionamiento *ex post facto*, ya sea como consecuencia de violaciones individualizadas o generalizadas de derechos humanos. A través del «procedimiento de informes periódicos» los órganos convencionales (Comités) controlan la aplicación en Derecho interno de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Partes en los tratados. Este procedimiento tiene fundamentalmente finalidad preventiva³⁷¹, en todo caso hay que tener presente que los Comités suelen hacer sugerencias y recomendaciones sobre la base de los motivos de preocupación que detectan al examinar el informe estatal. Ante dicha realidad, se puede considerar que el procedimiento también tiene cierta finalidad «represiva».

Hay que tener presente que en el ejercicio de esta función de vigilancia cada Comité se esfuerza en fomentar un diálogo constructivo con los Estados Partes (en el tratado sobre el que ejercen sus competencias) y procura determinar si el Estado en cuestión cumple adecuadamente o no con las obligaciones asumidas³⁷². El procedimiento está previsto en nueve tratados en vigor³⁷³ (siendo todos, con excepción de uno, vinculantes para España³⁷⁴).

370. Todo lo relacionado con los informes periódicos puede ser consultado en la siguiente dirección: <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf>.

371. De hecho la finalidad que persigue es que los Estados examinados actúen de conformidad con las directrices del Comité pertinente (contenidas en sus «observaciones finales») a fin de evitar violaciones de derechos humanos. Es cierto que las «observaciones generales» tienen la misma finalidad, sin embargo, las mismas tienen como destinatarios todos los Estados Partes en el tratado. En las «observaciones generales» los Comités interpretan, de forma autorizada, el contenido y alcance de las obligaciones y de los derechos reconocidos en el tratado sobre el que ejercen sus competencias. Las diversas «Observaciones (comentarios) generales» pueden ser consultadas en relación con cada uno de los Comités en: <http://tb.ohchr.org/default.aspx>. Las adoptadas por el Comité DESC y por el Comité de Derechos Humanos hasta 2008 pueden ser asimismo consultadas en: Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 2008 y las adoptadas por los demás Comités en el Vol. II, 2010, de dicho documento.

372. A través de este procedimiento los Comités también pueden ayudar a los gobiernos a cumplir con sus obligaciones, formulando sugerencias y recomendaciones específicas, ya sean legislativas o de otra índole, para la realización más eficaz de los derechos reconocidos.

373. Convención contra la Discriminación Racial (art. 9), PIDCP (art. 40), PIDESC (art. 16), Convención de la Mujer (art. 18), Convención contra la Tortura (art. 19), Convención de los trabajadores migratorios (art. 73), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 44) (Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor e 2 de septiembre de 1990. España es Estado Parte: BOE n° 313, de 21 de diciembre de 1990) y CDPD (art. 35). Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 29), no en vigor.

374. Como se ha hecho notar previamente, la Convención de los trabajadores migratorios no vincula a España.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los Comités tienen competencia obligatoria y no está permitida la reserva de exclusión³⁷⁵, por lo que el «voluntarismo» estatal queda limitado, aunque el mismo no desaparece pues para que el procedimiento funcione como es debido los Estados tienen que cumplir con la obligación asumida, presentar informes iniciales y periódicos en los plazos establecidos³⁷⁶.

Un dato positivo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales es que existe un órgano específico para controlar el cumplimiento de tales derechos, el Comité DESC, control que ejercerá en relación con los Estados Partes en el PIDESC. Pero que el mencionado Comité se ocupe de dicho control no significa que los demás Comités se abstengan de ello, aunque no se trate de un control directo³⁷⁷, sin perjuicio de que hay Comités que controlan de forma directa la aplicación de tales derechos respecto de las personas pertenecientes al grupo protegido por el tratado sobre el que ejercen sus competencias (mujeres, niños, migrantes y personas con discapacidad).

B. Contenido del informe y su presentación. Los Estados Partes en los tratados que regulan este sistema de control se comprometen a informar al Comité pertinente de las medidas que hayan adoptado, y de los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos³⁷⁸. A tales efectos

375. Así ha sido afirmado por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general n° 24, de 1994. Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. 1), de 27 de mayo de 2008, p. 253.

376. Los Estados suelen «cumplir», salvo excepciones, pues presentan los informes, aunque hay que reconocer que es frecuente que lo hagan fuera de plazo, incluso en ocasiones el cumplimiento tardío es de años. En el caso de España, el cuarto informe periódico al Comité DESC tenía que haberlo presentado el 30 de junio de 1999 y no lo presentó hasta el 11 de septiembre de 2002. En el caso del Comité CEDAW el sexto informe tenía que haber sido presentado el 4 de febrero de 2005 y no lo fue hasta el 21 de abril de 2008. Por citar un último ejemplo en la presentación tardía de informes hay que tener presente que ante el Comité de Derechos Humanos el quinto informe tenía que haber sido presentado el 28 de abril de 1999 y se presentó el 9 de febrero de 2007. Datos positivos más recientes, quizás por la presión que viene ejerciendo la sociedad civil a estos efectos, es que el quinto informe que tenía que presentar al Comité DESC el 30 de junio de 2009 ha sido presentado el 1 de julio de 2009 y el informe preliminar al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha presentado el 1 de julio de 2010, por tanto poco menos de un mes de retraso (la fecha prevista era 3 de junio de 2010).

377. El Comité de Derechos Humanos suele también prestar atención a los derechos económicos, sociales y culturales que tienen incidencias en los derechos civiles y políticos, aunque en este caso estaríamos ante un control que ejerce de forma indirecta.

378. Los informes tienen que ser presentados de forma inicial (un año o dos después de la vigencia del tratado para el Estado) y con posterioridad de forma periódica (en los plazos establecidos por los tratados o por el Comité en cuestión). Los Comités también pueden solicitar a los Estados que presenten informes adicionales o complementarios, en cuyo caso determinarán el plazo a tales efectos.

los Comités han preparado unas «Directrices armonizadas para la presentación de informes a los órganos creados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos»³⁷⁹ que consta de dos partes: la primera, titulada «documento básico» (tiene que ser presentado a todos los Comités)³⁸⁰; la segunda está referida al tratado en cuya virtud se presenta el informe³⁸¹.

C. *Procedimiento*. El procedimiento se inicia con la presentación del informe por los Estados³⁸² y se desarrolla del siguiente modo: 1) examen preliminar del informe (en sesión privada) y elaboración de la «lista de cuestiones» (a cuyos efectos los Comités pueden tener presente otras fuentes de información³⁸³); 2) remisión de la «lista de cuestiones» al Estado cuyo informe será examinado (el Estado deberá responder en la fecha que el Comité pertinente determine) y notificación de la fecha en la que el informe objeto de examen³⁸⁴; 3) examen de informe en sesión pública³⁸⁵ (bajo la dirección

379. Los Estados tienen que informar de las cuestiones relacionadas con el «territorio y la población», con la «estructura política general del Estado», con el «marco normativo general de protección de derechos humanos», etc. Doc. HRI/GEN/2/Rev.5, de 29 de mayo de 2008.

380. El «documento básico» preparado y presentado por España está publicado en, Doc. HRI/CORE/ESP/2010, de 3 de mayo de 2010.

381. Los informes serán presentados ante el Secretario General de las Naciones Unidas quien los transmitirá al Comité pertinente. En el caso del PIDESC el Secretario General «transmitirá también a los organismos especializados copias de los informes, o de las partes pertinentes de éstos, enviados por los Estados Partes en el presente Pacto que además sean miembros de estos organismos especializados, en la medida en que tales informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de dichos organismos conforme a sus instrumentos constitutivos» [art. 16.2.b)]. El PIDCP prevé esta posibilidad aunque con carácter facultativo (art. 40.3). Al presentar los Informes los Estados pueden hacer constar el grado de dificultades que afectan al cumplimiento de las obligaciones asumidas, circunstancia que será tenida presente por los Comités en los casos oportunos cuando examinen los informes. El Comité DESC ha precisado que el requisito de la presentación de informes es mucho más que un mero compromiso formalista y ha hecho hincapié en que las obligaciones de presentar informes que impone el PIDESC cumplen una serie de objetivos. *Vid.* ALSTON, 1991, pp. 14-15.

382. FERNÁNDEZ LIESA, 2009, pp. 299-328.

383. Al elaborar la «lista de cuestiones» los Comités también pueden tener presentes los «informes» que hayan sido presentados por los organismos especializados de las Naciones Unidas, las ONG, las instituciones nacionales de derechos humanos y cualquier otra institución o persona que tenga interés jurídico en el asunto.

384. Ello tiene por finalidad que el Estado concernido organice y decida la delegación que enviará (representantes estatales de alto nivel en función de las materias a tratar) para mantener el diálogo con el Comité pertinente durante el examen del informe. Que los informes sean examinados en presencia de los representantes estatales no estaba previsto, en principio, en los tratados, sino que es una práctica que fue introducida por el CEDR en 1972 y seguida posteriormente por los demás Comités.

385. Cada Comité dedica un número de sesiones al examen de los informes de los Esta-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

del Presidente del Comité de que se trate, en la que la delegación estatal³⁸⁶ procederá a realizar una breve exposición del informe presentado y, en ocasiones, responderá oralmente a las preguntas formuladas en la «lista de cuestiones» que con carácter previo habrá contestado –o no– por escrito; a partir de ahí se abre un diálogo constructivo entre los miembros del Comité pertinente y los representantes estatales)³⁸⁷.

D. Observaciones finales. Concluida la sesión pública, los Comités, en privado, elaboran la «observaciones finales»³⁸⁸ que se ajustan a la siguiente estructura: introducción³⁸⁹, aspectos positivos³⁹⁰, principales motivos de preocupación³⁹¹, sugerencias y recomendaciones³⁹². Las «observaciones finales»

dos (el Comité DESC examina los informes en tres sesiones). A la sesión pública pueden asistir (sin voz) representantes de los organismos especializados de las Naciones Unidas, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos y el público en general.

386. Puede suceder, aunque no es la práctica, que un Estado no se presente ante el Comité que va a proceder a analizar su informe. En todo caso, en los últimos tiempos como quiera que los Comités han decidido examinar a un Estado (sobre la base de la información fidedigna de que dispongan) aun sin que el mismo haya presentado el informe pertinente (cuando se producen retrasos injustificados), puede suceder que a pesar de que los Comités elaboren la lista de cuestiones y la remiten al Estado concernido para que respondan, e incluso le indique la fecha de la sesión en el que será examinado, el Estado siga manteniendo una actitud pasiva y no conteste a la lista de cuestiones ni envíe delegación ante el Comité pertinente.
387. Cada miembro del Comité puede solicitar a la delegación estatal aclaraciones sobre determinados puntos del informe o explicaciones sobre cuestiones que en opinión del miembro del Comité están omitidas. La delegación estatal procederá a dar las respuestas que considere oportunas y si no resultan convincentes, los miembros de los Comités pueden solicitar nuevas aclaraciones.
388. Finalizado el diálogo, el Relator del país (cada Comité nombra a uno de sus miembros como Relator del país cuyo informe será examinado, Relator que actuará como ponente) coordina la redacción de las observaciones finales (también denominadas comentarios finales) a cuyos efectos prepara un proyecto en el que recoge los comentarios y sugerencias de los miembros del Comité pertinente.
389. El Comité DESC, como suelen hacer los demás Comités (utilizando fórmulas de cortesías), acogió con satisfacción el cuarto informe periódico de España, preparado de conformidad con sus directrices. También acogió con agrado el diálogo franco y constructivo que mantuvo con la delegación de alto nivel de nuestro país en la que participaron expertos en las distintas cuestiones que abarca el PIDESC. Y valora las exhaustivas respuestas por escrito a la «lista de cuestiones» y el material impreso adicional que se puso a su disposición durante el diálogo. Doc. E/C.12/1/Add.99, de 7 de junio de 2004, párr. 2-3.
390. España fue felicitada por el Comité DESC por «la adopción y aplicación de diversas medidas destinadas a fortalecer la protección de los derechos económicos, sociales y culturales». Doc. E/C.12/1/Add.99, párr. 4.
391. Los principales motivos de preocupación son expresados por el Comité DESC, en relación con España, de forma contundente. Doc. E/C.12/1/Add.99, párr. 6, 8, 9, 11-16, 19-23.
392. Las sugerencias y recomendaciones del Comité DESC en relación con España puede

son remitidas por los Comités al Estado interesado (y se hacen públicas en todos los idiomas oficiales³⁹³) el cual puede formular al Comité correspondiente sus comentarios sobre las mismas, comentarios que se pueden hacer públicos³⁹⁴.

Varios Comités, entre ellos, el Comité DESC, han instituido procedimientos oficiales para vigilar la aplicación de determinadas recomendaciones contenidas en sus «observaciones finales»³⁹⁵ las cuales son efectuadas sobre la base de los motivos de preocupación detectados al examinar los informes (iniciales o periódicos) de los Estados. Llegado a este punto cabe cuestionar el valor jurídico de las recomendaciones contenidas en las «observaciones finales», cuestión que no es pacífica, aunque en los últimos tiempos al menos el efecto jurídico de tales recomendaciones ha quedado reforzado por la jurisprudencia de la CIJ. Ésta en su Dictamen Consultivo de 9 de julio de 2004 ha reconocido el efecto jurídico y la interpretación autorizada tanto del Comité de Derechos Humanos como del Comité DESC en el marco de sus «observaciones finales» sobre los respectivos informes periódicos de un Estado (Israel³⁹⁶). Es cierto que la CIJ se refiere a los dos Comités citados, sin embargo, ello no constituye obstáculos para que pueda considerarse que resulta de aplicación a los demás Comités. Pero efectos jurídicos ¿es sinónimo de valor jurídico vinculante? Si las recomendaciones tienen valor jurídico vinculante, el incumplimiento de las mismas por el Estado concernido le

consultarse en el documento previamente indicado, pars. 14, 24-26, 28-33, 37-39, 40 y 41-43.

393. Las versiones definitivas de las «observaciones finales» en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas se publican en la web (<http://www.ohchr.org/spanish/bodies/index.htm>) en el plazo de dos o tres semanas. Las del Comité CEDAW se publican en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>.

394. El Comité DESC publica como documentos suyos todos los comentarios que recibe, tal como son presentados, únicamente a efectos de información, y deja constancia de ellos en su informe anual (Doc. E/2005/22); el Comité de Derechos Humanos suele publicarlo como documento oficial y cita los comentarios de los Estados, pero no lo incluye en sus informes anuales; el CEDR los consigna en su informe anual a la Asamblea General; el Comité CEDAW distribuye tales comentarios entre sus miembros y acusa recibo de ellos en un anexo del informe anual que presenta a la Asamblea General, sin perjuicio de que también puede decidir publicar los comentarios independientemente de su informe anual; el Comité de los Derechos del Niño, por citar un último ejemplo, acusa recibo de los comentarios en sus informes de período de sesiones y puede reproducirlos en sus informes bienales a la Asamblea General, si se solicita oficialmente.

395. Las funciones de seguimiento pueden ser consultadas en la *Recopilación de los Reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*: Doc. HRI/GEN/3/Rev.3, de 28 de mayo de 2008.

396. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis du 9 juillet 2004, párr. 107-113.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

hace incurrir en responsabilidad internacional. Ahora bien, cuando se considera que una recomendación no carece de efectos jurídicos significa que el Estado debe de actuar de conformidad con la misma para evitar incurrir en responsabilidad internacional, pero no por el incumplimiento de las recomendaciones, sino por no adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivo los derechos reconocidos, siendo esto una obligación jurídica vinculante porque el Estado en el ejercicio de su soberanía así lo ha decidido al ratificar o adherirse al tratado.

En el caso de España, dado que el Plan de Derechos Humanos prevé un *Protocolo de actuación* para dar efectividad también a las «recomendaciones» de los Comités, como ha sido señalado *supra*, el efecto jurídico de las mismas, esperemos que pueda afirmarse con rotundidad el día que dicho Protocolo sea una realidad³⁹⁷.

F. Control preventivo

El control preventivo data de los últimos años al haber sido adoptado un Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura³⁹⁸. Su finalidad es que el órgano internacional que instituye (Subcomité Prevención Tortura) proceda a realizar visitas *in loco* al territorio de los Estados Partes y, más específicamente, que proceda a visitar los lugares en donde haya personas privadas de libertad por las autoridades públicas³⁹⁹. Se hace referencia a este procedimiento pues el Subcomité presta una atención especial a las condiciones materiales de detención de las personas privadas de libertad, por tanto,

397. En relación con España, las «Observaciones finales» más recientes son las siguientes: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Doc. CERD/C/64/CO/6, de 28 de abril de 2004 y Doc. CERD/C/ESP/CO/18-20, de 8 de abril de 2011; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Doc. E/C.12/1/Add.99, de 7 de junio de 2004; Comité de los Derechos del Niño: Doc. CRC/C/OPSC/ESP/CO/1, de 17 de octubre de 2007 y Doc. CRC/C/ESP/CO/3-4, de 3 de noviembre de 2010; Comité de Derechos Humanos: Doc. CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009; CEDAW: Doc. CEDAW/C/ESP/CO/6, de 7 de agosto de 2009; y Comité contra la Tortura: Doc. CAT/C/ESP/CO/5, de 19 de noviembre de 2009; y Doc. CDPD/C/ESP/CO/1, de 19 de octubre de 2011.

398. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General mediante la resolución 57/199, de 18 de diciembre de 2002. Entrado en vigor: 26 de junio de 2006, de conformidad con el art. 28.1.

399. Si bien en Naciones Unidas este procedimiento tiene carácter novedoso, lo cierto es que el mismo, en lo que al órgano internacional respecta, sigue el precedente del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura (1987) del Consejo de Europa. *Vid.* GEREZ CZITROM, 2006, pp. 99-107; LORENZO, 2007, pp. 62-69; MARIÑO MENÉNDEZ, 2008, pp. 1090-1095; PERCIBALLE, 2008, pp. 57-66; RUILOBA ALVARIÑO, 2009, pp. 333-370.

se ocupa de todos aquellos derechos económicos, sociales y culturales que tienen que hacerse efectivos en relación con tales personas⁴⁰⁰.

La vinculación de los Estados (como es el caso de España⁴⁰¹) por este instrumento convencional significa la aceptación de que el Subcomité pueda visitar su territorio (de conformidad con el calendario establecido a tales efectos, en el caso de visitas periódicas, o cuando lo estime pertinente, en el caso de las visitas *ad hoc*) sin necesidad de tener que solicitar autorización⁴⁰². Realizada la visita el Subcomité elabora un informe, que es confidencial, y en el que procederá a hacer constar las recomendaciones que considere pertinentes. La confidencialidad del informe puede desaparecer porque el Estado visitado autorice su publicación o bien (como una forma de sanción moral) cuando así sea decidido por el Comité contra la Tortura, si el Estado visitado no coopera con el Subcomité o hace caso omiso a las recomendaciones sugeridas por el mismo.

Además de instituir el mencionado órgano internacional, el Protocolo también dispone que uno o varios órganos internos (de nueva creación o ya existentes) se ocupen, «con carácter preventivo», de las cuestiones relacionadas con las torturas y otras formas de malos tratados en relación con las personas privadas de libertad (arts. 3 y 17)⁴⁰³, con unas funciones similares

400. Ello se puede constatar del Informe sobre la visita a Paraguay en el que consta determinadas recomendaciones en relación con las condiciones materiales de detención: Que se mejore de inmediato las condiciones materiales de las celdas, en especial en lo que concierne a superficies mínimas por persona detenida, volumen de aire, alumbrado y ventilación; Que se dote a las comisarías de presupuesto para la adquisición de alimentos para las personas detenidas, las que deberán recibir comida, de un valor nutritivo suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas, al menos dos veces al día; Que se provea a las personas privadas de libertad de al menos dos litros de agua potable para beber por día, en forma gratuita y sistemática; Que se asegure el acceso regular al baño y duchas a las personas privadas de libertad, así como que se provean camas con colchones para aquellas personas que deban pasar la noche en detención. Las celdas deberán ser aseadas en forma regular por personal de la comisaría. Las instalaciones sanitarias deberán estar limpias y en funcionamiento, de manera que las personas detenidas puedan satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente. Que, en la medida de lo posible, las personas detenidas en comisarías por más de 24 horas tengan la posibilidad de realizar ejercicio físico fuera de sus celdas al menos una vez al día por el término de una hora. Doc. CAT/OP/PRY/1, de 7 de junio de 2010.

401. BOE n° 148, de 22 de junio de 2006.

402. Dado que es un procedimiento de carácter preventivo, en modo alguno las visitas llevadas a efecto por el Subcomité (al menos las de carácter periódico) deben ser interpretadas como que en el Estado se estén cometiendo actos de torturas u otras formas de malos tratos, sin perjuicio de que al realizar la visita dicho órgano puede encontrar «huellas» de tales actos, en cuyo caso lo hará constar en su informe.

403. SALADO OSUNA y VILLÁN DURÁN, 2009, pp. 221-226.

al Subcomité internacional⁴⁰⁴. En España, la opción ha sido atribuir dicha competencia al Defensor del Pueblo⁴⁰⁵, a cuyos efectos se ha procedido a modificar su Ley Orgánica⁴⁰⁶.

7.3. DERECHO INTERNACIONAL UNIVERSAL (2): GARANTÍAS EXTRA CONVENCIONALES

Las garantías extra convencionales son aquellas que no están previstas en un tratado internacional, sino que han sido instituidas por órganos de las Naciones Unidas. A pesar de tal calificación, estas garantías tienen su fundamento en un tratado internacional (arts. 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas) y como marco normativo de referencia la DUDH y los demás instrumentos internacionales de derechos humanos que resulten pertinentes. A tales efectos cabe distinguir los Procedimientos especiales⁴⁰⁷ y el Examen Periódico Universal, sin olvidar el procedimiento de quejas instituido en la UNESCO ya que el mismo también está creado por decisión de un órgano de este organismo especializado de Naciones Unidas y no por un tratado internacional⁴⁰⁸.

404. Éste para ayudar a los Estados en la creación de órganos o atribución de competencias a los ya existentes, tiene adoptadas unas *Directrices preliminares para el establecimiento de mecanismos nacionales de prevención*: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/SPTguidelinesNPM_sp.doc.

405. AA VV, 2009.

406. Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial añade (artículo tercero) una nueva Disposición Final Única en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, relativa al Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. BOE n° 266, de 4 de noviembre de 2009.

407. *Boletín Especial de las Naciones Unidas de los Procedimientos Especiales*, n° 11, 2008 (<http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/docs/Issue11-draft3.pdf>).

408. La Decisión 104/EX/3.3 (1978), del Consejo Ejecutivo de la UNESCO, estableció un procedimiento para tramitar quejas relativas a presuntas violaciones de los derechos humanos en la esfera de sus competencias (educación, ciencia, cultura e información). Es un procedimiento confidencial que tiene por finalidad concluir un acuerdo amistoso con el Estado concernido, siendo el marco jurídico de referencia la Carta Internacional de Derechos Humanos (DUDH, PIDCP y PIDESC). Los legitimados activamente son la presunta víctima y toda persona que tenga un conocimiento fidedigno de las violaciones, lo que incluye a las ONG (párr. 14.a.iii), sin que se exija que los terceros actúen con el consentimiento o en representación de las presuntas víctimas. Al no exigir la condición de víctima al peticionario se distancia del procedimiento de «quejas individuales» establecidos en los tratados adoptados en Naciones Unidas, sin embargo, guarda similitud con el procedimiento de quejas instituido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 44). El Director General de la UNESCO es quien procede a informar al Estado denunciado a fin de que el mismo facilite la información que considere oportuna. De ello se da traslado al Comité de Convenciones y Recomendaciones que examinará si las quejas cumplen los requisitos para su admisibilidad (no ser anónima; ser interpuestas por los legitimados a tales efectos; tiene que invocarse violación de los derechos de competencia de la UNESCO; ser compatibles con los principios de la UNESCO, de la Carta de las Naciones Unidas y de

7.3.1. Procedimientos especiales: los «mandatos temáticos»

A. *Cuestiones previas.* Los «Procedimientos especiales»⁴⁰⁹, que datan de 1967⁴¹⁰, en la actualidad están bajo la autoridad del Consejo de Derechos Humanos, que en el año 2006 reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos⁴¹¹. La finalidad de los mismos es conocer la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas y se dividen en «Mandatos por país» (se investiga un país cuando haya razones fundadas de que en el mismo se están produciendo violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos internacionalmente reconocidos) y «Mandatos temáticos» (se examina y, llegado el caso, se investiga un derecho humano en concreto: vivienda, salud, educación..., cuestiones relacionadas con un grupo de personas: inmigrantes, indígenas, desplazados internos..., o con una situación: extrema pobreza..., en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas).

Hay que reconocer que los «Procedimientos especiales» (extra conven-

la DUDH; tienen que estar bien fundada y contener todos los elementos de pruebas pertinentes; no deben basarse exclusivamente en informaciones difundidas por los medios de comunicación; no deben ser injuriosas ni pueden constituir abusos de derecho; tienen que presentarse en un plazo razonable, desde que sucedieron los hechos, o se tiene conocimiento de los mismos; y tienen que indicar si se ha intentado agotar los recursos internos y, en caso afirmativo, los eventuales resultados obtenidos), pudiendo declarar la inadmisibilidad cuando el Estado concernido haya reparado las consecuencias de la violación «de conformidad con los principios de derechos humanos enunciados en la DUDH» (párr. 14.a). Si el Comité declara la queja admisible, el Director General lo notificará al Estado denunciado y al autor de la queja. A partir de dicho momento el Comité procederá a entrar en el fondo del asunto a cuyos efectos puede solicitar a las partes la información que estime pertinente (párr. 14 f y h). La opinión sobre el fondo, junto con las recomendaciones, será incluida por el Comité en el informe confidencial que enviará al Consejo Ejecutivo (párr. 15) quien examinará los informes presentados por el mencionado Comité a puerta cerrada, salvo que se trate de violaciones masivas, sistemáticas o flagrantes de derechos humanos, en cuyo caso podrá decidir examinarlo en sesión pública (párrs. 17 y 18). El Consejo Ejecutivo indicará las medidas que considere adecuadas (párr. 16), con independencia de que haya examinado las quejas en sesión pública o privada.

409. La expresión «Procedimientos especiales» ha sido acuñada a la luz de la práctica de la Comisión de Derechos Humanos, del ECOSOC y de la Asamblea General para describir los distintos procedimientos establecidos para promover los derechos humanos en relación con cuestiones o temas concretos, o para examinar la situación en determinados países. *Vid.* Manual de los Procedimientos Especiales de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. CH/NONE/2006/158, párr. 1.
410. Los mismos tienen su origen en la decisión de la extinta Comisión de Derechos Humanos de auto declararse competente para conocer de violaciones de derechos humanos, competencia que fue confirmada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC).
411. El Consejo de Derechos Humanos cuando comenzó a ejercer sus funciones decidió realizar una revisión de los procedimientos existentes que habían sido instituidos por la extinta Comisión de Derechos Humanos (Resolución 5/1, de 18 de junio de 2007). Y en un intento de mejorar y coordinar los mismos, ha adoptado un *Código de Conducta* (Resolución 5/2, de 18 de junio de 2007) para los titulares de mandatos en estos procedimientos. *Vid.* GIERA DURALL, 2009.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cionales) tienen mayor fragilidad que los «Procedimientos convencionales» referidos *supra*, sin embargo, los primeros tienen en su haber: 1º) Se aplican a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, con independencia de que el Estado en cuestión sea Parte o no en un tratado de derechos humanos; y 2º) Entre sus objetivos está reducir, con el fin de eliminar de forma definitiva, las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y promover la observancia y efectividad de tales derechos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Es cierto que esta misma finalidad persigue el procedimiento sobre «investigación *ex officio*», pero éste sólo es aplicable a aquellos Estados Partes en los tratados que lo han aceptado.

B. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el marco de los Mandatos temáticos.* Varios mandatos de esta naturaleza se ocupan de tales derechos estando vigentes: educación (1998)⁴¹²; alimentación (2000)⁴¹³; vivienda adecuada (2000)⁴¹⁴; salud física y mental (2002)⁴¹⁵; agua potable (2008)⁴¹⁶ y derechos culturales (2009)⁴¹⁷. Asimismo hay que tener presente otros mandatos, que si bien se ocupan de determinados grupos de personas, los mismos tienen muy presente estos derechos: inmigrantes (1999)⁴¹⁸; indígenas (2001)⁴¹⁹; personas internamente desplazadas (2004)⁴²⁰; trata de personas (2004)⁴²¹; minorías (2005)⁴²² y esclavitud (2007)⁴²³; como también los mencionados derechos están muy presentes y constituyen, en cierta medida, el fun-

-
412. Relatora Especial sobre el derecho a la educación: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/education/rapporteur/>.
413. Relator Especial sobre el derecho a la alimentación: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/food/>.
414. Relator Especial sobre la vivienda adecuada: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/housing/>.
415. Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: <http://www.ohchr.org/spanish/issues/health/right/>.
416. Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento. <http://www2.ohchr.org/english/issues/water/iexpert/index.htm>.
417. Experto independiente en la esfera de los derechos culturales. http://www2.ohchr.org/spanish/issues/cultural_rights/index.htm.
418. Relator Especial sobre los derechos de los inmigrantes. <http://www.ohchr.org/spanish/issues/migration/>.
419. Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/>.
420. Relator Especial sobre los derechos de las personas internamente desplazadas. <http://www.ohchr.org/spanish/issues/idp/>.
421. Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños. <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/trafficking/index.htm>.
422. Experto independiente en las cuestiones de las minorías. <http://www2.ohchr.org/english/issues/minorities/expert/index.htm>.
423. Relator Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud. <http://www2.ohchr.org/english/issues/slavery/rapporteur/index.htm>.

damento de tres mandatos: extrema pobreza (1998)⁴²⁴; deuda externa (2000)⁴²⁵ y solidaridad (2005)⁴²⁶. Sin olvidar los mandatos sobre derechos civiles y políticos pues algunos de los órganos *ad hoc* creados a tales efectos también se ocupan de la incidencia que tienen los derechos económicos, sociales y culturales sobre la efectividad del derecho objeto de su mandato⁴²⁷.

C. *Órganos competentes, características y método de trabajo*. En la actualidad es el Consejo de Derechos Humanos quien decide crear un nuevo «mandato» o renovar los existentes y tal órgano es de naturaleza política⁴²⁸. Pero decidido el nuevo mandato se instituye un órgano *ad hoc*, ya sea colegiado («grupos de trabajo») o unipersonal («relator especial» o «representante especial») integrado por expertos independientes que actúan a título personal⁴²⁹ y que son los que llevan a cabo estos procedimientos⁴³⁰.

424. Experto independiente sobre la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza. <http://www.ohchr.org/spanish/issues/poverty/>.

425. Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el goce de los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/development/debt/index.htm>.

426. Experto independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional. <http://www2.ohchr.org/english/issues/solidarity/index.htm>.

427. A título de ejemplo cabe mencionar el «Mandatos temáticos» sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (1982).

428. Está integrado por cuarenta y siete representantes estatales, cualidad que en los momentos presentes tiene España: http://www.un.org/ga/63/elections/hrc_elections.shtml#candidates. El hecho de que el Consejo de Derechos Humanos también tenga naturaleza política (como la extinta Comisión de Derechos Humanos) ha llevado a cuestionar, por muchos autores, la pertinencia o no de su creación. *Vid.* entre otros, GINÉS SANTIDRIÁN, 2005, pp. 50-55; GORCZEWSKI, 2007, pp. 25-32; LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, 2006, pp. 569-574; VILLÁN DURÁN, 2006, ALMQVIST y GÓMEZ ISA, 2006.

429. <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>. También hay que tener presente que sobre cuestiones temáticas conexas se ha sido asignado al Secretario General funciones de vigilancia y presentación de informes: <http://www.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm>.

430. Las principales funciones atribuidas a los órganos *ad hoc* son: analizar, en nombre de la comunidad internacional, el derecho, el grupo de personas o la situación de la que se ocupe; asesorar sobre las medidas que deberían tomar los gobiernos y otros actores pertinentes; alertar a los órganos y organismos de las Naciones Unidas y a la comunidad internacional en general sobre la necesidad de resolver situaciones y cuestiones específicas. A ese respecto contribuyen a poner en marcha sistemas de «alerta temprana» y a promover la adopción de medidas preventivas; defender a las víctimas de violaciones mediante distintas medidas, p. ej., solicitando a los Estados que adopten medidas urgentes e instando a los gobiernos a que respondan a denuncias concretas de violaciones de los derechos humanos y a que proporcionen reparación; activar y movilizar a la comunidad internacional y la comunidad nacional para que aborden determinadas cuestiones de derechos humanos; y alentar la cooperación entre los gobiernos, la sociedad civil –ONG– y las instituciones nacionales de derechos humanos. *Vid.* Manual de los Procedimientos Especiales..., *op. cit.*, párrs. 4-5.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el ejercicio de sus funciones (ante supuestos de violaciones de derechos humanos) los órganos tienen que tener en cuenta todas las fuentes de información disponibles que consideren creíbles y pertinentes⁴³¹, guiándose por los principios de discreción, transparencia y equidad. Las comunicaciones presentadas deben hacerse por escrito, en forma impresa o electrónica, e incluir detalles completos de la identidad y domicilio del denunciante, así como detalles del incidente o la situación que describen. No son examinadas las denuncias anónimas⁴³².

D. *Procedimiento en caso de violaciones de derechos humanos.* Sobre la base de las denuncias recibidas, con independencia de las fuentes de información, los órganos enviarán, por conducto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), una «comunicación»⁴³³ al gobierno⁴³⁴ de que se trate en relación con cualquier violación, efectivamente cometida o que se prevé que se cometerá, de los derechos humanos abarcados por su mandato; consecuentemente, actúan tanto *ex post facto* como con carácter preventivo⁴³⁵. Recibida la respuesta del gobierno en cuestión (o de otras fuentes), el titular de mandato determinará la mejor manera de proceder⁴³⁶. Todas las comunicaciones enviadas y las

431. En particular las provenientes de gobiernos, organizaciones intergubernamentales, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos, presuntas víctimas de violaciones de derechos humanos, familiares de las víctimas y testigos. Siempre que resulte posible y apropiado, los órganos deben procurar celebrar consultas y reunirse con esas fuentes y dar las oportunidades, tanto a los representantes de los gobiernos para formular observaciones sobre las denuncias hechas contra ellos, como a quienes formulan la denuncia a fin de que puedan comentar las respuestas dadas por los gobiernos. Aunque no se exige a los titulares de mandatos que informen a las personas que facilitan información sobre las medidas que han adoptado posteriormente, sin embargo, pueden optar por hacerlo sin que ello suponga revelar el contenido específico de las comunicaciones con los gobiernos, a menos que el gobierno en cuestión haya dado una respuesta definitiva a la cuestión.

432. Las denuncias deben contener preferiblemente el nombre de las víctimas u otra información que les identifique, como la fecha de nacimiento, el sexo, el número de pasaporte y lugar de residencia; el nombre de la comunidad u organización víctima de las presuntas violaciones, información en cuanto a las circunstancias en particular la fecha y el lugar de los incidentes, los presuntos autores, los supuestos motivos e información contextual; y las medidas ya adoptadas a nivel nacional, regional o internacional en relación con el caso.

433. La «comunicación» no entraña ningún juicio de valor por parte del órgano pues su propósito es obtener una aclaración sobre denuncias de violaciones de derechos humanos y promover medidas encaminadas a protegerlos.

434. Se mantiene la confidencialidad de la fuente para protegerla de posibles represalias, salvo que la fuente informante solicite que sea revelada su identidad.

435. Las «comunicaciones» pueden tratar de casos relacionados con personas, grupos o comunidades, o bien de la legislación en vigor o de proyectos de leyes que se consideran un motivo de preocupación.

436. P. ej., pidiendo más información, formulando recomendaciones u observaciones que

respuestas recibidas son confidenciales hasta el momento en que sean publicadas en el informe del titular de mandato⁴³⁷. Tales órganos también pueden realizar su investigación *in loco* siempre y cuando el Estado en cuestión haya consentido a la solicitud cursada a tales efectos, aunque en ocasiones son los propios Estados los que invitan a los titulares de mandatos para que visiten su país, como ha hecho España⁴³⁸, la cual ha sido visitada en los últimos años por tres Relatores⁴³⁹.

E. Recomendaciones y su valor jurídico. Si el valor jurídico de las «recomendaciones» realizadas por los Comités de Naciones Unidas en sus «dictámenes» o en sus «observaciones finales» no es una cuestión pacífica, la situación se complica cuando se trata de recomendaciones llevadas a cabo en los «informes» de los órganos *ad hoc* pues los mismos no están instituidos por tratados internacionales, sino por resoluciones de órganos de Naciones Unidas. Pero si tenemos presente que el fundamento jurídico de estos procedimientos (mandatos), como se ha hecho notar, son los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, rechazar los efectos de las recomendaciones no está jurídicamente fundado toda vez que de conformidad con las mencionadas disposiciones los Estados han asumido la obligación de hacer efectivos los derechos humanos y libertades fundamentales, ya sea de forma individual o en cooperación con la Organización. Así parece ser que ha sido interpretado por la CIJ que no se ha limitado a tener presente la jurisprudencia de los Comités a la que se ha hecho referencia, sino que también ha tenido presente al Relator especial sobre el derecho a la alimentación y, en concreto, al informe especial del mismo relativo a Israel sobre la base de la visita *in loco* efectuada a territorios ocupados⁴⁴⁰, amén de los informes del Relator Especial y del Comité Especial sobre la situación de los derechos humanos en los

se publicarán en el informe pertinente, o adoptando otras medidas apropiadas para lograr los objetivos del mandato. *Vid.* Manual de los Procedimientos Especiales..., *op. cit.*, párrs. 28-31 y 35-36.

437. En los informes de los titulares de mandato debe constar las «comunicaciones» enviadas y las respuestas recibidas de los gobiernos, así como las observaciones de los titulares de mandatos en relación con el resultado del intercambio de opinión, así como las recomendaciones que el órgano en cuestión considere necesarias. En tales informes se hace constar los nombres de las presuntas víctimas, aunque pueden hacerse excepciones en relación con los niños y otras víctimas de violencia.
438. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special/invitations.htm#spain>.
439. Relator Especial sobre la cuestión de la tortura (E/CN.4/2006/6/Add.2, de 21 de marzo de 2006), Relator Especial sobre una vivienda adecuada (Doc. A/HRC/7/16/Add.2, de 7 de febrero de 2008) y Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo (Doc. A/HRC/10/3/Add.2, de 16 de diciembre de 2008).
440. Doc. E/CN.4/2003/L.12, de 8 de abril de 2003.

territorios árabes ocupados⁴⁴¹. Estos informes permitieron a la CIJ concluir que «la construcción del muro restringe ilegalmente la libertad de circulación de los habitantes de esos territorios, lo mismo que el ejercicio de los derechos al trabajo, a la salud, a la educación y a un nivel de vida suficiente de esas personas»⁴⁴².

7.3.2. Examen periódico universal

A. *Cuestiones previas*. El «Examen Periódico Universal» (EPU) es competencia del Consejo de Derechos Humanos⁴⁴³, garantía que es aplicable a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas⁴⁴⁴, cada cuatro años⁴⁴⁵.

B. *Procedimiento*. Los Estados miembros presentan su informe⁴⁴⁶ y a su vez el ACNUDH procede a presentar dos documentos, sobre la base de toda la información que le ha sido suministrada⁴⁴⁷. Sobre la base de la informa-

441. <http://www.ohchr.org/spanish/countries/ps/mandate/index.htm>.

442. CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dictamen de 9 de julio de 2004, párrs. 132-134. Vid. SALADO OSUNA y VILLÁN DURÁN, 2009, p. 211.

443. Reemplaza a la antigua Comisión de Derechos Humanos (órgano subsidiario del ECOSOC) que había sido instituida en 1946 en virtud del artículo 68 de la Carta de las Naciones Unidas. La decisión de instituir el Consejo de Derechos Humanos fue adoptada en la «Cumbre Mundial de 2005». Vid. Asamblea General, Resolución 60/1, de 24 de octubre de 2005, párrs. 157-160 y creado formalmente por la Asamblea General mediante la Resolución 60/251, de 3 de abril de 2006.

444. En el plazo de un año desde su creación, el Consejo procedió a determinar a efectos del EPU (Resolución 5/1, de 18 de junio de 2007. Doc. A/HRC/5/21, de 7 de agosto de 2007, pp. 5-11): el marco normativo de referencia, los principios sobre el que se articula, los objetivos que se deben perseguir, la periodicidad y el orden del examen, el procedimiento (haciendo referencia a las fuentes documentales, a las modalidades de examen que llevará a efectos, al resultado del examen y a su seguimiento). Además, ha establecido directrices para la preparación de los informes (Decisión 6/102, de 27 de septiembre de 2007) y ha decidido los períodos de sesiones en los que procederá a examinar los informes de los Estados entre 2008-2011.

445. El EPU está basado en «información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados; el Consejo determinará las modalidades del mecanismo del examen periódico universal y el tiempo que se le asignará antes de que haya transcurrido un año desde la celebración de su primer período de sesiones» [Resolución 60/251, de 3 de abril de 2006, párr. 5.e)].

446. Que deberá prepararse mediante un amplio proceso de consulta a nivel nacional con todos los actores interesados pertinentes y no ser superior a veinte páginas.

447. El primero de los documentos contiene un resumen de las observaciones y recomendaciones de los Comités y otros órganos y organismos de las Naciones Unidas en

ción que se pone a disposición del Consejo de Derechos Humanos, los representantes estatales participantes en el mismo, que así lo deseen, proceden a elaborar «listas de cuestiones» que serán transmitidas al Estado objeto de examen y en la fecha previamente fijada dicho Estado comparece ante el Consejo para mantener un diálogo con el mismo. Finalizado el examen, el Grupo de Trabajo (Troika) designado a tales efectos, prepara el proyecto de Informe que será aprobado posteriormente por el plenario y transmitido al Estado interesado. En el mismo puede aparecer reflejado los diversos motivos de preocupación expresados por el Consejo y las pertinentes recomendaciones a fin de hacer efectivos los derechos humanos internacionalmente reconocidos. España ha sido objeto del EPU los días 5 y 6 de mayo de 2010⁴⁴⁸, consecuentemente hasta 2014 no será nuevamente sometida a este procedimiento habida cuenta de la periodicidad de cuatro años.

C. *Informe del Consejo.* En relación con las recomendaciones que puedan contener el informe final del Consejo, tras el EPU, de nuevo se plantea el problema relacionado con sus efectos jurídicos, lo que no debería ser negado toda vez que el fundamento jurídico del EPU, como también de los demás procedimientos extra convencionales son los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas en cuya virtud los Estados se han comprometido a la

relación con el Estado objeto de examen (no excederá de diez páginas) y el segundo es un resumen de los informes presentados por las ONG, las instituciones nacionales de derechos humanos y otros órganos de organizaciones internacionales (tampoco excederá de diez páginas). Resolución 5/1, párr. 15.

448. España presentó su informe, de acuerdo con el calendario fijado por el Consejo, en febrero de 2010 (Doc. A/HRC/WG.6/8/ESP/1, de 19 de febrero de 2010), de conformidad las directrices contenidas en la resolución 5/61 (párr. 15). Por su parte la OAC-NUDH presentó: a) la recopilación de la información que figura en los informes de los órganos de tratados, los procedimientos especiales, incluidas las observaciones y comentarios de España y en otros documentos oficiales pertinentes de las Naciones Unidas (Doc. A/HRC/WG.6/8/ESP/2, de 22 de febrero de 2010); y b) el resumen de las comunicaciones presentadas por trece interlocutores: asociaciones representativas de la sociedad civil (ONG), por una institucional nacional de derechos humanos (Defensor del Pueblo Español) e informes remitidos por varios órganos de una organización internacional regional, el Consejo de Europa (Doc. A/HRC/WG.6/8/ESP/3, de 12 de febrero de 2010). Tras la presentación del informe le fue remitida la lista de cuestiones (preguntas formuladas por diversos Estados) y el examen se efectuó los días 5 y 6 de mayo de 2010. Concluido el mismo, el Grupo de Trabajo (Troika) decidido por el Consejo (integrado por Chile, India y Sudáfrica), preparó el proyecto de informe del Consejo sobre España en el que consta una serie de recomendaciones (Doc. A/HRC/WG.6/8/L.5, de 7 de mayo de 2010), que según Amnistía Internacional, no todas han sido aceptadas por España (<http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/-86935d2e73/>). Las preguntas remitidas a España pueden consultarse en: <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session8/ES/spain.pdf>, <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session8/ES/spainAdd.1.pdf>, y <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/Session8/ES/spainAdd.2.pdf>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

promoción y efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Consecuentemente, de conformidad con tales disposiciones, subyace una obligación internacional que de forma voluntaria han aceptado los Estados al vincularse jurídicamente por este tratado internacional, la Carta de las Naciones Unidas.

7.4. DERECHO INTERNACIONAL REGIONAL: EUROPA

Resulta necesario abordar el ámbito regional europeo en materia de derechos humanos haciendo referencia a dos organizaciones internacionales en las que España es Estado miembro, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Es cierto que España también es miembro de la Organización sobre Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)⁴⁴⁹ desde su creación, y que ha ostentado su presidencia en 2007, como también es cierto que esta Organización tiene entre sus prioridades los derechos humanos en el marco de sus competencias⁴⁵⁰, la seguridad y la cooperación, sin embargo, la misma no tiene establecidos mecanismos de garantías⁴⁵¹, por ello serán el Consejo de Europa y la Unión Europea las únicas organizaciones internacionales que se abordan a continuación.

7.4.1. Consejo de Europa

En el Consejo de Europa⁴⁵² han sido adoptados tratados internacionales de derechos humanos de gran relevancia⁴⁵³, aunque sólo se hará referencia a aquellos que establecen mecanismos de garantías y protegen de forma directa o indirecta derechos económicos, sociales y culturales⁴⁵⁴.

449. <http://www.osce.org/es/>.

450. <http://www.osce.org/activities/>.

451. Las actividades de la OSCE en materia de derechos se centran en prioridades tales como la libertad de movimiento y de religión, la prevención de la tortura y la trata de personas. También se ocupa de proporcionar formación y educación en la esfera de los derechos humanos, incluyendo a funcionarios, defensores de los derechos y estudiantes. La Organización también responde a cuestiones que afectan a las vidas de las personas ayudando a asegurar, p. ej., que los derechos humanos sean protegidos en la lucha mundial contra el terrorismo y para que sean tomadas medidas activas para luchar contra el racismo, la discriminación y las formas conexas de intolerancia (<http://www.osce.org/activities/13042.html>).

452. Organización internacional de cooperación de carácter regional, creada en virtud del Estatuto del Consejo de Europa, de 5 de noviembre de 1949 (<http://www.coe.int/>). Vid. PASTOR RIDRUEJO, 2009, pp. 441-449.

453. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, 1996, pp. 215-264; CARRILLO SALCEDO, 1999, pp. 47-76; SALADO OSUNA, 2010, pp. 229-262; VASAK, 1984.

454. En todo caso hay que tener presente que si bien el Consejo de Europa es la primera organización internacional que adoptó un tratado de derechos humanos de carácter general, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), también hay que reconocer que en su seno la globalidad con la que fueron reconocidos los derechos

Los derechos civiles y políticos son reconocidos en un tratado distinto a los derechos económicos, sociales y culturales, pero como ha sido sostenido previamente, ello no quiebra la indivisibilidad e interdependencia de los mismos, de ahí que las garantías judiciales establecidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁵⁵ (CEDH) operen a favor de los derechos económicos, sociales y culturales (a pesar de que en el Convenio sólo tres derechos tienen contenido económico o social⁴⁵⁶), pues el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de forma indirecta viene brindando protección a estos últimos⁴⁵⁷ ya que para este Tribunal la división entre ambos tipos de derechos, esto es, los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por otro, es artificiosa⁴⁵⁸.

Por ello en primer lugar se abordarán las garantías judiciales reguladas en el CEDH y con posterioridad las no judiciales previstas en la Carta Social Europea⁴⁵⁹. En este segundo tratado los derechos económicos y sociales son

humanos en la DUDH no fue seguida en tanto que el citado tratado reconoce esencialmente derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales fueron reconocidos en otro instrumento convencional, la Carta Social Europea (1961), situación que se reproduciría en 1966 en Naciones Unidas al adoptarse dos Pactos distintos, uno sobre derechos civiles y políticos y otros sobre derechos económicos, sociales y culturales. *Vid.* KOJANEC, 1989, pp. 109-128.

455. Su título oficial es Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Fue adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. España es Estado Parte: BOE n° 243, de 10 de octubre de 1979.

456. El CEDH prohíbe el trabajo forzoso (art. 4) y reconoce el derecho de sindicación (art. 11). Por su parte el I Protocolo Adicional n° 1 reconoce el derecho a la instrucción (art. 2). En relación con las disposiciones mencionadas, CANOSA USERA, 2009, pp. 145-162 y 873-896; BILBAO UBILLOS, 2009, pp. 629-690.

457. Los casos resueltos por el TEDH que se podrían citar son numerosos, a título de ejemplo, se considera oportuno hacer notar que ha sido declarada violación por el TEDH, entre otros, en casos relacionados con el derecho a la integridad personal (art. 3) *Noveselov c. Rusia* (por las condiciones materiales de detención insalubres), Sentencia de 3 de junio de 2005; *D c. Reino Unido* (porque si era deportado al Estado de su nacionalidad, no podría recibir el tratamiento para el SIDA que padecía en fase terminal), Sentencia de 2 de mayo de 1997; derecho a la vida privada y de familia (art. 8) *Fadeyeva c. Rusia* (por deterioro en la salud de la demandante como consecuencia de los altos niveles de polución en la zona en la que habitaba motivado por una planta industrial química), Sentencia de 10 de junio de 2005; *Grat c. Reino Unido* (por problemas relacionados con una pensión habida cuenta de su condición transexual), Sentencia de 23 de mayo de 2006; derecho a la igualdad y a la propiedad (art. 14 del CEDH y art. 1 del Protocolo Adicional n° 1) *Koua Poirrez c. Francia* (por la negativa de conceder una pensión de incapacidad, a pesar de tener reconocido una discapacidad del 80 % y tener residencia permanente en Francia, debido a su condición de extranjero), Sentencia de 30 de septiembre de 2003. *Vid.* entre otros, AKANDJI-KOMBE, 2006, pp. 385-408; PASTOR RIDRUEJO, 2007, pp. 33-38.

458. CARRILLO SALCEDO, 1991, pp. 431-454.

459. Adoptada el 18 de octubre de 1961 y en vigor el 26 de febrero de 1965. España es Estado Parte: BOE n° 152, de 26 de junio de 1980.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

justiciables⁴⁶⁰ a través del procedimiento de «quejas colectivas»⁴⁶¹. En todo caso, en la Carta Social Europea⁴⁶² también está previsto el «procedimiento de informes», al igual que en otros tratados, y ello sin perjuicio de la existencia de otras garantías extra convencionales que asimismo deben tenerse presentes.

Antes de comenzar con las garantías judiciales en el CEDH hay que tener presente que en el mismo, al igual que el PIDCP (y en otros tratados adoptados en Naciones Unidas), está consagrada una garantía internacional que tiene que ser dispensadas por los órganos nacionales, esto es, el derecho de recurso a favor de toda persona que se considere víctima de una violación «ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales» (art. 13). Y en este contexto hay que tener presente que aunque el TEDH ha reconocido la pertinencia de que el recurso sea judicial en muchos casos⁴⁶³, sin embargo, la exigencia puede quedar cumplida en la mayoría de las ocasiones con un recurso de otra naturaleza⁴⁶⁴, sin perjuicio de que el recurso en cuestión para que sea compatible con la mencionada disposición tiene que ser dispensado de acuerdo con los requisitos procesales del artículo 6, incluido que el mismo sea resuelto dentro de un «plazo razonable», es decir, sin dilaciones indebidas⁴⁶⁵.

A. Garantías judiciales: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Cuestiones previas. El CEDH instituye dos tipos de garantías judiciales: «reclamaciones interestatales»⁴⁶⁶ y «demandas individuales», en cuya virtud

460. FREIXES SANJUÁN, 2004.

461. Sin embargo, en el Consejo de Europa no se ha dado el paso que sería necesario estableciendo el procedimiento de «quejas individuales» (como sí ha sido dado en Naciones Unidas, aunque el Protocolo Facultativo al PIDESC aún no haya entrado en vigor).

462. En España, la Carta Social Europea es muy desconocida, como también lo es el PIDESC. Es cierto que el Gobierno español cumple con su obligación de presentar los informes pertinentes ante el Comité DESC, como ha sido puesto de manifiesto, y ante el CEDS como será señalado, pero la doctrina y los medios de comunicación prestan poca atención a los derechos sociales internacionalmente reconocidos, vinculantes para España, quizás porque en la Constitución Española los derechos sociales están en el Capítulo III (Título I) con el desafortunado título «De los principios rectores de la política social y económica», lo que lleva a la discusión del carácter de derechos fundamentales de los mismos, para ser negado (indebidamente) por la mayoría. Pero este olvido por parte de la doctrina queda salvado gracias a la obra de JIMENA QUESADA, 2007.

463. PASTOR RIDRUEJO, 2002, pp. 521-532.

464. CARMONA CUENCA, 2009, pp. 707-732.

465. SALADO OSUNA, 2009, pp. 299-328.

466. Calificadas como garantía colectiva; CARRILLO SALCEDO, 2003, p. 51.

se puede invocar, ante el TEDH⁴⁶⁷, violación de derechos reconocidos en el CEDH y/o en sus Protocolos Adicionales normativos⁴⁶⁸.

En este contexto hay que tener presente que el CEDH en 1950, y en su reforma de 1994, introdujo importantes innovaciones en DIDH. En el marco de las «reclamaciones interestatales» rompió la concepción clásica en Derecho internacional de que un Estado sólo podía presentar una «reclamación internacional» contra otro Estado cuando las presuntas víctimas de la violación fueran nacionales suyos (protección diplomática de nacionales⁴⁶⁹). De conformidad con el antiguo artículo 24, todo Estado Parte en el Convenio estaba legitimado activamente para interponer una demanda contra otro Estado Parte (ante la Comisión Europea de Derechos Humanos) con independencia de la nacionalidad de las víctimas de la violación⁴⁷⁰. Y las «demandas individuales» (reguladas en el antiguo artículo 25)⁴⁷¹, constituyeron también un hecho revolucionario al atribuirse a la persona (presunta víctima de la violación) legitimación activa para demandar a un Estado, incluso a su propio Estado, ante un órgano internacional, la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos⁴⁷². Consecuentemente, este tratado regional que ya es sexagenario in-

467. DÍAZ BARRADO, 2008; QUERALT JIMÉNEZ, 2003.

468. Los Protocolos Adicionales normativos amplían el catálogo de derechos reconocidos en el CEDH. En la actualidad, todos los que están en vigor vinculan a España: Protocolo n° 1, de 20 de marzo de 1952, en vigor el 18 de mayo de 1954 (BOE n° 11, de 12 de enero de 1991); Protocolo n°. 4, de 16 de septiembre de 1963, en vigor 2 de mayo de 1968 (BOE n° 247, de 13 de octubre de 2009), Protocolo n° 6, de 28 de abril de 1983, en vigor el 1 de marzo de 1985 (BOE n° 92, de 17 de abril de 1986), Protocolo n° 7, de 22 de noviembre de 1984, en vigor el 1 de noviembre de 1988 (BOE 249, de 15 de octubre de 2009), Protocolo n° 12, de 4 de noviembre de 2000, en vigor el 1 de abril de 2005 (BOE n° 64, de 14 de marzo de 2008) y Protocolo n° 13, de 3 de mayo de 2002, en vigor el 1 de julio de 2003 (BOE n° 77, de 30 de marzo de 2010).

469. La concepción clásica de la «protección diplomática» ha sido que los Estados sólo podían proteger a sus nacionales por hechos atribuibles a un tercer Estado. En la actualidad esta concepción ha sido superada en el Proyecto de artículos preparado por la Comisión de Derecho Internacional (Doc. A/59/10) pues el mismo dispone que un Estado puede ejercer protección diplomática respecto de determinadas personas que no son nacionales suyos y, en concreto, respecto de los refugiados y apátridas residentes en su territorio.

470. CARRILLO SALCEDO, 1989. pp. 247-266.

471. La competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos (que era el órgano ante quien se presentaban las demandas) era facultativa, consecuentemente, sólo podían ser demandados aquellos Estados que en el ejercicio de su soberanía formularan una declaración reconociendo la competencia de la Comisión a tales efectos. Esto ha quedado superado por la reforma introducida por el Protocolo de Enmienda n° 11 ya que las «demandas individuales» también se presentan directamente ante el TEDH, que tiene jurisdicción obligatoria.

472. Habiendo sido por lo demás el CEDH el inspirador de otros tratados de derechos humanos adoptados con posterioridad que establecen el procedimiento de «quejas individuales» y al que se ha hecho referencia en el plano universal, sin perjuicio de que también haya inspirado a los sistemas regionales interamericano y africano.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

trodujo las innovaciones que se acaban de mencionar y que han constituido el punto de referencia para los mecanismos de garantías, tanto en el ámbito universal, como en otros ámbitos regionales. En 1994, con la adopción del Protocolo de Enmienda N° 11 (en vigor en 1998)⁴⁷³ se dio un nuevo paso pues por primera vez se reconoce a la persona legitimación activa ante un tribunal internacional de derechos humanos. Hasta entonces, lo máximo que la misma había alcanzado (a nivel universal y regional) era tener legitimación activa ante órganos internacionales no judiciales, sin perjuicio de que en el ámbito europeo a partir de 1982 la persona haya tenido *locus standi* ante el TEDH⁴⁷⁴, siempre y cuando la demanda hubiese sido interpuesta ante el mismo por los legitimados activamente (antigua Comisión y/o Estados).

Reclamaciones interestatales. En 1950, como ha sido señalado, el CEDH consagró las «reclamaciones interestatales», que continúa vigente (actual art. 33), aunque hoy la demanda se presenta directamente ante el TEDH al haber desaparecido, tras la reforma introducida por el Protocolo de Enmienda N° 11, la mencionada Comisión⁴⁷⁵. Y en este contexto hay que hacer notar que si bien el número de «reclamaciones interestatales» conocidas por el Tribunal Europeo es escaso⁴⁷⁶, al menos se puede afirmar que algunas han sido interpuestas⁴⁷⁷. El procedimiento relativo a tales reclamaciones es el mismo que para las «demandadas individuales», por lo que queda remitido a este último al que se hará referencia *infra*. La especialidad en el marco de las «reclamaciones interestatales» estriba en que los requisitos de admisibilidad son menos rigurosos y tales demandas siempre son resueltas por la Gran Sala del Tribunal (una de sus formaciones), a diferencia con las «demandas individua-

473. Se trata de una profunda reforma en el sistema de garantía del CEDH que ha sido llevada a efecto por el Protocolo de Enmienda n° 11, adoptado el 11 de mayo de 1994 y en vigor el 1 de noviembre de 1998. Todos los Estados Partes en el CEDH son Partes en este Protocolo (BOE n° 152, de 26 de junio de 1998 y corrección de errores BOE n° 223, de 17 de septiembre de 1998).

474. En el sistema interamericano, a partir del año 2000, la persona física (presunta víctima de la violación), también tiene *locus standi* en todas las etapas procesales que se desarrollan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque sigue sin tener legitimación activa.

475. Las reclamaciones interestatales, ante los Comités de Naciones Unidas y los órganos de la OIT (como en otras organizaciones internacionales regionales), se inspiran en el antiguo artículo 24 del CEDH. Además como ha sido puesto de manifiesto, la competencia de los Comités de Naciones Unidas para conocer de reclamaciones interestatales es facultativa, mientras que en el CEDH la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos siempre fue obligatoria, como sigue siendo en la actualidad la del TEDH.

476. A diferencia con Naciones Unidas que resulta inexistente.

477. El primer caso resuelto por el TEDH en este contexto fue *Irlanda contra Reino Unido*. Sentencia de 18 de enero de 1978.

les» que tienen requisitos rígidos de admisibilidad y que pueden ser resueltas por las diversas formaciones del Tribunal (Comités, Salas, Gran Sala).

Demandas individuales. En la actualidad las demandas individuales (art. 34 CEDH) se presentan directamente ante el TEDH, lo que constituye a partir de 1998⁴⁷⁸ un paso muy importante en DIDH, como ha sido señalado⁴⁷⁹.

Requisitos de admisibilidad. Las demandas individuales están sometidas a unos requisitos muy rigurosos a efectos de admisibilidad: a) *Ratione personae*. Está legitimada activamente la persona (física o jurídica)⁴⁸⁰, presunta víctima de la violación, así como toda organización no gubernamental⁴⁸¹ o grupo de particulares (art. 34). Respecto del concepto víctima hay que señalar que si bien como principio general el término implica «víctima actual», la jurisprudencia del TEDH ha admitido los conceptos de «víctima indirecta» y de «víctima potencial»⁴⁸²; b) *Ratione materiae*. El Tribunal declarará inadmisble cualquier demanda individual si considera que la misma es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o «el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un tribunal nacional» (art. 35.3);

478. Esto es, tras la entrada en vigor del Protocolo de Enmienda n° 11.

479. Durante años (1953-1998) sólo los Estados Partes en el CEDH y la Comisión Europea de Derechos Humanos tenían legitimación activa para presentar una demanda ante el TEDH. Tras una reforma del Reglamento del Tribunal (1982), si los legitimados activamente ejercían su facultad, que era discrecional, y presentaban la demanda, el individuo tenía *locus standi* en todas las fases procesales ante el Tribunal.

480. El Convenio no define que se entiende por persona (a diferencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos que persona es «todo ser humano», art. 1.2), sin embargo, la práctica pone de manifiesto que en el término «persona» quedan incluidas tanto las personas físicas (a las que de forma expresa alude el art. 34) como las personas jurídicas. De hecho por «organización no gubernamental» se entiende: sociedades, asociaciones, fundaciones, iglesias, sindicatos, etc., ya que la expresión se utiliza en contraposición con organización gubernamental. Un órgano perteneciente a la estructura del Estado, sea nacional, autonómico (en el caso de España) o local, no está legitimado para demandar a su Estado. A estos efectos resulta ilustrativo la decisión de 1 de febrero de 2001 declarando inadmisble la demanda interpuesta contra España por el Ayuntamiento de Mulas, por falta de legitimación activa. Por el mismo motivo fue declarada inadmisble (3 de febrero de 2004) la demanda del Gobierno Vasco impugnando la Ley de Partidos Políticos (Ley Orgánica 6/2002).

481. Una ONG puede presentar una demanda cuando se considere víctima de una violación o bien cuando actúe con mandamiento o en representación de la presunta víctima pero no podrá hacerlo en casos contrarios toda vez que el CEDH no reconoce una especie de *actio popularis*.

482. CARRILLO SALCEDO, 2003, pp. 51-52.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

c) *Ratione loci*. Los hechos tienen que ser atribuibles a un Estado Parte⁴⁸³ en el CEDH y/o en los Protocolos Adicionales, haber sido cometido en el territorio bajo su jurisdicción o de cuyas relaciones internacionales sea responsable⁴⁸⁴; d) *Ratione temporis*. En el CEDH no existe disposición que establezca que el TEDH sólo puede conocer de hechos posteriores a la vigencia del mismo o de sus Protocolos Adicionales para el Estado demandado, a pesar de ello y en virtud de los principios básicos del Derecho de los tratados, un Estado sólo está obligado por hechos posteriores a manifestar su consentimiento para quedar vinculado por el tratado⁴⁸⁵, sin perjuicio de que en caso de violaciones continuadas el Tribunal pueda conocer de hechos cuyo principio de ejecución sea anterior siempre y cuando la violación denunciada continúe siendo actual tras quedar el Estado demandado vinculado por el CEDH o el Protocolo Adicional en cuestión; e) *Non bis in idem*. De conformidad con el artículo 35.2.b) el TEDH no conocerá de una demanda cuando ya hubiera conocido del mismo asunto o bien cuando haya sido sometida a otra instancia de arreglo o investigación y no contenga hechos nuevos⁴⁸⁶; f) *Agotamiento de los recursos internos*, de conformidad con «los principios de derecho internacional generalmente reconocidos», constituye un requisito *sine qua non* para que el Tribunal pueda conocer de una demanda (art. 35.1) habida cuenta del carácter subsidiario del sistema de protección internacional, incluido el sistema europeo⁴⁸⁷, pero es un requisito que admite excepciones cuando los recursos se prolonguen injustificadamente o no tengan por finalidad satisfacer la situación de que se trate⁴⁸⁸. Agotado los recursos internos el plazo

483. Un Estado Parte en el CEDH puede incurrir en responsabilidad internacional (violar el CEDH y/o sus Protocolos Adicionales normativos) por acción, con independencia de que los hechos hayan sido cometidos por funcionarios públicos o por personas que actúen con autorización o aquiescencia de los mismos. También puede incurrir en responsabilidad internacional por omisión, esto es, por no haber adoptado las medidas necesarias para impedir violaciones, o bien cuando habiéndose producido no adopte las medidas necesarias para reparar sus consecuencia, responsabilidad en la que puede incurrir incluso por actos de particulares. En cuanto a la responsabilidad por omisión es ilustrativo el caso *Moreno Gómez contra España*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004.

484. No obstante, en este último supuesto el hecho de que un Estado sea Parte en el CEDH no presupone su aplicación a dichos territorios, salvo que así lo decida el Estado. Y habiéndolo decidido en sentido positivo se requiere por lo demás una declaración en virtud de la cual acepte la jurisdicción del TEDH para conocer de presuntas violaciones cometidas en dichos territorios (art. 56 CEDH).

485. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (arts. 26 y 27).

486. La identidad está referida a los mismos sujetos (activo y pasivo), hechos y derechos que se invoquen violados. Si los sujetos son los mismos pero no los hechos o el derecho invocado, no es de aplicación este principio, como tampoco cuando el sujeto pasivo, los hechos y derechos sean los mismos pero no el sujeto activo.

487. PASTOR RIDRUEJO, 2005, pp. 1077-1083.

488. CARRILLO SALCEDO, 2003, pp. 56-58.

para interponer la demanda es de seis meses, desde la resolución interna definitiva⁴⁸⁹; y g) *Identificación*. El anonimato de la demanda es causa de inadmisibilidad [art. 35.2.a)], pero que el demandante tenga que identificarse no impide que pueda solicitar que no se revele su identidad, lo que tendrá que justificar⁴⁹⁰, aunque no se suele revelar cuando sea menor de edad, enfermo mental o personas en situaciones de especial vulnerabilidad⁴⁹¹.

*Procedimiento*⁴⁹². El TEDH⁴⁹³, en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, que la ejerce de forma permanente y con carácter obligatorio⁴⁹⁴, tras la entrada en vigor del Protocolo de Enmienda N° 14 (2010)⁴⁹⁵, actúa en las siguientes formaciones: Juez único⁴⁹⁶, Comités (3 jueces)⁴⁹⁷, Salas (7 jueces)⁴⁹⁸ y Gran Sala (17 jueces)⁴⁹⁹. Las características del procedimiento son: *contradic-*

489. Si por alguna causa quedara dispensado el agotamiento de dichos recursos, en dicho supuesto el TEDH decidirá si la demanda ha sido presentada dentro de un plazo razonable.
490. Los Presidentes de Comités, de Salas y de Gran Sala podrán autorizar el anonimato en supuestos excepcionales, sin embargo, la práctica pone de manifiesto que son numerosos los casos en los que la identidad no es revelada.
491. A título de ejemplo, caso *V. contra Reino Unido* (niño condenado a pena privativa de libertad), Sentencia de 16 de diciembre de 1999; *D. c. Reino Unido* (enfermo de SIDA en fase terminal). Sentencia de 2 de mayo de 1997.
492. Los idiomas empleados por el TEDH son el francés e inglés, desarrollándose en los mismos el procedimiento. No obstante, la demanda puede ser presentada en el idioma de uno de los Estados Partes en el CEDH y, previa autorización del Tribunal, también pueden ser presentados alegatos escritos y orales en dichos idiomas.
493. Está integrado por un número de jueces igual al número de Estados Partes en el CEDH.
494. Ello es así tras la reforma introducida por el citado Protocolo de Enmienda n° 11. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, 1993, pp. 629-643; CARRILLO SALCEDO, ÁRCOS VARGAS y SALADO OSUNA, 1994, pp. 119-136; SALADO OSUNA, 1994, pp. 943-965; SÁNCHEZ LEGIDO, 1995.
495. Adoptado el 13 de mayo de 2004 y en vigor el 1 de junio de 2010. BOE n° 130, de 28 de mayo de 2010. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, 2006, pp. 1715-1726; MORTE GÓMEZ, 2004, pp. 755-784; PASTOR RIDRUEJO, 2000-2001, pp. 429-440 y 2004, pp. 141-150.
496. La competencia del «juez único» es sólo a efectos de admisibilidad (art. 27), esto es, para declararla inadmisibile o eliminarla del registro.
497. Si el juez único no declara la demanda inadmisibile o no la elimina del registro, la competencia es de los Comités (art. 26.1) que pueden declarar la admisibilidad, así como eliminarla del registro. En el supuesto que declaren la demanda admisible, pueden resolver el fondo del asunto «si la cuestión subyacente al caso, relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, ya ha dado lugar a jurisprudencia bien establecida del Tribunal» (art. 28).
498. Cuando la admisibilidad no ha sido resuelta por el juez único o por un Comité, o bien habiendo sido decidida la admisibilidad por un Comité el mismo no resuelve el fondo del asunto, será la Sala (art. 28.1) a quien corresponda pronunciarse sobre el caso. Si una Sala tiene que resolver también sobre admisibilidad, lo hará con carácter previo al fondo del asunto y una vez declarada la admisibilidad comienza la fase sobre fondo (art. 29).
499. La Gran Sala conoce de casos en dos supuestos: 1) Cuando una Sala se inhibe del conocimiento del asunto a favor de la Gran Sala, lo que puede tener lugar en cual-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

*ción y publicidad*⁵⁰⁰ (en todas sus fases); *escritura* (presentación de la demanda, contestación a la misma, alegaciones e información solicitada por el Tribunal); *oralidad* (en las audiencias que se celebren). El procedimiento se inicia a instancia de la parte legitimada activamente (persona, grupo de persona, organización no gubernamental o Estado Parte) y finaliza (si la demanda ha sido declarada admisible) tras ser resuelto el fondo del asunto o como consecuencia de un incidente procesal⁵⁰¹. Pero hay un acto (incidente) procesal de carácter preventivo y cautelar que no tiene por finalidad poner fin al procedimiento, las «medidas provisionales» que de conformidad con el artículo 39 del Reglamento, el TEDH (una Sala o la Gran Sala) puede dictar a instancia de parte, de cualquier otra persona interesada o *motu proprio*, medidas que tendrán por finalidad salvaguardar el interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento. Se trata de una facultad reglamentaria y no una competencia convencional, lo que ha motivado que el propio Tribunal hubiera considerado que las «medidas provisionales» por él dictadas no tenían carácter vinculante⁵⁰². A partir del año 2005 ha habido un cambio jurisprudencial y el Tribunal atribuye responsabilidad internacional a los Estados por el incumplimiento de «medidas provisionales», declarando en dichos supuestos violación del artículo 34 del CEDH que es el que reconoce el derecho de recurso individual⁵⁰³. Consecuentemente, las «medidas provisionales», de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal, tienen valor jurídico vinculante y su incumplimiento por el Estado concernido le hace incurrir en responsabilidad internacional y así será

quier fase procesal antes de ser dictada sentencia (art. 30). Si la Sala se inhibe en fase de admisibilidad, todas las etapas procesales se efectuarán en la Gran Sala; y 2) Tras ser resuelto por una Sala mediante sentencia, se abre un plazo de tres meses dentro del cual las partes pueden solicitar el re-examen a la Gran Sala (art. 43). En este supuesto un Comité de cinco jueces de la Gran Sala realizará un examen preliminar sobre la pertinencia o no de admitir el re-examen. Si no fuese admitido, la sentencia de la Sala deviene definitiva; si es admitido, la Gran Sala decidirá sobre el fondo del asunto y podrá confirmar lo resuelto por la Sala o bien modificar el fallo.

500. Una vez registrada la demanda existe libre acceso a los documentos depositados en la Secretaría, salvo que el Presidente del Tribunal decida lo contrario, decisión que adoptará por algunos de los motivos previstos para las audiencias, que son públicas, aunque pueden ser declaradas confidenciales en su totalidad o en parte en interés de la moralidad, el orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, así como cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes lo exijan o por intereses de la justicia, de conformidad con el Reglamento del Tribunal.
501. Los incidentes procesales que pueden poner fin al procedimiento son: arreglo amistoso entre las partes (en cualquier etapa procesal); desistimiento del demandante; y allanamiento del Estado demandado.
502. Caso *Cruz Vara y otros contra Suecia*. Sentencia de 20 de marzo de 1991.
503. Caso *Mamatkulov y Askarov contra Turquía*. Sentencia (Sala) de 6 de febrero de 2003 y Sentencia (Gran Sala) de 4 de febrero de 2005. Éste constituye además un ejemplo de caso sometido a re-examen en la Gran Sala.

decidido por este órgano judicial cuando resuelva el fondo del asunto mediante sentencia⁵⁰⁴.

Las fases procesales son: 1ª) *admisibilidad*⁵⁰⁵; 2ª) *arreglo amistoso*⁵⁰⁶; 3ª) *fondo*⁵⁰⁷; y concluye mediante *sentencia*⁵⁰⁸. En relación con las sentencias hay que tener presente que en la misma en la que el Tribunal resuelve el fondo del asunto puede conceder una «satisfacción equitativa»⁵⁰⁹ (art. 41 CEDH) o bien dejar esta cuestión para ser resuelta en un momento posterior⁵¹⁰. La

504. PASTOR RIDRUEJO, 2005, pp. 1001-2010; SALADO OSUNA, 2004, pp. 185-210.

505. Si la demanda cumple los requisitos exigidos, será transmitida al Estado demandado para que presente los alegatos pertinentes. El Estado en el escrito de contestación puede oponer las «excepciones preliminares» que considere oportunas a fin de que la demanda sea declarada inadmisibile.

506. El arreglo amistoso es la segunda etapa procesal (art. 39), sin que ello signifique que en cualquier fase del procedimiento no pueda alcanzarse el mismo. Pero en esta etapa procesal es el Secretario del TEDH, el que siguiendo instrucciones de la Sala o de su Presidente se pondrá a disposición de las partes a fin de intentar llegar a un arreglo amistoso del asunto mediante negociaciones que se realizan de forma confidencial. Si se consigue el arreglo amistoso, el Secretario lo notificará a la Sala (o a la Gran Sala) y si ésta comprueba que el arreglo se ha alcanzado inspirándose en el respeto de los derechos reconocidos en el CEDH y/o en sus Protocolos Adicionales normativos, procederá a cancelar el caso en el registro del Tribunal.

507. Si no se consigue el arreglo amistoso procede la instrucción de los hechos denunciados a cuyos efectos corresponde realizar la práctica de pruebas pertinentes (documentales, periciales y testificales) que pueden ser solicitadas por las partes o decididas *ex officio* por el Tribunal. Aunque las pruebas deben ser propuestas en el escrito de demanda y en el de contestación a la misma, la Sala podrá invitar a las partes a que presenten proposiciones de pruebas o alegaciones complementarias tras ser declarada admisible la demanda. Cuando la Sala lo considere necesario para el ejercicio de sus funciones, puede acordar de oficio o a instancia de parte una vista oral sobre el fondo del asunto; en dicho supuesto el Presidente Comité, de la Sala (o de la Gran Sala) fijará el procedimiento escrito y/u oral. Si alguna de las partes no compareciera la Sala puede continuar la audiencia en interés de una buena administración de la justicia. En el supuesto de que se produzca la inhibición de una Sala a favor de la Gran Sala, tras haber sido declarada la demanda admisible, el procedimiento sobre fondo se desarrolla del mismo modo en la Gran Sala.

508. Finalizada la fase sobre fondo, el Comité, la Sala o la Gran Sala, según proceda, delibera en privado y procede a adoptar su decisión, por mayoría, mediante sentencia motivada (art. 45.1) a la que se puede unir los votos particulares de los jueces (ya sean disidentes o concordantes), si los hubiere (art. 45.2). *Id.* FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2009, pp. 171-198.

509. En el marco del CEDH la competencia originaria en materia de reparaciones la tienen los Estados, y en el supuesto de que el Estado concernido, esto es, al que se le haya atribuido violación del CEDH y/o de sus Protocolos Adicionales normativos no haya reparado las consecuencias de la violación o sólo lo haya reparado de manera imperfecta, el TEDH podrá conceder una «satisfacción equitativa» a la parte perjudicada (art. 41). *Id.* SALADO OSUNA, 2005, pp. 1251-1272.

510. Del artículo 41 del Convenio cabría deducir que el Tribunal podrá concederla una vez que compruebe la actuación del Estado. Así actuó el TEDH, p. ej., en el primer

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

práctica pone de manifiesto que en la mayoría de las ocasiones se resuelve conjuntamente por lo que cuando lo considera procedente, el Tribunal procede a conceder indemnización⁵¹¹ por daños materiales y/o morales a favor de la víctima⁵¹². Que el Tribunal indique medidas concretas de reparación, no es la norma, sin embargo, en ocasiones ha sostenido que la sentencia declarando violación constituye *per se* una «satisfacción equitativa» a la parte lesionada⁵¹³. Ahora bien, la indemnización que pueda conceder el Tribunal no exime al Estado, en la mayoría de las ocasiones, de adoptar otras medidas de reparación, ya sean de carácter general⁵¹⁴ o particular⁵¹⁵ a fin de proceder a ejecutar la sentencia en sus justos términos.

De las sentencias definitivas⁵¹⁶ del Tribunal se predica un doble efecto:

caso que resolvió en relación con España, *Barberà, Messegué y Jabardo*. Mediante sentencia de 6 de diciembre de 1988 resolvió el fondo del asunto y en la Sentencia de 13 de junio de 1994 procedió a conceder la satisfacción equitativa, tras el procedimiento que tuvo lugar en España en la que el TC (STC 245/1991) concedió el amparo a los recurrentes y declaró la nulidad de las sentencias condenatorias de origen exigiendo además que se celebrara un nuevo juicio. Celebrado éste ante la Audiencia Nacional, Barberà, Messegué y Jabardo fueron absueltos por falta de pruebas, por lo que el TEDH procedió a conceder una indemnización (satisfacción equitativa) por el tiempo que estuvieron privados de libertad.

511. El concepto satisfacción equitativa no es sinónimo de indemnización pecuniaria, pero en la mayoría de los supuestos en ello se traduce. En diversos casos en los que el TEDH ha atribuido a España violación del CEDH y/o del Protocolo Adicional n° 1, la satisfacción equitativa ha sido decidida en la misma sentencia en la que ha resuelto el fondo del asunto y ha concedido indemnización. Dado que los casos son muy numerosos, sólo serán citados algunos a título de ejemplo: *Fuentes Bobo*. Sentencia de 29 de febrero de 2000; *Perote Pellón*. Sentencia 25 de julio de 2002; *Soto Sánchez*. Sentencia de 25 de octubre de 2003; *Martínez Sala y otros*. Sentencia de 2 de noviembre de 2004; *Moreno Gómez*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004; *Alberto Sánchez*. Sentencia de 16 de noviembre de 2004; *Lacarcnel Menéndez*. Sentencia de 15 de junio de 2006; *Olaechea Cahuas*. Sentencia de 10 de agosto de 2006; y *Salt Hiper SA* Sentencia de 7 de junio de 2007.
512. Cuando el TEDH concede indemnización, determina el monto, la moneda de pago (En la actualidad, el TEDH determina el monto de indemnización en euros. Aquellos Estados que no tienen dicha moneda, la cantidad fijada será convertible en la moneda nacional del Estado obligado al pago), el plazo de cumplimiento (comienza a correr una vez que la sentencia sea definitiva) y los intereses de demora. El TEDH cifra los intereses de demora en el interés a pagar para préstamos por el Banco Central Europeo, incrementado con tres puntos porcentuales. *Vid.* SALADO OSUNA, 2009, pp. 257-288.
513. A título de ejemplo, caso *Soering contra Reino Unido*. Sentencia de 7 de julio de 1989.
514. Las medidas de carácter general están referidas a modificar la legislación o la práctica internas que resulten incompatibles con el CEDH o bien a adoptar una nueva ley.
515. Adoptar medidas concretas de reparación a favor de la víctima.
516. Si la sentencia es dictada por una Sala la misma no es definitiva, sino que puede devenir definitiva si en el plazo de tres meses las partes no solicitan el re-examen a la Gran Sala, o habiéndolo solicitado no fuese admitido (art. 44). No obstante, las sentencias dictadas por un Comité y por la Gran Sala sí son definitivas. Pero una

cosa juzgada y cosa interpretada⁵¹⁷. En tanto que cosa juzgada, resulta vinculante para las partes en litigio, por lo que el Estado a quien se haya atribuido violación del CEDH y/o de sus Protocolos Adicionales normativos está obligado a acatar la sentencia definitiva del Tribunal en el litigio en que haya sido parte (art. 46.1); como cosa interpretada tiene efectos *erga omnes*⁵¹⁸. En el caso de España, nuestro Tribunal Constitucional siempre ha aceptado el efecto de cosa interpretada de la jurisprudencia del TEDH, ya que en virtud del mandato constitucional (art. 10.2 CE) no sólo tiene presente la letra del CEDH, sino la interpretación que del mismo viene realizando el órgano para interpretar de forma auténtica el mismo, el TEDH⁵¹⁹.

Las sentencias dictadas por el TEDH declarando violación del CEDH y/o de sus Protocolos Adicionales normativos son trasladadas al Comité de Ministros del Consejo de Europa que es el órgano competente para vigilar su ejecución (art. 46.2)⁵²⁰. El Convenio es bastante parco a la hora de determinar la competencia del Comité de Ministros, pero éste tiene adoptadas unas directrices que precisan su actuación⁵²¹. Para reforzar la competencia del Comité de Ministros, el Protocolo de Enmienda n° 14 establece un régimen jurídico en la materia⁵²².

sentencia definitiva no impide que pueda ser presentada una demanda de interpretación o de revisión.

517. ZANGHI, 2009, pp. 199-228.

518. De este modo la interpretación realizada por el Tribunal para resolver un caso concreto, con independencia de que declare o no violación y con independencia del Estado que haya sido demandado, debe ser tenida presente por todos los Estados Partes so pena de poder incurrir en responsabilidad internacional. *Vid.* QUERALT, 2009, pp. 229-256.

519. CARRILLO SALCEDO, 1994, pp. 187-201.

520. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_en.asp_.

521. Las últimas han sido aprobadas el 10 de mayo de 2006. http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/execution/02_documents/CMregles2006.asp#TopOfPage. El Comité de Ministros se ocupa de vigilar si el Estado ha procedido a abonar la indemnización decidida por el Tribunal y a comprobar si ha adoptado las medidas pertinentes para dar fiel ejecución a la sentencia, ya sean medidas de carácter particular para reparar las consecuencias de la violación en la persona de la víctima o sus causahabientes, o de carácter general para evitar futuras violaciones, ejerciendo a tales efectos el control cada seis meses, salvo excepciones: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Documents/Default_en.asp.

522. De Conformidad con el Protocolo de Enmienda n° 14 (artículo 16 del Protocolo que modifica el artículo 46 del CEDH), si el Estado no adopta las medidas necesarias para proceder a la ejecución de la sentencia que le concierne, el Comité de Ministros puede plantear la cuestión al Tribunal y si éste confirma que el Estado incurre en incumplimiento de su obligación (ejecutar la sentencia), el Comité podrá adoptar las medidas que considere oportunas. Si el Tribunal considera que no se ha producido dicho incumplimiento, el Comité archivará el expediente. Sin perjuicio de que el Comité también podrá solicitar del Tribunal que aclare el contenido de la obligación de reparar, cuando haya discrepancia entre las medidas que el Comité

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El citado Protocolo no resuelve un problema que se ha planteado desde siempre, la ejecución interna de las sentencias dictadas por el TEDH. Ello radica en que si bien tales sentencias tienen carácter vinculante y los Estados se comprometen a acatarlas en los litigios en que sean partes (art. 46.1), el Convenio nada dispone en materia de ejecución. Ante el silencio, los Estados suelen ser bastante pasivos para establecer procedimientos internos de ejecución, de hecho, son pocos los Estados que los tienen establecidos, entre los que no se encuentra España. Pero si en algunos casos ejecutar las sentencias del Tribunal no tiene por qué plantear problemas, si hay voluntad política, en otros la ejecución sólo es posible si existen cauces procesales a tales efectos⁵²³. Lo procedente sería que España, así como los demás Estados, estableciera los cauces procesales pertinentes ya que la pasividad puede conllevar a perpetuar una violación declarada por el Tribunal⁵²⁴ y en los momentos presente puede motivar incurrir de nuevo en responsabilidad internacional⁵²⁵.

B. Garantías no judiciales en la Carta Social Europea⁵²⁶ y en otros tratados

A. *Quejas colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales*. Si bien la Carta Social Europea⁵²⁷ (1961⁵²⁸) es vinculante para España⁵²⁹, el procedimiento de quejas colectivas que está instituido en un Protocolo a la Carta Social Europea (1961)⁵³⁰ y en el texto revisado de la Carta (1996⁵³¹), no son vinculantes para

considere que deben ser adoptadas y la postura del Estado concernido. *Vid.* Doc. DGHL-Exec/Inf (2010)1, de 18 de mayo de 2010.

523. En este contexto cabe mencionar, a título de ejemplo, la imposibilidad de ejecutar una sentencia del TEDH cuya violación declarada traiga causa en un procedimiento judicial interno sobre el que ha recaído resolución judicial y la misma tenga efecto de *res iudicata*. *Vid.* SALADO OSUNA, 1995, pp. 189-223; ARANGÜENA, 2009, pp. 289-326.
524. Si bien es cierto que el principio de *res iudicata* es un principio de seguridad jurídica, tanto respecto de las resoluciones judiciales internas como internacionales, el mismo no tiene por qué impedir la ejecución interna de una sentencia dictada por el TEDH, incluso cuando ello conlleve a declarar la nulidad de la sentencia definitiva interna, siempre que existan cauces procesales a tales efectos. SALADO OSUNA, 2006, pp. 1833-1850.
525. Propuestas para que en España se establezca el procedimiento de ejecución de tales sentencias son numerosas y desde el punto de vista jurídico dudosamente existan problemas, por lo que depende exclusivamente de la voluntad política. *Vid.* CARRILLO SALCEDO, 2003, pp. 63-72; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 1991, pp. 121-125; RUIZ MIGUEL, 1997; SALADO OSUNA, 1992.
526. JIMENA QUESADA, 2004, pp. 137-190; TREU, 2001.
527. Adoptado el 18 de octubre de 1961 y en vigor el 26 de febrero de 1965.
528. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, 1978, pp. 53-82.
529. BOE n° 153, de 26 de junio de 1980.
530. Adoptado el 9 de noviembre de 1995 y en vigor el 1 de julio de 1998.
531. ALARCÓN CARACUEL, 1997, pp. 169-190; BONDIA GARCÍA y BONET I PÉREZ, 2004, pp. 441-480; COSTA, 2000, pp. 435-448; FLAUSS, 2004; JIMÉNEZ GARCÍA, 2007, pp. 221-253 y 2009; PETRELLA, 2002, pp. 31-38.

nuestro país. Los mencionados instrumentos prevén que puedan ser presentadas denuncias sobre violaciones de los derechos reconocidos⁵³² ante el Comité Europeo de Derechos Sociales⁵³³ (CEDS). Están legitimados activamente las organizaciones internacionales patronales y de trabajadores, las organizaciones nacionales representativas de patronales y trabajadores, las organizaciones internacionales gubernamentales inscritas en la lista elaborada por el Comité gubernamental, las ONG con estatuto consultivo en el Consejo de Europa y las ONG del Estado contra el que se dirige la denuncia siempre y cuando en este último supuesto el Estado en cuestión tenga formulada una declaración aceptando la legitimación de las ONG de su país (arts. 1 y 2 del Protocolo). Presentada la queja⁵³⁴, las fases procesales son: 1) admisibilidad⁵³⁵; 2) examen sobre el fondo⁵³⁶; 3) decisión⁵³⁷; 4) recomendaciones del Comité de Ministros⁵³⁸.

532. Ya se trate de la Carta originaria de 1961 o de la revisada de 3 de mayo de 1996 que entró en vigor el 1 de julio de 1999, no siendo la versión revisada, como ha sido señalado, vinculante para España.
533. Instituido por la Carta Social Europea de 1961 (art. 25) e integrado en la actualidad por quince expertos independientes. *Vid.* BELORGEY, 2007; PRIETO SUÁREZ, 2008, pp. 355-365.
534. La denuncia debe contener nombre y detalles de contacto de la organización que remite la reclamación; prueba que la persona que envía y firma la reclamación tiene derecho a representar a la organización que la presenta; el Estado contra el que se dirige; una indicación de las disposiciones de la Carta que han sido presuntamente violadas; objeto de la reclamación, con aportes documentales que respalden la reclamación. Para la presentación de denuncias existe un formulario.
535. Presentada una denuncia, el Presidente del CEDS nombra un ponente que elaborará un proyecto de decisión sobre admisibilidad (Previamente a la decisión de admisibilidad, el Presidente solicitará al Estado denunciado que presente los alegatos que considere oportunos y de los mismos dará traslado a la organización denunciante). No será solicitada información al Estado cuando se considere que la queja está manifestamente mal fundada, sin perjuicio de que será el plenario del Comité el que adopte la decisión sobre admisibilidad, decisión que tiene que estar motivada, teniendo los miembros del CEDS derecho a expresar su opinión disidente que será notificada a las partes (organización denunciante y Estado denunciado) y será publicada.
536. Si la queja es declarada admisible, comienza el procedimiento (escrito) sobre fondo y puede llegar a celebrarse una audiencia, que será pública, salvo decisión en contra del Presidente. En todo caso, el CEDS solicitará a las partes que presenten los alegatos y puede decidir celebrar una audiencia, lo que también puede ser solicitado por las partes, en cuyo supuesto el Presidente decidirá si procede o no que la misma se lleve a efecto.
537. Concluido el procedimiento y tras deliberar en privado, el CEDS adopta de forma motivada su decisión sobre el fondo, a la que se unirá las opiniones disidentes de los miembros, si las hubiere; será transmitida a las partes y al Comité de Ministros y publicada cuando éste adopte la Resolución sobre el caso, y en su defecto, cuatro meses después de haber sido transmitida. *Vid.* JIMENA QUESADA, 2007.
538. Cuando el CEDS haya declarado que ha habido violación, el Comité de Ministros

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los Estados que aceptan el procedimiento de quejas colectivas no ponen en cuestión valor jurídico de lo resuelto por el CEDS en sus informes, y así puede constatarse en la información suministrada por los Estados al Comité de Ministros sobre las reformas legislativas o de otra naturaleza emprendida para hacer efectivos los derechos reconocidos, reformas que suelen ser recomendadas por el Comité de Ministros, tras haber sido declarada la violación por el CEDS. En este contexto hay que tener presente que el hecho de que España no pueda ser denunciada a través de este procedimiento no significa que la jurisprudencia emanada del CEDS le resulte ajena, de hecho, como cosa interpretada deberá tenerla presente para no actuar de forma incompatible con los compromisos asumidos en la Carta Social Europea, so pena de ser objeto de críticas por el CEDS cuando examine los informes que España, como todos Estados Partes en este tratado, está obligada a presentar.

B. Procedimientos de control: Informes periódicos o monitoreo. De conformidad con la Carta Social Europea⁵³⁹, los Estados Partes se obligan a presentar informes⁵⁴⁰, cada dos años ante el CEDS⁵⁴¹, acerca de su legislación y práctica interna en relación con los derechos reconocidos en la Carta que han decidido que les vinculen⁵⁴², aunque a solicitud del Comité de Ministros tienen asimismo que

dicta una «recomendación» dirigida al Estado concernido a fin de que el mismo adopte las medidas oportunas para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Carta, en cuyo caso el Estado tendrá que informar al Comité de Ministros sobre tales medidas (En determinados casos, el Comité de Ministros puede consultar al Comité Gubernamental). Si el CEDS declara que no ha habido violación, o bien cuando el Estado ha adoptado las medidas recomendadas, el Comité de Ministros dicta «resolución» poniendo fin al procedimiento.

539. Artículo 21 de la Carta Social Europea de 1961 (y artículo C-Parte IV, de la Carta revisada de 1996).

540. En 2007 el Comité de Ministros ha establecido el calendario de los períodos a informar y de los derechos sobre los que los Estados tienen que facilitar información para los años 2007-2011. En el año 2007 (antes del 31 de octubre) los Estados han tenido que informar de los derechos reconocidos en los artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25, en relación con el período 2005-2006. En cumplimiento de su obligación, España ha presentado su Informe (veinte) en la fecha indicada sobre los artículos 1, 9, 10, 15 y 18 de la Carta y el artículo 1 del Protocolo de 1988, en vigor el 28 de mayo de 1991, que es vinculante para España (BOE n° 99, de 25 de abril de 2000 y corrección de errores BOE n° 220, de 13 de septiembre de 2000), el informe (veintiuno) lo ha presentado en 2008, en relación con los artículos 3, 12 y 13 de la Carta y los artículos 11, 14 y 4 del mencionado Protocolo, habiendo presentado en relación con la última disposición (art. 4) un informe complementario de 2009. Por último el informe (veintidós) ha sido presentado en 2009 sobre los artículos 2, 4, 5 y 6 de la Carta y sobre los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988, quedando sólo este último informe pendiente de examen por el CEDS.

541. El informe se presenta por conducto del Secretario General del Consejo de Europa.

542. Consecuentemente, en el marco de este procedimiento, los Estados tienen que facilitar fiel información acerca de cómo aplican, a nivel interno, los derechos reconocidos que se han comprometido a hacer efectivos. Hay que tener presente que al

informar sobre aquellos derechos respecto de los que no se han comprometido (art. 22)⁵⁴³. A efectos del examen, el CEDS designa un Relator para cada una de las disposiciones de la Carta de 1961, del Protocolo de 1988 y de la Carta Revisada de 1996, sobre la que los Estados informarán, de conformidad con el plan fijado a tales efectos⁵⁴⁴. El CEDS puede decidir celebrar reunión con los representantes del Estado cuyo informe será examinado, lo que también puede ser solicitado por el Estado, solicitud que será aceptada o denegada por el CEDS, según lo considere oportuno⁵⁴⁵. Finalizado el examen el CEDS deliberará en privado y adoptará sus conclusiones por mayoría de los miembros presentes⁵⁴⁶ y dará instrucciones al Secretario ejecutivo para que las transmita al Estado de que se trate y que se proceda a su publicación.

Las conclusiones del CEDS son también remitidas al Comité Gubernamental⁵⁴⁷ (órgano subsidiario del Comité de Ministros), al que se dirigirán los Estados para informarle de las medidas que han adoptado o estén en proyecto de adoptar en relación con aquellas conclusiones del CEDS en las que ponga de manifiesto la incompatibilidad del Derecho o la práctica interna con las obligaciones asumidas⁵⁴⁸. Cuando el Comité Gubernamental

ratificar la Carta Social Europea los Estados no tienen por qué comprometerse con el catálogo íntegro de derechos reconocidos, sino que pueden aceptar el compromiso respecto de un grupo concreto de derechos. España al proceder a su ratificación aceptó el catálogo íntegro de los derechos, aunque formuló una declaración interpretativa en la que hizo constar que «interpretará y aplicará los artículos 5º y 6º de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española».

- 543. Copias del informe tienen que ser remitidas por el Estado a sus organizaciones nacionales que estén afiliadas a las organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores, quienes podrán realizar observaciones al informe estatal, y si las mismas fuesen realizadas serán transmitidas al Secretario General para que las haga también llegar, junto con el informe estatal, al CEDS (art. 23).
- 544. Durante el examen se tendrá en cuenta aquellas observaciones que el CEDS haya recibido, y ello sin perjuicio de que en la reunión será invitado a participar un representante de la OIT (art. 26 de la Carta).
- 545. Si la reunión se celebra con los representantes estatales, será informada la OIT, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Carta y, en determinados casos, puede ser invitada a participar. Si se cursa la invitación a la OIT, se hará lo mismo con las organizaciones de trabajadores y empleadores nacionales a que se refiere dicha disposición, aunque en este caso la participación estará en función de las condiciones determinadas a tales efectos por el Estado interesado.
- 546. Aquellos miembros del CEDS que hubiesen votado en contra, incluirán su opinión con las «conclusiones» de dicho Comité.
- 547. Integrado por representantes de los Estados Partes en la Carta Social Europea.
- 548. Ya se trate del texto de 1961, de su revisión de 1996 o del Protocolo Facultativo de 1988.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

considere que un Estado mantiene una actitud pasiva, informará al Comité de Ministros y le propondrá que adopte una recomendación en la que haga constar las medidas que el Estado en cuestión debe de adoptar. España ha presentado veintidós informes. En relación con las conclusiones del CEDS relativas a nuestro país, están publicados los progresos realizados, así como aquellas materias sobre las que el CEDS ha mostrado su disconformidad⁵⁴⁹.

Sin perjuicio de lo anterior hay que tener presente que el procedimiento de informes periódicos está previsto en otros tratados adoptados en el Consejo de Europa. En este contexto cabe mencionar el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales⁵⁵⁰ (1995)⁵⁵¹, vinculante para España⁵⁵², en el que por razones obvias los derechos económicos, sociales y culturales de las personas pertenecientes a dichas minorías están presentes en diversas de sus disposiciones. Y aunque el TEDH no es competente para conocer de las violaciones de este tratado, los problemas que afectan a las minorías no son ajenos al mismo. Para controlar la aplicación de este tratado ha sido instituido por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (Resolución 1999/010) un órgano integrado por expertos independientes⁵⁵³, el Comité Consultivo⁵⁵⁴, control que lleva a efecto a través de un «Procedimiento de monitoreo» consistente en el examen de los informes de los Estados y de otras fuentes de información, así como reuniones sobre el terreno con los interlocutores gubernamentales, representantes de las minorías nacionales y otros actores relevantes. España hasta la fecha ha presentado tres informes⁵⁵⁵, por lo que ha sido evaluada por el citado órgano de control⁵⁵⁶.

549. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/CountryFactsheets/Spain_en.asp.

550. Adoptado el 1 de febrero de 1995 y en vigor el 1 de febrero de 1998. *Vid.* BAUTISTA JIMÉNEZ, 1995, pp. 939-960; DÍAZ BARRADO, 1999, pp. 125-170; CARNERERO CASTILLA, 1999; FERRER LORET, 2008, pp. 207-251; RELANO PASTOR, 2005, pp. 185-214. BOE n° 20, de 23 de enero de 1998. *Vid.* DE LUCA MARTÍN, 2001, pp. 109-125; JIMÉNEZ PIERNAS, 1999, pp. 105-130; RUIZ VIEYTEZ, 2008, pp. 187-225.

551. En Naciones Unidas, la protección de las minorías y por ende, los derechos sociales, económicos y culturales de las mismas están proclamados en una Declaración de la Asamblea General (Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992), pero no en un tratado internacional específico, sin perjuicio de la protección que brinda el PIDCP a las minorías nacionales, religiosas y lingüísticas (art. 27).

552. BOE n° 20, de 23 de enero de 1998. *Vid.* DE LUCA MARTÍN, 2001, pp. 109-125; GÓMEZ DE LA TORRE, 2003, pp. 173-190; JIMÉNEZ PIERNAS, 1999, pp. 105-130; KYMLICKA, 2007, pp. 11-50; RUIZ VIEYTEZ, 2008, pp. 187-225.

553. [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/2_Monitoring/PDF_Resolution\(1997\)010_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/2_Monitoring/PDF_Resolution(1997)010_en.pdf).

554. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/2_Monitoring/ACFC_Intro_en.asp.

555. Los informes relacionados con España pueden ser consultados en la siguiente dirección: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/3_FCNMdocs/Table_en.asp#Spain.

556. ARP, 2004, pp. 1023-1028.

Por lo que respecta al Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos⁵⁵⁷ (2005)⁵⁵⁸, vinculante para España⁵⁵⁹, el mismo sigue la saga marcada por el Protocolo de Palermo de Naciones Unidas⁵⁶⁰ (2000)⁵⁶¹ y tiene presente las Resoluciones y Recomendaciones de los órganos principales de la Organización (Comités de Ministros y Asamblea Parlamentaria)⁵⁶². En el Convenio del Consejo de Europa, los derechos económicos, sociales y culturales están muy presentes en el marco de la asistencia a las víctimas (art. 12), como también lo están en el Protocolo de Palermo (art. 6). El Convenio contra la trata de seres humanos, al igual que en el tratado sobre minorías, el mecanismo de garantía establecido tiene por finalidad controlar el grado de cumplimiento por los Estados Partes, pero ello no es óbice para que pueda ser presentada una demanda ante el TEDH por aquellas personas víctimas de trata, como se puede constatar de una sentencia reciente en la materia⁵⁶³. A los efectos de control, el Convenio en su artículo 36 crea un Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos⁵⁶⁴ (GRETA, por su sigla en inglés) competente para evaluar la situación de los Estados Partes⁵⁶⁵. España será objeto de evaluación en el año 2012⁵⁶⁶.

557. Adoptado el 16 de mayo de 2005 y en vigor el 1 de febrero de 2008.

558. MARTÍN ARRIBAS, 2010, pp. 313-334.

559. BOE n° 219, de 10 de septiembre de 2009. La firma del Convenio del Consejo de Europa constituyó el fundamento para que fuese adoptado en España el *Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, el 15 de octubre de 2007.

560. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

561. BOLDOVA PASAMAR, 2010, pp. 51-112; AA VV, 2006.

562. Y ello sin perjuicio de que la «trata» sea un problema que preocupa y ocupa a la Unión Europea. Vid. ORTEGA GÓMEZ, 2009, pp. 1195-1216.

563. Caso *Rantsev contra Chipre y Rusia*. Sentencia de 7 de enero 2010.

564. BAUTISTA JIMÉNEZ, 2010, pp. 409-422.

565. A tales efectos elaborará un cuestionario que será remitido a los Estados para que los mismos procedan a responderlo, sin perjuicio de que puede solicitar información complementaria, ya sea al Estado objeto de evaluación o a las ONG (art. 38). Evaluado el Estado procede a emitir un informe con sus conclusiones. Sobre la base de la información disponible, GRETA elabora un proyecto de informe en el que hará constar su valoración sobre la situación del Estado, que será transmitido al mismo para que en el plazo que determine dicho Estado presente las observaciones que considere pertinentes, antes de que GRETA eleve el informe a definitivo, que contendrá sus conclusiones. Sobre la base de tales conclusiones el Comité de las Partes (integrado por representantes de todos los Estados Partes, art. 37) podrá adoptar las recomendaciones pertinentes, estableciendo un plazo para que el Estado concernido informe de las medidas adoptadas sobre la base de las mencionadas conclusiones (art. 38.7).

566. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/trafficking/Docs/News/1stRoundWeb_en.asp.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El último tratado que se considera oportuno mencionar es el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, entrado en vigor este año⁵⁶⁷, vinculante para España⁵⁶⁸, y en el que los derechos económicos, sociales y culturales también están presentes en todo lo relacionado con la protección de las víctimas. El mismo prevé un procedimiento de control de cumplimiento a cuyos efectos instituye el «Comité de las Partes» (art. 39), órgano intergubernamental integrado por representantes de los Estados Partes⁵⁶⁹.

C. *Control preventivo.* En este contexto hay que aludir al Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura⁵⁷⁰ (1987)⁵⁷¹, vinculante para España⁵⁷², no es un tratado de derechos sustantivo, sólo de derecho procesal, en tanto que el mismo no prohíbe ni define la tortura, sino que crea un órgano, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT)⁵⁷³ para que ejerza una función preventiva que se traduce en visitas (periódicas y *ad hoc*) a los Estados Partes y más específicamente, visita a los lugares en donde haya personas privadas de libertad por las autoridades públicas⁵⁷⁴. La vinculación por dicho tratado significa que el Estado acepta poder ser visitado sin necesidad de que el CPT solicite autorización previa⁵⁷⁵. El CPT en sus visitas presta una atención especial a las condiciones materiales de detención de dichas personas, consecuentemente, todo lo relacionado con los derechos económi-

567. Adoptado el 25 de octubre de 2007 y en vigor el 7 de enero de 2010.

568. Ha procedido a ratificarlo el 5 de agosto de 2010 y entrará en vigor para la misma el 1 de diciembre de 2010. BOE n° 274, de 12 de noviembre de 2010 y BOE n° 56, de 7 de marzo de 2011.

569. A pesar de ello puede suceder, como ha acontecido con el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, que el Comité de Ministros del Consejo de Europa proceda a crear un órgano independiente a fin de que el mismo se ocupe del control de cumplimiento del tratado sobre la explotación y abuso sexual a los niños. Y ello sin perjuicio de que en el seno de Naciones Unidas uno de los Protocolos Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño (vinculante también para España: BOE n° 27, de 31 de enero de 2002), se ocupa de esta cuestión, por consiguiente, el Comité de los Derechos del Niño a través del «Procedimiento de informes periódicos» controla toda la cuestión relacionada con la explotación y los abusos sexuales a niños en relación con los Estados miembros de las Naciones Unidas, lo que incluye a todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

570. Adoptado el 26 de noviembre de 1987 y en vigor el 1 de febrero de 1989.

571. RAMOS GIL, 2000, pp. 239-260; ROMÁN GONZÁLEZ, 2004, pp. 481-512.

572. BOE n° 159, de 5 de julio de 1989. Vid. RUILOBA ALBARIÑO, 2005.

573. <http://www.cpt.coe.int/en/about.htm>.

574. Este tratado, como ha sido señalado, constituye el precedente del actual Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas, estando ambos interrelacionados en relación con los Estados que son Partes en ambos instrumentos. Vid. RUILOBA ALBARIÑO, 2010, pp. 263-282.

575. GINÉS SANTIDRIÁN, 2010, pp. 665-682; SALADO OSUNA, 1994, pp. 563-584 y 2004, pp. 237-244.

cos, sociales y culturales de las mismas quedan bajo la competencia de este órgano⁵⁷⁶. España ha sido objeto de visitas periódicas y *ad hoc* por el CPT, habiendo por lo demás autorizado al mismo a publicar los informes (que son confidenciales) evacuados de las diversas visitas, de hecho, el único informe que no ha sido publicado hasta la fecha está relacionado con la sexta visita periódica (junio, 2011)⁵⁷⁷.

No se puede obviar la competencia el TEDH para conocer de violaciones del derecho a la integridad personal (art. 3 CEDH), ni tampoco que entre los dos órganos europeos citados, el CPT (no judicial) y el TEDH (judicial), hay una importante interrelación, de hecho, el Tribunal Europeo, en los últimos tiempos, se viene ocupando de las condiciones materiales de detención de las personas privadas de libertad⁵⁷⁸ (siempre y cuando las mismas hayan presentado demanda invocando violación) y tiene presente la jurisprudencia del CPT al igual que éste tiene muy presente, en el ejercicio de sus funciones, la jurisprudencia del TEDH.

C. Garantías extra convencionales

Si bien el Consejo de Europa no se ha prodigado en los procedimientos extra convencionales, hay que reconocer que algunos existen. A tales efectos cabe mencionar, en primer lugar, uno que podría ser calificado como «mandato temático» toda vez que un órgano integrado por expertos independientes, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia⁵⁷⁹, tiene por función luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia en Europa⁵⁸⁰ desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, a la luz del CEDH y sus Protocolos Adicionales normativos, así como las demás normas adoptadas en el Consejo de Europa que resulten pertinentes (art. 1 Estatuto⁵⁸¹). En el ejercicio de sus funciones, elabora «Recomendaciones de política general»⁵⁸² y «Declaracio-

576. Las normas generales del CPT pueden consultarse en: <http://www.cpt.coe.int/lang/esp/esp-standards.doc>.

577. Informes del CPT relativos a España: <http://www.cpt.coe.int/en/states/esp.htm>.

578. SALADO OSUNA, 2009, p. 123.

579. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp. Fue propuesta su creación por la Primera Cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, celebrada en 1993 (Vid. CARRILLO SALCEDO, ÁRCOS VARGAS y SALADO OSUNA, 1994, pp. 119-136), e instituida formalmente en 1994 y reforzada por el Estatuto adoptado por el Comité de Ministros (2002). http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI_statute_en.asp.

580. Entendiéndose por Europa todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

581. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/about/ECRI_statute_en.asp.

582. Recomendaciones relacionadas, fundamentalmente, con grupos vulnerables o determinadas situaciones. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/Compilations_en/compilation%20recommandation%201-10%20espagnol%20cri07-38.pdf.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes» referidas a una situación particular, incluso referidas a un país concreto⁵⁸³. Y ello sin perjuicio de su competencia para examinar la situación de cada uno de los Estados miembros en relación con las cuestiones relacionadas con sus competencias⁵⁸⁴. España, en tanto que Estado miembro del Consejo de Europa ha sido objeto de examen en cuatro ocasiones por esta Comisión, como puede constatarse por los informes evacuados por la misma⁵⁸⁵.

En el marco extra convencional existe también el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa⁵⁸⁶, que carece de competencias para conocer quejas individuales, aunque sí para investigar la situación de los derechos humanos en los Estados miembros de la Organización. A tales efectos «identificará posibles insuficiencias en el derecho y la práctica de los Estados en lo concerniente al respeto de los derechos humanos, tal como están contenidos en los instrumentos del Consejo de Europa, fomentará la aplicación efectiva de estas normas por parte de los Estados y, con el acuerdo de los mismos, colaborará con ellos para subsanar dichas insuficiencias»⁵⁸⁷, que podrá constatarlas a nivel general, como ha ocurrido en relación con los extranjeros⁵⁸⁸, o bien en relación con un Estado en concreto⁵⁸⁹. Además, en el contexto de su investigación se ocupará de los derechos sociales y económicos⁵⁹⁰, respecto de los que puede formular recomendaciones generales como

583. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/Statements_en.asp.

584. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/countrybycountry_en.asp.

585. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/Spain_CBC_en.asp.

586. Creado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa mediante la Resolución (99) 50, de 7 de mayo de 1999. Vid. STOFFEL VALLOTTON, 2002, pp. 799-818.

587. SALADO OSUNA, 2004, pp. 245-252.

588. Recomendación del Comisario para los Derechos Humanos relativa a los derechos de los extranjeros que deseen entrar en el territorio de los Estados Miembros del Consejo de Europa y a la ejecución de las decisiones de expulsión. Doc. CommDH/Rec (2001) 1, de 19 de septiembre de 2001.

589. A título de ejemplo, la visita realizada a España (marzo de 2005). Doc. CommDH (2005) 8, 9 de noviembre 2005.

590. En la visita realizada a España (2005) el Comisario prestó atención a la situación de los gitanos. Tras constatar los problemas fundamentales que afectan a los mismos (Doc. CommDH [2005] 8, párs. 176-183) en relación con los derechos sociales recomendó: «53. Adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de la comunidad gitana a la vivienda (erradicando progresivamente el chabolismo), al empleo y a la educación. 54. Revitalizar el Programa de Desarrollo Gitano y contar con la participación activa de las organizaciones gitanas en esta o cualquier otra estrategia gubernamental que persiga el desarrollo y la mejora de las condiciones de vida de la comunidad» (Recomendaciones contenidas en el Informe). Además hay que tener presente que el Comisario presta una atención primordial al derecho a la educación. A título de ejemplo cabe mencionar sus conclusiones sobre los memorandos presentados en relación con Estonia (Doc. CommDH [2007] 12, de 11 de julio de 2007, párrs. 19-23), Polonia (Doc. CommDH [2007] 13, de 20 de julio de 2007, párrs. 74-78) y Letonia (Doc. CommDH [2007] 9, de 16 de mayo de 2007, párrs. 51-61).

ha ocurrido con el derecho a la vivienda⁵⁹¹. En el ejercicio de su mandato, el Comisario puede realizar visitas a los Estados que considere pertinentes⁵⁹², que concluirá con la elaboración de un Informe que presenta al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y se hace público⁵⁹³. Los informes describen la situación constatada y sobre aquellas situaciones preocupantes procede a realizar recomendaciones para erradicarlas⁵⁹⁴.

7.4.2. Unión Europea

Al entrar en vigor el Tratado de Lisboa⁵⁹⁵ (Tratado de la Unión Europea –TUE⁵⁹⁶– y Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE⁵⁹⁷–) los derechos humanos se ven reforzados, de hecho los mismos forman parte de los «valores» en los que se fundamenta la Unión Europea (art. 2 TUE) y constituye uno de sus objetivos, tanto en el interior como en el resto de mundo (art. 3 TUE). Y ello sin perjuicio de que el Tratado de Maastricht (1992) fue el que consagró normativamente principios generales del Dere-

591. Recomendación del Comisario en relación con el derecho a la vivienda. Doc. CommDH (2009) 5, de 30 de junio de 2009.

592. http://www.coe.int/t/commissioner/WCD/visitreports_fr.asp#. Durante el transcurso de las visitas, el Comisario puede entrevistarse con las autoridades gubernamentales, representantes de partidos políticos y sindicatos, miembros del poder judicial, ONG, instituciones nacionales de derechos humanos, sociedad civil, etc., y puede visitar aquellos lugares relacionados con el objeto de su misión. A título de ejemplo cabe mencionar la visita realizada a España en febrero de 2001. *Vid.* Informe del Comisario para los Derechos Humanos sobre su viaje a España. Doc. CommDH (2001) 2, de 9 de febrero de 2001.

593. http://www.coe.int/t/commissioner/WCD/visitreports_fr.asp#. Cuando lo considere pertinente, el Comisario puede hacer público unas conclusiones preliminares antes de la presentación del informe referido a un Estado. Así ha actuado tras realizar una de sus visitas a Chechenia (Federación Rusa). Doc. CommDH (2007) 6, de 3 de marzo de 2007.

594. Los Estados deben de informar sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las recomendaciones, que serán valoradas por el Comisario y remitirán en el documento titulado «memorando» al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria y se procede a su publicación.

595. Adoptado 13 de diciembre de 2007 y en vigor el 1 de diciembre de 2009. BOE n° 286, 27 de noviembre 2009.

596. El TUE, adoptado por primera vez en el Tratado de Maastricht, en virtud del cual se crea la Unión Europea, ha tenido diversas reformas (Tratado de Ámsterdam –1997– y Tratado de Niza –2001–) hasta llegar a la última reforma operada por el Tratado de Lisboa en virtud del cual la Unión Europea es la sucesora, a título universal, de la Comunidad Europea.

597. Modifica el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), que data de 1957 (Tratado de Roma) y que ha sido objeto de diversas modificaciones hasta llegar a la situación actual que, al desaparecer la Comunidad Europea y ser sustituida por la Unión Europea, cambia la denominación del Tratado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cho en materia de derechos humanos, codificando de este modo la jurisprudencia del entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la materia⁵⁹⁸, principios que quedan confirmados en la actualidad⁵⁹⁹. El TUE vigente establece que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo de Derechos Humanos y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales (art. 6.3). En definitiva, desde que el Tribunal de Justicia comenzó a dar protección por vía pretoriana a los derechos humanos ha habido una importante interrelación entre la UE y el Consejo de Europa, de hecho el Tribunal de Justicia tiene presente al CEDH como principio general del Derecho comunitario⁶⁰⁰ y con posterioridad también está teniendo presente la jurisprudencia del TEDH⁶⁰¹, por lo que es posible afirmar la existencia de un espacio jurídico europeo de derechos humanos⁶⁰².

En relación con los derechos económicos, sociales y culturales hay que reconocer que entre los objetivos de la UE está el fomento de la protección social⁶⁰³ (art. 3.3 TUE) y que diversas de sus Políticas se ocupan de cuestiones relacionadas con tales derechos⁶⁰⁴, sin perjuicio de que de los mismos también se ocupa en sus relaciones con terceros países⁶⁰⁵.

Un paso de gran relevancia en la materia viene constituido por la Carta de Derechos Fundamentales⁶⁰⁶ (CDF) que data del año 2000 y a la que el Tratado de Lisboa le ha conferido valor jurídico vinculante (art. 6.1 TUE)⁶⁰⁷.

598. Puede consultarse en: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es>.

599. AMEZÚA AMEZÚA, 2004, pp. 105-130; CARRILLO SALCEDO, 2002, pp. 75-84 y 2003, pp. 323-336; PASTOR RIDRUEJO, 2009, pp. 369-384; RULH, 2007, pp. 39-62.

600. SÁNCHEZ PATRÓN, 2001, pp. 3387 y ss.

601. DEL VALLE y RODRÍGUEZ IGLESIAS, 1997, pp. 239-376.

602. FREIXES SANJUÁN, 2005, pp. 43-86.

603. ESPADA RAMOS, 2001, pp. 23-58.

604. Empleo; Política Social; Educación, Formación Profesional, Juventud y Deporte; Cultura; Salud Pública; y Protección de los Consumidores (Tercera Parte, Títulos IX, X, XII, XIII, XIV y XVI TFUE).

605. Cooperación para el Desarrollo y Ayuda Humanitaria (Quinta Parte, Título III, TFUE).

606. <http://europa.eu/scadplus/leg/es/tvb/l33501.htm>. Son muchos los estudios que sobre la CDF han sido realizados, entre otros: ALONSO SOTO, F.: «Alcance y límites de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Documentación social*, n° 123, 2001, pp. 161-191; CARRILLO SALCEDO, 2005, pp. 11-18 y 2001, pp. 7-26; Díez PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M., 2001, pp. 21-28; RAFAMIÑÁN GILBERT, 2001, pp. 237-264; GARCÍA ROCA, 2003, pp. 49-70; PAREJO NAVAS, 2010, pp. 205-239; PELÁEZ MARÓN, 2001, pp. 279-290; PÉREZ VERA, 2001, pp. 291-307; FERNÁNDEZ TOMÁS, 2001, pp. 15-30; MANGAS MARTÍN y GONZÁLEZ ALONSO, 2008.

607. DUTHEIL DE LA ROCHE, 2009, pp. 161-218.

La CDF contiene un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, dedicando a estos últimos importantes disposiciones, entre otras, todas las contenidas en el título «Solidaridad»⁶⁰⁸ (arts. 27-38), aunque algunos derechos están sólo reconocidos a los «ciudadanos europeos»⁶⁰⁹, así como a los extranjeros que residan legalmente en un Estado miembro de la UE⁶¹⁰, de ahí que doctrinalmente se haya puesto de manifiesto las luces y sombras de la CDF en relación con estos derechos⁶¹¹. En todo caso, desde el punto de vista normativo los derechos económicos, sociales y culturales son una realidad normativa en la UE, la cuestión a plantear es si ello se traduce en garantías judiciales o de otra naturaleza.

A. Garantías judiciales

La primera cuestión a resolver es si existen o no garantías judiciales para invocar violación de derechos reconocidos en la CDF. En este contexto hay que tener presente que el hecho de que la CDF haya adquirido valor jurídico vinculante para la UE y para sus Estados miembros⁶¹² no significa que en virtud de la misma se puedan presentar demandas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) invocando su violación, pues las disposiciones de la Carta, «no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados» (art. 6.1.2º TUE y art. 51.2 CDF)⁶¹³.

Y en este contexto hay que tener presente que el TJUE es competente para conocer de demandas contra las instituciones, órganos y organismos de la UE (ya sea para controlar la legalidad de actos adoptados por los mismos, o bien motivados en una actitud pasiva que pueda constituir una violación de los Tratados –TUE y TFUE–) y contra los Estados miembros (por incumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de los Tratados)⁶¹⁴, pero no es competente para conocer de violación de los derechos reconocidos en la CDF⁶¹⁵. La situación parece ser distinta en relación con los Estados

608. ALEGRE MARTÍNEZ, 2004, pp. 63-111; GARCÍA SILVERO, 2002, pp. 1169-1188; GIL Y GIL, 2002, pp. 89-99; PASTOR RIDRUEJO, 2002, pp. 117-135.

609. PÉREZ LUÑO, 2002, pp. 45-64; FUERTES LÓPEZ, 2006, pp. 395-447.

610. FONSECA MORILLO, 2001.

611. TUR AUSINA, 2009, pp. 323-349.

612. Diversos estudios sobre las incidencias de la CDF en Derecho español han sido realizados, entre otros: ANDRÉS SÁEZ DE SANTAMARÍA, 2008, pp. 233-255; MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, 2009, pp. 135-158; RODRÍGUEZ GARCÍA, 2010, pp. 561-584.

613. RALLO LOMBARTE, 2004, pp. 1629-1652; RUIZ JARABO, 2002, pp. 9-3.

614. *Vid.* TFUE y Protocolo nº 3 que contiene el Estatuto del TJUE.

615. Sin perjuicio de que cuando las disposiciones de la Carta contengan principios «podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros, cuando aplique Derecho de la Unión». En relación con tales actos se permite interponer recursos ante el TJUE y ante los órganos judiciales internos «en lo que se refiere a la interpretación y control de legalidad de dichos actos» (art. 52.5 y 52.7 CDF).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

miembros pues toda persona «cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva» (art. 47.1º CDF)⁶¹⁶, de lo que cabe interpretar que ante los órganos judiciales internos sí puede ser invocada violación de los derechos reconocidos en la CDF, aunque siempre y cuando la violación se haya producido en la aplicación del Derecho de la UE (art. 51.1 CDF), interpretación que se refuerza por el Protocolo N° 30 sobre la aplicación de la Carta a Polonia y Reino Unido⁶¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, las personas físicas y las jurídicas tienen legitimación activa ante el TJUE para la interposición de los recursos de nulidad⁶¹⁸, por omisión⁶¹⁹ y por responsabilidad extra contrac-

616. A este respecto resultan de interés las reflexiones de CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, 2009, pp. 21-30.

617. El Protocolo n° 30 dispone que la Carta no amplía la competencia de ningún «órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma» (art. 1.1). Este Protocolo ha sido objeto de comentario por FERNÁNDEZ TOMÁS, 2008, pp. 119-149.

618. El «recurso de nulidad» podrá ser interpuesto por personas físicas y jurídicas «contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directamente e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución» (art. 263.4º TFUE). El plazo de interposición es de dos meses, desde el día de la publicación del acto o desde el día de su notificación al recurrente y a falta de ello desde el día que el recurrente tenga conocimiento del acto. Mediante este recurso el TJUE controlará la legalidad de actos legislativos y de otra naturaleza, adoptados por las instituciones, así como por los órganos u organismos de la UE destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Si prospera el recurso, el TJUE procederá a declarar la nulidad del acto (art. 264 TFUE), por lo que el mismo dejará de producir los efectos negativos sobre la persona que haya interpuesto el recurso. Cuando el acto haya causado un detrimento en el patrimonio del recurrente, junto con el recurso de nulidad puede ser interpuesto el recurso por responsabilidad extra contractual.

619. En el marco del «recurso por omisión» toda persona física o jurídica «podrá recurrir en queja al Tribunal de Justicia (...) por no haberle dirigido una de las instituciones o uno de los órganos u organismos de la Unión un acto distinto de una recomendación o de un dictamen» (art. 265.3º TFUE). La finalidad de este recurso es impugnar la pasividad de la institución, órgano u organismo de que se trate al no haber adoptado el acto preceptivo que resultase necesario. En todo caso, con carácter previo a interponer el recurso ante el TJUE, la persona afectada está obligada a requerir con carácter previo a la institución, órgano u organismo para que actúe. Si en el plazo de dos meses del requerimiento la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso puede ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses (art. 265.1ª y 3º TFUE). Si la actitud pasiva hubiera causado un daño patrimonial al recurrente, también podría interponer conjuntamente con este recurso el de responsabilidad extra contractual.

tual⁶²⁰, y en los mismos se puede invocar violaciones de los derechos reconocidos por los Tratados, atribuibles a las instituciones, órganos u organismos de la UE que son los legitimados pasivamente. En virtud del «recurso por incumplimiento» los legitimados pasivamente son los Estados, pero no están legitimadas activamente las personas, sólo lo están la Comisión y los Estados (arts. 258 y 259 TFUE). Por tanto, si un Estado lesiona derechos, las personas directamente afectadas tienen vedado el acceso ante TJUE contra el Estado en cuestión⁶²¹. Lo anterior no significa que la persona carezca de recursos ante los tribunales nacionales invocando violación de derechos en aplicación del Derecho de la UE por el Estado⁶²², como también que el tribunal nacional puede plantear una «cuestión prejudicial» ante el TJUE (art. 267 TFUE).

Por otro lado hay que tener presente que desde que el TJUE por vía pretoriana comenzó a proteger derechos humanos, se plantó (a nivel doctrinal e institucional) la posibilidad de la conveniencia de que las Comunidades Europeas se adhirieran al CEDH⁶²³, lo que llegó a motivar una solicitud, por el Consejo, de un Dictamen al TJUE sobre esta cuestión, Dictamen que tuvo una respuesta negativa habida cuenta de la situación normativa del momento⁶²⁴. En los momentos presentes el Tratado de Lisboa dispone que la UE «se adherirá» al CEDH (art. 6.2)⁶²⁵, por lo que el impedimento al que hizo referencia el Tribunal de Justicia ha quedado salvado.

620. Si bien tanto en el marco de los recursos de nulidad y omisión pueden ser interpuestos conjuntamente el recurso por responsabilidad extra contractual, el mismo es autónomo, por lo que puede ser interpuesto de forma independiente a fin de que el TJUE resuelva los litigios por indemnización por daños causado (art. 268 TFUE). Si el fallo fuese estimatorio, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones (art. 340.21).
621. La única posibilidad que tiene la persona es dirigirse a la Comisión presentando una queja y si la misma lo considera pertinente, tras concluir el procedimiento establecido a tales efectos, puede demandar a dicho Estado ante el TJUE (art. 258 TFUE).
622. De hecho, el juez o tribunal nacional (de cada uno de los Estados miembros) es el competente para la aplicación del Derecho de la UE en el territorio del Estado miembro de que se trate.
623. En el ámbito doctrinal, entre otros, FERNÁNDEZ TOMÁS, 1985, pp. 701-722; PI LLORENS, 1996, pp. 301-416.
624. Dictamen del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (2/94) de 28 de marzo de 1996. En el Dictamen el Tribunal de Justicia sostuvo: «Ninguna disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias, con carácter general, la facultad de adoptar normas en materia de derechos humanos o de celebrar convenios internacionales en este ámbito» (párr. 27), aunque sostuvo que el respeto de los derechos humanos «constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios» (párr. 34). *Vid.* CARRILLO SALCEDO, 2002, pp. 109-116; CHUECA SANCHO, CUESTA CIVIS, 1999, pp. 207-232; ESCOBAR HERNÁNDEZ, 1996, pp. 817-838. FERNÁNDEZ SOLA, 1997, pp. 41-58; PASTOR RIDRUEJO, 2008, pp. 151-157.
625. El Protocolo de Enmienda n° 14 al CEDH prevé la posibilidad de que la UE se adhiera al CEDH.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Cuando ello se transforme en realidad, la persona (física y jurídica), presunta víctima de una violación, podrá presentar una demanda ante TEDH contra la UE, con independencia de la institución (incluido el TJUE), órgano u organismos causante de la violación. Ahora bien, el TEDH es competente para interpretar y aplicar el CEDH y/o en sus Protocolos Adicionales normativos (que reconocen esencialmente derechos civiles y políticos), pero no los Tratados ni la CDF (que reconoce derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales). Por tanto, el TEDH sólo podría conocer de forma indirecta de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales, como viene haciendo hasta ahora. A pesar de ello, las garantías judiciales quedarán reforzadas toda vez que la UE podrá ser «condenada» por el TEDH si constata violación del CEDH y/o de sus Protocolos atribuibles a la UE. En relación con los Estados miembros la adhesión no modifica la situación actual pues el TEDH conoce de violaciones de derechos que traen causa en la aplicación por los mismos del Derecho de la UE⁶²⁶.

B. Garantías no judiciales

Todo ciudadano europeo y toda persona física que resida legalmente, o jurídica que tenga su domicilio social en un Estados miembro, tiene derecho de petición ante el Parlamento Europeo (art. 227 TFUE y art. 44 CDF) y derecho para presentar reclamaciones ante el Defensor del Pueblo Europeo (art. 228 TFUE y art. 43 CDF)⁶²⁷. Las reclamaciones ante el Defensor del Pueblo pueden ser presentadas contra las instituciones (excepto contra la TJUE) y los órganos de la UE⁶²⁸ acerca de casos de

626. A título de ejemplo, STEDH Matthews, de 18 de febrero de 1999. En éste el TEDH sostiene que «el Convenio no excluye la transferencia de competencias a Organizaciones Internacionales, siempre que los derechos garantizados por el Convenio sigan siendo reconocidos», por lo que dicha transferencia «no hace desaparecer la responsabilidad de los Estados miembros». Precisa que si el CEDH «permitiera a los Estados Partes reducir sus obligaciones convencionales a través de la transferencia de competencias a las Organizaciones Internacionales, los Estados habrían encontrado un método extremadamente fácil para salvaguardar su imagen sin que pareciera que violaban el citado Convenio». En definitiva, el TEDH afirma su competencia en relación con los Estados Partes en el Convenio y/o en sus Protocolos Adicionales normativos, con independencia del Derecho aplicable por dichos Estados (ya fuese interno, comunitario/internacional).

627. El Estatuto del Defensor del Pueblo Europeo fue aprobado por el Parlamento Europeo (Decisión de 9 de marzo de 1994 y modificado por Decisión de 14 de marzo de 2002). *Vid.* ARENAS MEZA, 2008, pp. 197-204; ÁVILA RODRÍGUEZ, 2008, pp. 263-278; FERRER JEFFREY, 2002, pp. 341-33; GARCÍA SORIANO, 2005, pp. 117-144; SÁNCHEZ LÓPEZ, 2005, pp. 193-194.

628. El plazo para su presentación es de dos años a partir de la fecha en que el denunciante haya sido consciente de los hechos a los que se refiere en la reclamación. No es necesario que haya sido directamente afectado por el caso de mala administración. Sin embargo, es preciso que haya contactado previamente con la institución u

mala administración⁶²⁹ en las actividades de los mismos⁶³⁰, lo que incluye actividades en materia de derechos sociales, y ello sin perjuicio de las investigaciones que puede llevar a afecto el Defensor del Pueblo por iniciativa propia. Sin embargo, el mismo no puede investigar reclamaciones contra las autoridades nacionales, regionales o locales de los Estados miembros, ni siquiera cuando dichas reclamaciones se refieren a cuestiones sobre la UE.

La última garantía a la que cabe aludir está relacionada con la Agencia Europea de Derechos Fundamentales⁶³¹, que tiene competencias para proporcionar a las instituciones, a los órganos y a los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la UE, ayuda y asesoramiento en materia de derechos humanos con el fin de ayudarles a respetarlos⁶³². Y dado que la CDF, instrumento sobre el que la Agencia articula sus funciones contiene derechos económicos, sociales y culturales, la labor de ayuda y asesoramiento en pro de tales derechos queda salvaguardada. En todo caso, a diferencia con el Defensor del Pueblo, la Agencia, al menos hasta el presente, no es competente para conocer de reclamaciones⁶³³.

órgano en cuestión acerca del asunto por medio, p. ej., de una carta. Las reclamaciones pueden formularse por escrito, ya sea mediante carta dirigida al Defensor del Pueblo Europeo, o utilizando el formulario estándar. La versión electrónica del formulario de reclamación está disponible en: <http://www.ombudsman.europa.eu>.

629. Por mala administración se entiende, administración deficiente o errónea. Hay mala administración cuando una institución o un órgano no actúa de acuerdo con la ley, no respeta los principios de buena administración, o viola los derechos humanos. Algunos ejemplos de mala administración son: irregularidades administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, falta de respuesta, denegación de información y demoras innecesarias.
630. Presentada una reclamación el Defensor del Pueblo Europeo procederá a examinarla e informará al denunciante del desarrollo de su investigación. Cuando lo considere pertinente, ejercerá sus buenos oficios ante la institución o el órgano contra el que la queja vaya dirigida con el fin de tratar, en la medida de lo posible, encontrar una solución amistosa que ponga fin al problema de mala administración y satisfaga al denunciante. Si el intento de conciliación fracasa, el Defensor puede hacer recomendaciones destinadas a resolver la situación. Si la institución no acepta sus recomendaciones, el Defensor puede hacer un informe especial para el Parlamento Europeo.
631. Fue creada mediante Reglamento (CE) n° 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007 (DO L 53, de 22 de febrero de 2007) y en funcionamiento desde el 1 de marzo de 2007, sucesora del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. *Vid.* CHUECA SANCHO, 2007, pp. 9-24; PI LLORENS, 2007, pp. 575-593; SANJUÁN, 2007, pp. 24-27.
632. Consecuentemente, esta garantía puede ser calificada como de carácter preventivo, salvo que se considere que la función de la Agencia es sólo de promoción.
633. MELLADO PRADO, 2008, pp. 45-79.

8. BALANCE*

Comenzamos este capítulo recordando la obviedad de la importancia de las garantías de los derechos fundamentales, oportuna y unánimemente destacada por la doctrina. Pues bien, tras el análisis de las previsiones al respecto de nuestro Derecho positivo, cabe concluir que en él encontramos el marco suficiente para lograr la efectividad de los DFSP, al menos en su contenido constitucional. Para llegar a este resultado fue preciso, en ocasiones, proponer interpretaciones de las normas alternativas a las mayoritariamente seguidas por nuestros tribunales, intentando hacernos así eco de la admonición, entre otros, de FERRAJOLI, cuando destaca que la dogmática tiene una responsabilidad trascendental en esta materia⁶³⁴. En momentos muy puntuales, cuando el texto nos pareció insuficiente, llegamos a proponer su reforma, con el fin de adecuar mejor nuestro Derecho a la Constitución, la cual, como ha sido destacado entre otros por SCHNEIDER, puede cumplirse «más o menos». En definitiva, no es necesario, para lograr las finalidades propias de los DFSP y del Estado social, como proponen los más pesimistas, más bien desde fuera de la dogmática, cambiar el modelo económico imperante (lo cual, como sabemos, estaría sujeto a fuertes límites constitucionales) sino moderar sus excesos, recuperando el pacto constituyente de 1978, y moderar también algunas derivas del Derecho de la Unión, sobre la base de la superioridad de la CE. Ciertamente, esta conclusión vale para España, que es el país al que se refiere esta obra. Lograr la efectividad de los derechos sociales a nivel mundial posiblemente requeriría reformas más profundas, pero en esa problemática no hemos entrado aquí⁶³⁵.

Los seis tipos de garantías de los DFSP han sido analizados separadamente en este capítulo pero resulta claro que se trata de garantías complementarias, que se refuerzan mutuamente⁶³⁶. En el Estado de Derecho (y éste es claramente nuestro modelo constitucional de protección de derechos) lo ideal sería poner en primer plano las garantías judiciales, pero ya hemos

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA.

634. FERRAJOLI, 1999, pp. 28 y ss. También, CRUZ PARCERO, 2001, pp. 91-92 o COURTIS, 2007, pp. 185 y ss.

635. En esta materia hay que huir de los lugares comunes, del voluntarismo y de las críticas globales y poco matizadas al «sistema», que a nada conducen. Un planteamiento correcto, por concreto y razonable, nos parece el de PEMÁN GAVÍN (2009, pp. 77 y ss.), quien habla de tres grupos de países, subdesarrollados, en vías de desarrollo y desarrollados, en cuanto a sus posibilidades de realización de los derechos sociales, dejando claro que las marcadas diferencias entre unos y otros deberían llevar a planteamientos jurídicos también diferentes. Escribimos en España y sobre España, y en ese contexto deben entenderse nuestras afirmaciones.

636. La tesis, aunque obvia, es expuesta con rigor en PISARELLO, 2007, pp. 111 y ss.

demostrado que, por distintos motivos, resultan insuficientes: el primer problema de la efectividad de los DFSP en España no es el Estado social sino el Estado de Derecho.

En algunos casos, porque así lo dice el ordenamiento (y normalmente también, el sentido común), se producen algunas incompatibilidades entre las garantías (p. ej., si se acude a los tribunales no puede acudir al Defensor del Pueblo o sólo puede recurrirse ante determinadas instancias internacionales después de agotar las internas) o se imponen algunas contenciones mutuas, derivadas del principio de corrección funcional (significadamente, el Tribunal Constitucional ha de respetar un grado razonable de discrecionalidad legislativa, e igualmente, los tribunales del orden contencioso-administrativo un grado razonable de discrecionalidad administrativa), pero ello no desdice la tesis general. A nuestro juicio y al margen ya de que la garantía se desarrolle en el seno de uno u otro órgano, el mejor ejemplo del mutuo reforzamiento y complementariedad al que aludimos se da entre la tutela subjetiva y la tutela objetiva. Como adelantamos en su momento, ambas son necesarias y el debate sobre cuál de las dos ha de predominar es un debate estéril. En especial, la práctica demuestra la extraordinaria utilidad, para lograr la efectividad que pretendemos, de la configuración de los derechos sociales como derechos subjetivos⁶³⁷. Ciertamente, esta técnica suele limitarse a proteger intereses individuales de personas concretas⁶³⁸, pero contribuye a llamar la atención sobre los problemas estructurales subyacentes y con ello a inspirar vías más generales de garantía. La experiencia del Defensor del Pueblo es un claro ejemplo de esta complementariedad.

637. Ésta es la conclusión del análisis comparativo (y en este punto conviene mirar fuera de España) de SCHEININ, 2001, p. 54. A nivel todavía más amplio (todo el planeta), conviene escuchar la opinión al respecto de la ex Secretaria General de Amnistía Internacional, para quien el «empoderamiento legal» a los titulares de los derechos sociales ha resultado clave para avanzar en su efectividad: KHAN, 2010, pp. 225 y ss. En contraste, cuando no se reconocen derechos subjetivos, que es p. ej. la tendencia dominante en Estados Unidos, la justicia social vive horas bajas, como se demuestra en ALONSO GARCÍA, 1982, pp. 155 y ss.

638. Éste es el fundamento mismo del orden político que surge en la Revolución Francesa (y aun de la Modernidad), en el que todavía, para bien o para mal, nos encontramos, y sobre cuyos excesos ya hemos advertido, intentando contribuir a conjurarlos, en muchos lugares de esta obra. Ahora bien, hay un punto en el que podríamos dar la razón a los críticos del derecho subjetivo: si éste se garantiza en vía judicial, podría generar una cierta desigualdad, al favorecer a quienes lograron una sentencia favorable, frente a quienes no recurrieron (p. ej., PEMÁN GAVÍN, 2009, p. 70, comentando la situación colombiana). El precio a pagar por el derecho subjetivo es alto pero también aquí el ordenamiento cuenta con resortes apropiados, entre ellos con el poder emulador y en su caso fuerza vinculante de la propia jurisprudencia: un caso victorioso bien puede ser seguido por muchos otros. *Vid.*, asimismo, los arts. 221 y 519 LECiv.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Pensando en una perspectiva todavía más general, también la práctica pone de manifiesto la utilidad de la activación paralela de las garantías jurídicas y políticas, o más ampliamente, de lo jurídico y de lo político⁶³⁹, dualidad que a veces se aprecia incluso dentro de un mismo órgano (el Defensor del Pueblo) o dentro de una misma organización (el Consejo de Europa). A veces se ha criticado, normalmente desde la izquierda, el excesivo papel atribuido a lo jurídico en la garantía de los derechos sociales. Sin duda, no puede confiarse, ni mucho menos, sólo en lo jurídico, pero en países como el nuestro esta (quizás) mayor atención a lo jurídico se justifica bien si tenemos en cuenta que el retraso de nuestra justicia social (en comparación con los países más desarrollados de Europa) bien debe compensarse con un compromiso del Derecho más firme del que sería necesario, por ejemplo, en Francia o en Alemania⁶⁴⁰.

Además de reforzarse mutuamente, la activación conjunta de las garantías permite abrir un cierto diálogo en materia de derechos sociales, esencial para la construcción de la «sociedad democrática avanzada» a la que se refiere el Preámbulo de nuestra Constitución, y ello no siempre ni necesariamente en forma de progreso sino también de responsabilidad colectiva, de diseño democrático de la justicia social a la que queremos llegar: si la sociedad participa en el debate y se percata de que debe contribuir con sus impuestos al avance social, quizás se eviten propuestas descabelladas. Obviamente, al hablar de debate no estamos pensando en un debate formal, como si viéramos sentados en la misma mesa a políticos, jueces, científicos y ciudadanos, sino en un debate material, en una sociedad abierta o en una pluralidad de voces, que en eso consiste, sobre todo, la opinión pública.

Las consideraciones anteriores no deben llevarnos a la ingenuidad y mucho menos a caer en la famosa ilusión de los juristas. El camino para la efectividad de los derechos sociales (no sólo de los DFSP), como el del cumplimiento de la misma Constitución (que también, entre otras cosas, es «programa»), está abierto, sigue lleno de obstáculos y no puede limitarse al ámbito jurídico⁶⁴¹. La Historia normalmente avanza, pero no siempre. Para que los avances sean más rápidos y, sobre todo, firmes, parece claro, como tantas veces se ha dicho, que resulta necesario un cambio (quizás no revolucionario pero sí sustancial) de cultura política⁶⁴², una profundización en el

639. Últimamente, p. ej., COURTIS, 2009, p. 59, en contundente y definitiva crítica a ATRIA.

640. Así, LÓPEZ PINA, 1996, p. 30, acompañado del viejo KANT: «la reflexión sobre nuestra historia y cultura nos lleva a concluir que para suplir las deficiencias de nuestra cultura política no disponemos de otro expediente que confiarnos al Derecho y a su fuerza normativa».

641. P. ej., entre otros muchos, GARCÍA MORALES, 2003, pp. 159-161.

642. En una de las obras esenciales para entender el siglo XX, JÜNGER nos advertía ya en 1951: «Sin duda puede decirse que las masas, al menos aquí en nuestro país, se

sentimiento constitucional, tan escaso en España en comparación con otros países. Como concluye POGGE, en una obra esencial para comprender, más allá de RAWLS, uno de los conceptos fundamentales de nuestra época, el de justicia global, «lo que se necesita para garantizar verdaderamente el contenido de un derecho es una ciudadanía vigilante que se comprometa profundamente con este derecho y que esté dispuesta a trabajar en pro de su realización política»⁶⁴³. Al final, lo decisivo será entonces (pues de la clase política cabe esperar más bien poco) una participación más activa de la sociedad, que en España se echa de menos⁶⁴⁴.

Ahora bien, el necesario cambio de cultura política puede acelerarse desde el poder y, en parte también, desde el mismo Derecho. He aquí, para concluir, algunas modestas propuestas: aumentar la transparencia de la acción del poder⁶⁴⁵, fomentar el conocimiento ciudadano de los derechos humanos y fundamentales, desde una perspectiva crítica, más allá de toda visión mercantilista de la enseñanza, en el sistema educativo⁶⁴⁶ y especialmente en las Facultades de Derecho⁶⁴⁷ y en las escuelas judicia-

encuentran en un estado tal que casi no perciben ya las violaciones de la Constitución. En los sitios donde se ha perdido esa consciencia, no se la restablece de forma artificial» (1993, p. 133). Más adelante (p. 155) achaca gran parte del problema a la insensibilidad social de los profesores de Derecho (p. 155).

643. POGGE, 2005, p. 87.

644. Datos recientes, p. ej., en GÓMEZ FORTES y otros, 2010, pp. 115 y ss. El llamado movimiento del 15-M o de los indignados es un primer paso, pero creemos que de momento poco preocupado en trabajar conjuntamente con otros actores y en otros frentes. Harían bien sus protagonistas en atender las elaboradas propuestas de ABRA-MOVICH (2004) en pro de la necesaria articulación entre la acción social, la política y la jurídica.

645. Una de las claves en materia de derechos sociales, según SARLET, 2010, pp. 60-61. Como se ha venido demostrando en distintos lugares de esta obra, el análisis de los hechos es una de las claves de la argumentación sobre DFSP. Pues bien, si la Administración es el principal obligado de estos derechos y si la Administración no aporta la información necesaria sobre ellos (o los tribunales no permiten contestarla en un proceso), la efectividad de los DFSP será muy dificultosa. Se comprueba así que el segundo gran problema de la efectividad de los DFSP no es el Estado social sino el Estado democrático. Desde esta perspectiva, la aprobación de la tantas veces esperada ley de acceso a la información pública resultaría esencial para poder avanzar.

646. La asignatura «Educación para la ciudadanía» es un paso importante (p. ej., GAMPER, 2009, pp. 36 y ss.) pero todavía insuficiente (*vid.* también *infra*, VI, 2.2.2). Ciertamente, el contexto general (y el problema esta vez no es sólo español) no ayuda. Entre la numerosa bibliografía crítica con el estado actual de la educación, que evita en la práctica (pese a tantas normas cosméticas) la formación del espíritu crítico, p. ej., OAKESHOTT, 2009, y últimamente, NUSSBAUM, 2010.

647. Hasta hace bien poco (desde 2009 aparecen algunos –escasos todavía– brotes verdes), la temática de los DFSP estaba ausente incluso de los manuales de Derecho constitucional, no digamos de los cada vez más reducidos programas (ahora denomi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

les⁶⁴⁸ y tomarse realmente en serio la configuración de la televisión como servicio público⁶⁴⁹. Pero de esto último hablaremos en nuestro próximo libro.

nados «guías docentes») académicos; por cierto, al parecer (nadie ha sabido decirnos donde está escrito) el proceso de Bolonia obliga a una uniformización de tales programas, lo que además de atentar contra la libertad de cátedra y contra el pluralismo al que sirve, puede implicar un nuevo obstáculo a la balbuciente entrada de la materia en nuestras Facultades de Derecho: si hay que «pactar» el programa entre los colegas, al final triunfará la posición mayoritaria (dejar fuera los DFSP, porque «son menos importantes»).

648. Resulta significativo que en el libro distribuido gratuitamente entre los jueces españoles por el CGPJ, como manual de referencia en derechos fundamentales, no se incluya ni una línea sobre salud, vivienda o cultura. Sobre este lamentable contexto, *vid.* OLIVAS DÍAZ, 2009, pp. 80 y ss. De otro lado, la función educadora del Tribunal Constitucional (como ya se destacó *supra*, 3.7.1) puede resultar clave (si el Alto Tribunal se ocupa de derechos sociales, los profesores de Derecho también lo harán) y seguramente por ello (no tanto por la utilidad de la garantía como tal; escéptico al respecto, ACKERMAN, 2007, pp. 120-123) STRECK (2005, pp. 241 y ss.) otorga gran importancia al papel de la justicia constitucional en el avance en derechos sociales.
649. Que los medios de comunicación españoles no informan bien sobre los problemas sociales (nuevamente, el déficit democrático como freno a la efectividad de los derechos sociales) ha sido denunciado en diversos trabajos de NAVARRO (2004 y 2006), a quien remitimos para una descripción más detallada de las diversas causas de nuestro «subdesarrollo social». Paradójicamente (o quizás no), la función (de servicio público en sentido material) de los medios de contribución al debate público está teniendo lugar, pese a sus inevitables carencias, en el medio menos regulado, Internet, que con razón es visto ya como la gran esperanza de la necesaria regeneración democrática, y no sólo en nuestro país; al respecto, entre la ya amplia bibliografía, recomendamos, para no terminar con un libro más de Derecho, la lectura del sugerente ensayo de VERDÚ, 2009, esp. pp. 151 y ss.

SEGUNDA PARTE

DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES DE PRESTACIÓN

Capítulo VI

El derecho a la educación*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a la educación no tiene una historia muy larga¹, al menos como derecho subjetivo y como derecho fundamental. Como puede seguirse del desarrollo histórico en España², la preocupación ilustrada por la educación se incorporó a nivel constitucional prontamente en 1812³, incluyendo su dimensión prestacional. Si bien, es en el siglo XX donde la prestación de la educación se hace más sólida, así como su reconocimiento jurídico constitucional. Como hoy día sigue sucediendo, desgraciadamente, la educa-

* Por Lorenzo COTINO HUESO. Este capítulo sintetiza COTINO HUESO, 2012.

1. TOMÁSEVSKI 2003, p. 1.
2. Respecto de la historia del derecho a la educación en España, destacan los trabajos de PUELLES BENÍTEZ (1980), (1988), (1991), (1992), (2000) y de CAPITÁN DÍAZ (2000), (2001), (2002). Aquí se sigue el estudio en perspectiva jurídico-constitucional de ELIPE SONGEL (2003).
3. La Constitución de Cádiz reguló ampliamente la educación, aunque no como derecho subjetivo. La extensa Constitución de Cádiz reguló ampliamente la educación, dedicando el título «De la Instrucción Pública» (arts. 366-371). En virtud del art. 366, «En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles». El art. 367 señalaba que «asimismo se arreglará y creará el número competente de Universidades y de otros establecimientos de instrucción que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes». En razón del art. 368, «El plan general de la enseñanza será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas» y el art. 370 disponía que «Las Cortes por medio de planes y estatutos especiales, arreglarán cuanto pertenezca al importante objeto de la instrucción pública».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción ha sido uno de los campos de batalla donde librar debates políticos generales, especialmente las disputas religiosas. Tras la Constitución de 1812, el Reglamento general de instrucción pública de 1821 estableció la gratuidad de la instrucción pública en todos los grados. En el período reaccionario del reinado de Fernando VII, con el Plan Calomarde y el Plan y reglamento de instrucción primaria de 1824 se dio una importante legislación de la enseñanza. La desamortización de Mendizábal en 1835 repercutió negativamente en la impartición de enseñanza religiosa disparándose el analfabetismo. El Real Decreto de 4 de agosto de 1836 del liberal ministro Istúriz, abandonó la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior y la enseñanza primaria paso a ser sólo gratuita para los verdaderamente pobres. Esta norma sentó las bases liberales que luego recogerían normas posteriores⁴ y, en especial, la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, *Ley Moyano*. Esta ley centenaria fijó los elementos básicos que se venían dando desde el Reglamento de 1821, el Plan Duque de Rivas de 1836 y el Plan Pidal de 1845. La Ley Moyano supuso la «gratuidad relativa para la enseñanza primaria, centralización, uniformidad, secularización y libertad de enseñanza relativa»⁵ y fijó la estructura del sistema educativo nacional hasta la ley de 1970.

En 1869 se constitucionalizó sólo la posibilidad de creación de centros privados (art. 24) y con la Constitución de 1876 se reconoció el derecho a aprender profesiones y se expresó la existencia de establecimientos de educación costeados públicamente (art. 12). En el sistema de la Restauración, la política escolar sufrió la polaridad liberal-conservadora en materia religiosa⁶. Ya desde el inicio del siglo XX, pero en especial con la Dictadura de Primo de Rivera, se conformó y reglamentó el sistema educativo (planes de estudio, escuelas normales, exámenes, enseñanza de la relación, titulación del profesorado, inspección educativa, autonomía universitaria, etc.), con el dictador se crearon numerosas escuelas e institutos reduciéndose el analfabetismo. La escolarización se amplió a los 14 años, siendo gratuita y obligatoria (Estatuto de 18 de mayo de 1923). Con la Constitución republicana de 1931, aunque la educación no aparece como derecho subjetivo de forma expresa, claros mandatos suponen el reconocimiento impositivo de su dimensión prestacional (arts. 48-50)⁷ y a las regiones autónomas se les reconoce la posibilidad de

4. Así, la Ley de 21 de julio de 1838, que entre otros, fijaba condiciones severas para la licencia a la enseñanza privada.

5. VENTOSA Y CLAVELL (1932), citado por ELIPE SONGEL, 2003, p. 49.

6. Al respecto, SÁNCHEZ FERRIZ, 1984, p. 61.

7. Se reconocía que el sistema de la escuela unificada presta el servicio esencial de la cultura, con enseñanza primaria gratuita y obligatoria, con mención de ayudas de acceso en las enseñanzas posteriores según capacidad, se afirma la inspiración de la docencia laica en «ideas de solidaridad humana», se mencionan las competencias estatales en la expedición de títulos, el establecimiento de pruebas y requisitos, se reserva

enseñanza en sus lenguas⁸. De otra parte, se reconoce la libertad de cátedra a los docentes y a los centros religiosos el derecho a enseñar doctrinas católicas.

Con el régimen dictatorial de Franco la educación se empleó políticamente en sentido católico y patriótico, bajo «un modelo educativo integrista al máximo»⁹. Desde los años cincuenta¹⁰ se intentó hacer menos elitista el bachillerato y se creó el curso preuniversitario. Las leyes fundamentales reconocieron el derecho a una «educación general y profesional» «que nunca podrá dejar de percibirse por falta de medios materiales»¹¹, y el derecho a «recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas»¹². Los cambios que exigió la expansión económica de los años 60 se dieron con la *ley Villar Palasí*, la Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa, de corte tecnocrático. Dicha norma generalizó la escolarización obligatoria y gratuita, la Educación General Básica (EGB) de 6 a 14 años y afirmaba el compromiso de extender la gratuidad al Bachillerato. El sistema de enseñanza era único y no discriminatorio, asimismo persiguió la calidad en la enseñanza y regulaba la función de planificación y programación estatal. De igual modo, mantuvo la enseñanza privada no universitaria con la posibilidad de que ofertaran puestos gratuitos de enseñanza obligatoria a cambio de apoyo económico. Esta ley también conectó el sistema educativo con el laboral.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

En la constituyente¹³ hubo una dura pugna de un modelo de libertad de enseñanza que defendía la situación de la enseñanza privada religiosa

a la ley la fijación de edades, grados, duración de escolaridad, contenidos educativos y se menciona a la inspección educativa.

8. Si bien se señala que la instrucción primaria y secundaria será en castellano y el Estado se reserva la posibilidad de mantener o crear instituciones con enseñanza en castellano.
9. NICOLÁS MUÑOZ, 1983, p. 341.
10. En el período franquista se aprobó la Ley de Educación primaria de 17 de julio de 1945.
11. Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, Declaración IX.
12. Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945.
13. Todos los debates constituyentes sobre educación están recogidos en MEC, 1978. De particular interés, ZUMAQUERO (1984, pp. 25 y ss.) y NOGUEIRA (1988, p. 65 y ss.).

frente a un modelo de escuela pública única¹⁴. Pese a momentos tensos¹⁵, no hubo prácticamente variaciones del artículo 27 CE desde el artículo 28 del Anteproyecto¹⁶, sin variación alguna ni en el Senado ni en la Comisión Mixta. Ahora bien, el cambio importante se dio de forma camuflada, merced al logro que supuso para el centro derecha la introducción de la cláusula de apertura internacional en el artículo 10.2 CE en la fase del Senado¹⁷. Para NICOLÁS, el partido centrista cedió en los apartados 5 y 7 (participación), mientras que el partido socialista cedió en los apartados 1 (reconocimiento de la libertad de enseñanza), 6 (libertad de creación de centros) y 9 (ayudas a los centros privados), renunciando, por tanto a la escuela pública unificada y a la escuela laica excluyente¹⁸.

Aquella voluntad de consenso¹⁹ se tradujo finalmente en un «pacto de inclusión de mínimos»²⁰, un extenso y complejo precepto, una «fórmula de compromiso muy apurada en todos sus términos»²¹. A nuestro juicio, la Constitución impuso un modelo peculiar, si cabe, por su propia hibridez. Más que un consenso, fue una tregua, como lo califica NICOLÁS²², la materia quedó en buena medida a expensas de la concreción del legislador y de la jurisprudencia²³. En todo caso, las décadas que lleva en vigor este precepto parecen dar la razón a quienes afirmaban (como FERNÁNDEZ-MIRANDA²⁴) la no contraposición de los modelos educativos que el mismo incluye.

1.2.2. Normas sobre el derecho a la educación

La regulación central se contiene en el artículo 27 CE, el más extenso de los artículos que regulan derechos fundamentales. En otros se contienen

-
14. Se ha dicho que la libertad de enseñanza era propugnada por la derecha y el derecho a la educación por la izquierda. A lo que hay que añadir que también es una reivindicación típica de la izquierda la libertad de cátedra no sólo universitaria, precisamente para contrarrestar el poder del centro privado de enseñanza.
 15. Lo narra PECES-BARBA, 1988, pp. 115 y ss.
 16. NICOLÁS MUÑOZ (1983, pp. 335-337), salvo la inclusión de la libertad de enseñanza en el apartado 1, las variaciones son de detalle.
 17. Ello permitía integrar la libertad de enseñanza, y en especial el derecho a crear y dirigir centros privados, reconocidos en el ordenamiento internacional, *Ibidem*, 1983, pp. 345-346.
 18. *Ibidem* p. 337.
 19. Una visión actual y cualificada de este consenso constitucional en la educación, PUELLES BENÍTEZ, 2007 b, pp. 29 y ss.
 20. El art. 27 CE ha sido así calificado por CÁMARA VILLAR, 1988 p. 2164.
 21. NICOLÁS MUÑOZ, 1983, p. 335.
 22. *Ibidem*, p. 337.
 23. Subraya esta perspectiva NOGUEIRA, 1988, pp. 67 y 70-76.
 24. FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, p. 125. En un sentido similar, TORRES DEL MORAL, 1997, p. 16. En contra, NOGUEIRA, 1988, p. 67.

referencias sobre la educación y la enseñanza, como el importante reconocimiento de la libertad de cátedra [art. 20.1.c)] y la libertad científica [art. 20.1.c)], libertades académicas²⁵ integradas en general en la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE. El artículo 148.1.17^a CE señala competencias asumibles por las Comunidades Autónomas relativas a cultura, investigación y enseñanza de la lengua propia. Y destaca el artículo 149.1.30^a CE que establece la competencia exclusiva sobre títulos educativos y desarrollo de las bases de la enseñanza; también hay que tener en cuenta la competencia exclusiva de la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos» (art. 149.1.1^a CE). En otros apartados, se contienen menciones particulares al fomento de «la educación sanitaria, la educación física y el deporte» (art. 43.3 CE) o a la promoción de «la educación de los consumidores y usuarios» (art. 51.2 CE). En ambos casos se trata de normas principales de fomento ya de por sí de alcance relativo y, en todo caso, no necesariamente deben tener su reflejo en la educación reglada. Ello no empece, obviamente, que tal educación pueda integrarse en los contenidos de la enseñanza.

Tiene incidencia directa en educación la mención de los valores constitucionales consagrados (art. 1.1 CE) y los fundamentos del orden político (art. 10.1 CE), muy conectados con el objeto constitucional de la educación (art. 27.2 CE). También, aunque como se dirá sólo relacionado con la educación en su denotación más amplia que aquí no se sigue, las libertades de la enseñanza quedan vinculadas con la libertad ideológica y religiosa²⁶ (art. 16 CE) y con las libertades informativas (art. 20 CE), artículo donde se encajó a la libertad de cátedra. El derecho a la educación también conecta con la libre profesión (art. 35 CE), puesto que en muchas ocasiones el acceso a la profesión queda condicionado con el derecho al acceso y a obtener títulos. También en general la educación está conectada principios rectores²⁷.

Desde una perspectiva «técnica», ya se ha señalado la importancia del artículo 10.2 CE y la apertura e integración del contenido del derecho al marco internacional que supone. Asimismo, en virtud del artículo 53 el derecho a la educación es un derecho fundamental con la máxima protección jurídica²⁸, lo cual también se detalla en otros preceptos²⁹.

25. Así se expresaba en la Ley de Reforma Universitaria de 1983 y actualmente en el art. 2.3 LOU.

26. En general, ROLLNERT, 1998, pp. 67-68.

27. Como el deber de asistencia de los padres (art. 39 CE), el derecho a la cultura y deber de promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica (art. 44 CE).

28. El artículo 53 CE implica la eficacia directa, reserva de ley en la regulación del ejercicio, garantía del contenido esencial, tutela constitucional y jurisdiccional reforzada.

29. En razón del artículo 81 su «desarrollo» lo es por ley orgánica, siendo que no puede ser regulado por medio de Decreto legislativo (art. 82.1 CE) ni afectado por un

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Pese a la amplitud del artículo 27 CE³⁰, su esencia se contiene en el apartado primero al reconocer el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Vía jurisprudencial o a partir de los tratados internacionales, a partir de este reconocimiento general se deducen no pocos derechos autónomos que no están expresamente reconocidos³¹. En el resto del articulado se regulan diversos derechos autónomos, a juicio del Tribunal Constitucional³², en ocasiones a partir de garantías institucionales (como la autonomía universitaria), meros principios (el participativo) o mandatos más o menos concretos que, en todo caso, pasan a integrarse en el derecho subjetivo exigible (gratuidad, intervención en gestión y control centros, ayuda a los centros). También en el artículo 27 CE se contienen mandatos a los poderes públicos que son medios de realización y garantía del derecho a la educación (como la programación de la enseñanza y creación de centros y la inspección y homologación del sistema educativo).

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.3.1. Universal

El derecho a la educación ocupa un lugar primordial en Naciones Unidas y la regulación y la actividad internacional de derechos humanos³³, con perfiles más concretos que en los ámbitos europeo y español. De ello se

Decreto-ley (art. 86.1 CE), tampoco cabe la iniciativa legislativa popular en esta materia (art. 87.3 CE) y la reforma de este precepto requiere del procedimiento agravado del artículo 168 CE.

30. Un resumen del precepto se expone en la STS de 9 marzo 1987 (RJ 1987, 1913), FJ 3.
31. Así, entre otros, el derecho a recibir una enseñanza asequible (presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes), accesible (derecho a elegir centro, derecho de acceso y admisión, derecho de acceso a sistema de becas y ayudas), derecho a una enseñanza de calidad, derecho a la información y orientación escolar y laboral. Asimismo cabe tener en cuenta el derecho a no ser discriminado, a ser evaluado objetivamente y con garantías, el derecho a permanecer y progresar, al reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes; a recibir la educación en lengua comprensible, el derecho a una educación inclusiva para los discapacitados, el derecho a no ser sancionado arbitrariamente y con garantías, etc.
32. El «derecho» a elegir enseñanza religiosa de los padres (ap. 3), derecho a recibir gratuitamente la enseñanza básica (ap. 4), derecho a la participación en la enseñanza e intervención en control y gestión de centros (ap. 7), derecho a la creación de centros (ap. 6), derecho de los centros a recibir ayudas (deducible del ap. 8), derecho a la autonomía universitaria (ap. 10).
33. Al respecto, en particular y recientemente, ESCOBAR ROCA (2009), también, por conexión ESCOBAR ROCA (2005 a) y los diversos trabajos citados de TOMÁSEVSKI, así como CHACÓN MATA.

beneficia el artículo 27 CE merced a la interpretación exigida por el artículo 10.2 CE³⁴.

El artículo 26 de Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 reconoce generosamente el derecho, también en su dimensión prestacional así como destaca la determinación del objeto de la educación. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en sus artículos 13 y 14 reconoce y precisa el alcance del derecho a la educación, su objeto, la obligatoriedad y gratuidad en sus diversas fases, garantía de becas, medios y aptitud del profesorado, etc. Del marco del PIDESC y de gran utilidad para la determinación del contenido del derecho a la educación y de las obligaciones de los Estados hay que mencionar la obra del Comité DESC, en especial, la Observación general n° 13 sobre el artículo 13 (en relación con el derecho a la educación) de 1990³⁵. Se trata de una interpretación autorizada del convenio, un apoyo insustituible para su aplicación interna³⁶. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP) no regula en sí el derecho a la educación, pero sí la libertad religiosa en la enseñanza y el derecho de los padres para garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos (art. 18 PIDCP). Asimismo, se hace referencia a la no discriminación del niño (art. 24.1 PIDCP). La Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN), habitual beneficiario del derecho a la educación, transversalmente aborda la educación³⁷. De forma específica, su amplio artículo 28 contiene obligaciones de implantación gratuidad, los derechos de información y orientación, las medidas de asistencia a la escuela y evitación de la deserción escolar, los límites de la disciplina escolar, la cooperación internacional. Además, el artículo 29 se dedica íntegramente a perfilar el objeto obligado de la educación, así como hace referencia a la libre enseñanza. Algunas observaciones generales del Comité de Derechos del Niño son referencia interpretativa obligada³⁸.

34. Destaca la STC 236/2007, sobre la LO 4/2000, en su manejo del ordenamiento internacional en el ámbito educativo.

35. También la Observación general n° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del art. 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990. Doc. E/1991/23 y la Observación General n° 11. *Planes de acción para la enseñanza primaria* (art. 14 del PIDESC). Doc. E/C.12/1999/4, de 10 de mayo de 1999.

36. Ver NACIONES UNIDAS, 2004a.

37. Tienen incidencia los arts. 17 (acceso a la información del niño); 18 (obligaciones paternas en desarrollo del niño y apoyo estatal); 19 (medidas educativas frente al abuso); 20 (cuidados de menores en instituciones y garantía de continuidad de la educación del niño); 23 (discapacitados); 24 (educación en salud); 32 (no entorpecer educación y edades y condiciones de trabajo) y 33 (educación frente a las drogas).

38. NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001 y 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el ámbito de la discriminación, destaca desde antiguo la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 y también, la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (en especial arts. 5 y 7) y, en especial, artículos 10 y 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979 (en adelante Convención contra la discriminación de mujeres de 1979). Respecto de los discapacitados, destaca el artículo 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en su momento se analiza. Otras convenciones internacionales con repercusión en el ámbito educativo versan sobre refugiados y apátridas³⁹, la llamadas a una educación preventiva respecto de la tortura⁴⁰ o los tratados de ámbito de la OIT, especialmente sobre edad mínima de trabajo y trabajo infantil⁴¹. Del ámbito internacional y de incidencia indirecta, cabe señalar Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte de 21 de noviembre de 1978, la Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional de 10 de noviembre de 1989.

Además de estos instrumentos internacionales básicos, cabe mencionar las diversas declaraciones tras cumbres y conferencias mundiales⁴². También, los Objetivos de Desarrollo del Milenio, con aspectos muy relevantes en educación, especialmente para los países en vías de desarrollo⁴³.

39. Art. 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y Convención sobre el Estatuto de los Apátridas adoptada el 28 de septiembre de 1954.

40. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984, art. 10.

41. Así, en el ámbito de la OIT cabe tener en cuenta el pionero Convenio n° 29, de 28 de junio de 1930 (art. 11.1). También, el Convenio n° 105, de 25 de junio de 1957 sobre abolición del trabajo forzoso; el Convenio n° 138 (1973), relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los menores y el Convenio n° 182, sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999).

42. Así, la Declaración de la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos: Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje, celebrada en Jomtien, Tailandia, del 5 al 9 de marzo de 1990; la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos con su Declaración y Plan de Acción de Viena, de 25 de junio de 1993; la Conferencia Mundial de Población, celebrada en El Cairo, del 5 al 13 de diciembre de 1994; la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, celebrada del 6 al 12 de marzo de 1995 en Copenhague; la Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing, en septiembre de 1995; la Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos (aprobada en la quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos, 18 de julio de 1997; la Conferencia Internacional sobre el Trabajo Infantil de 1997; o la Declaración del Foro Mundial sobre la Educación para Todos, que tuvo lugar en 2000 en Dakar).

43. Declaración del Milenio, NACIONES UNIDAS, 2000.

1.3.2. Europea

La regulación del derecho a la educación en el marco regional europeo es menos prolija y menos detallada. Como muestra, el lacónico reconocimiento del «derecho a la instrucción» en el artículo 2 del Protocolo Adicional n° 1 al CEDH. Ahora bien, su interpretación auténtica por el TEDH acaba teniendo una directa proyección en España, quizá mayor que la que tiene la abundante y precisa regulación internacional. Unas veinticinco sentencias hasta la fecha, examinadas en este estudio, son significativas en materia de derechos lingüísticos, correcciones disciplinarias, libertades de los alumnos, derechos de los padres y facultades estatales y contenidos de los programas, alcance del derecho para extranjeros, minorías y discapacitados, derecho de acceso y de exámenes, actividad docente, etc. También en el ámbito del Consejo de Europa hay que destacar la regulación de la Carta Social Europea (CSE) en su versión original de 1961, si bien su versión revisada de 1996 no ratificada por España. La CSE contiene alusiones a la prohibición de trabajo infantil frente a la educación (art. 7), el derecho a la formación profesional (art. 10) y singularmente de los discapacitados (art. 15). La CSE revisada (no en vigor) incluye disposiciones específicas para la educación y la niñez (art. 17). La «jurisprudencia» del Comité de expertos de los Derechos sociales, órgano de control de la Carta⁴⁴ en alguna ocasión aborda la materia educativa⁴⁵. La educación de los niños privados de libertad se sigue por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en su vigilancia del Convenio sobre la materia. Y el Comité Consultivo para la Protección de las Minorías Nacionales en el marco del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales ha adoptado un «Comentario General sobre Educación» relacionado con dichas minorías⁴⁶. Sin fuerza jurídica, son muchos los textos de interés del ámbito del Consejo de Europa.

En el seno de la Unión Europea, las políticas de educación y formación profesional⁴⁷ teóricamente exceden las competencias de la Unión, sin perjuicio de la cooperación y fomento y la posibilidad de recomendar

44. JIMENA QUESADA, 2007.

45. Respecto de autistas en Francia, Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003, Reclamación n° 13/2002, Autismo-Europa vs. Francia. En materia de castigos corporales a menores hay numerosas resoluciones.

46. CFC/25DOC (2006) 002, de 2 de marzo de 2006, Comentario sobre educación bajo el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

47. http://europa.eu/pol/educ/index_es.htm. Al respecto, recientemente, MELLADO PRADO, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ciones (arts. 149-151 TCE). No obstante, la proyección real es importante. La libre circulación de trabajadores y las cualificaciones para acceder al mercado de trabajo generan una *vis atractiva* de la formación profesional y las enseñanzas universitarias hacia el Derecho comunitario, al punto de una *europización* del Derecho educativo, gracias a una importante y normativa⁴⁸ interpretada extensivamente por el TJCE⁴⁹. También el Derecho comunitario regula directamente la edad mínima para trabajar⁵⁰, lo cual se recoge en la CDF (art. 30). La Carta proclama en su artículo 14 el derecho a la educación sin especiales aportaciones⁵¹ y también se reconoce la libre investigación (art. 13). Entre los documentos declarativos, la Carta europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992 ya reconocía el derecho a la educación del menor en sus distintos contextos y de forma amplia⁵². De otra parte, son numerosas las resoluciones y comunicaciones sobre juventud⁵³ y también directamente sobre enseñanza y formación⁵⁴. Y también múltiples iniciativas sobre el intercambio de jóvenes entre países (Programas Sócrates, Erasmus, etc.). Además, el Espacio Europeo para la Educa-

48. Destaca en materia de reconocimiento de títulos la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales). Los derechos educativos de los hijos de los comunitarios residentes han sido regulados en el art. 12 del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.
49. Destaca la STJCE del Pleno, Asunto C-413/99, *Baumbast y R* contra Secretary of State for the Home Department, de 17 de septiembre de 2002. También, FREIXES, 1998, pp. 175-176.
50. Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, que fija en general en 15 años la edad mínima para trabajar excepto actividades culturales, deportivas, artísticas y publicitarias, sometido a autorización.
51. Ver, TIRAPU (2005), FERNÁNDEZ-CORONADO (2004) y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCILARES (2008).
52. DOCE n° C 241, de 21 de septiembre de 1992. La Carta tiene una estructura y articulado algo atípicos. El derecho a la educación se reconoce de forma amplia en el ap. 8, que reconoce el derecho a recibir la educación, sus objetivos, diversas garantías y diversas obligaciones de los Estados con relación a las lenguas, trabajadores migrantes. Asimismo se regulan cautelas específicas respecto de la explotación y el trabajo infantiles. El ap. 7 también reconoce diversas garantías respecto del trabajo infantil, derecho a ayudas para la búsqueda de empleo a la salida del sistema escolar, se expresan las responsabilidades de los padres. También, como prevención de las sectas se reconoce el derecho a la información sobre las religiones más importantes. El ap. 7.21 reconoce respecto de los discapacitados la educación y formación profesional «adecuadas».
53. En este ámbito destaca COMISIÓN EUROPEA, 2001 a.
54. Comunicación COMISIÓN EUROPEA (2001 b). Programa de trabajo, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y COMISIÓN EUROPEA (2002); Resolución CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2003); Comunicaciones, COMISIÓN EUROPEA (2006 a) y b).

ción Superior⁵⁵ o Proceso de Bolonia, que por la vía de hecho y de Derecho internamente, está obligando a mutar la enseñanza universitaria⁵⁶. La educación permanente para toda la vida⁵⁷ y las competencias clave son de gran interés sobre los objetivos para la enseñanza y formación⁵⁸.

1.4. DESARROLLO LEGISLATIVO

1.4.1. Un desarrollo normativo amplio y desde numerosas fuentes de producción

Ningún derecho fundamental o cualquier otro derecho social cuentan con un desarrollo legislativo y reglamentario tan amplio como la educación. Son muchas las leyes y decretos estatales del ámbito general⁵⁹, de educación infantil⁶⁰,

55. Surge formalmente en la Declaración de la Sorbona de 1998, suscrita por los ministros encargados de la educación superior de Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido, que instan al desarrollo de un EEES, crean al efecto el Grupo de Seguimiento de Bolonia que se ha ido reuniendo en conferencias periódicas: Praga 2001, Berlín 2003, Bergen 2005, Londres 2007; Lovaina 2009 y las futuras de Budapest y Viena en 2010 y Bucarest 2012.
56. En el ámbito universitario, también, comunicaciones COMISIÓN EUROPEA, 2006 c) y d).
57. Comunicación COMISIÓN EUROPEA (2001 c) y la posterior Resolución CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2002). También, los Consejos Europeos de Bruselas de marzo de 2003 y diciembre de 2003 subrayaron la necesidad de desarrollar el aprendizaje permanente.
58. Destaca la Recomendación PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006.
59. Así: LO 8/1985, del Derecho a la Educación; LO 2/2006, de Educación; Ley 27/2005, de fomento de la educación y la cultura de la paz; RD 806/2006, de calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la LO 2/2006; RD 694/2007, del Consejo Escolar del Estado; RD 696/2007, sobre la relación laboral de los profesores de religión; RD 276/2007, de Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los cuerpos docentes; RD 275/2007, de Observatorio Estatal de la Convivencia Escolar; RD 1537/2003, de requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas escolares de régimen general; RD 777/1998, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ordenación de la formación profesional en el ámbito del sistema educativo; RD 366/1997, de régimen de elección de centro educativo; RD 299/1996, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación; RD 732/1995, de derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros; y RD 2438/1994, por el que se regula la enseñanza de la religión.
60. Reglamento Orgánico de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria; RD 1630/2006, de enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación Infantil; RD 114/2004, de currículo de la educación infantil; RD 113/2004, por el que se desarrollan los aspectos educativos básicos y la organización de las enseñanzas de la educación preescolar y se determinan las condiciones que habrán de reunir los centros de esta etapa; RD 828/2003, por el que se establecen los aspectos educativos básicos de la Educación Preescolar; RD 366/1997, de régimen de elección

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

secundaria⁶¹, de formación profesional⁶², universitaria⁶³ o especial⁶⁴. Las Comunidades Autónomas con muchas competencias educativas, especialmente ejecutivas la realizaban a través de multitud de normativa reglamentaria. Sin embargo, desde la LOE de 2006 y la ola de reformas estatutarias se están

de centro educativo; RD 1330/1991, de aspectos básicos del currículo de la educación infantil.

61. RD 1467/2007, de estructura del bachillerato y sus enseñanzas mínimas; RD 1631/2006, de Enseñanzas Mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria; Orden ECI/2572/2007, sobre evaluación en Educación secundaria obligatoria; Orden ECI/2220/2007, por la que se establece el currículo y se regula la ordenación de la Educación secundaria obligatoria; RD 117/2004, por el que se desarrolla la ordenación y se establece el currículo del Bachillerato; RD 116/2004, por el que se desarrolla la ordenación y se establece el Currículo de la Educación Secundaria Obligatoria; RD 31/2003, por el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria; RD 366/1997, de régimen de elección de centro educativo; RD 1178/1992, de enseñanzas mínimas del Bachillerato; RD 1700/1991, de estructura del Bachillerato; RD 1007/1991, de enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria; Reglamento orgánico de los Institutos de Educación Secundaria; y Orden del procedimiento para la elección de centro educativo y la admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria.
62. LO 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional; RD 395/2007, del subsistema de formación profesional para el empleo; RD 1538/2006, de Ordenación General de la Formación Profesional del Sistema Educativo; RD 777/1998, por el que se desarrollan determinados aspectos de la ordenación de la formación profesional en el ámbito del sistema educativo; y RD 34/2008, de estructura y contenido de los certificados de profesionalidad.
63. LO 6/2001, de Universidades; Ley 5/1985, reguladora del Consejo Social de Universidades; RD 1393/2007, de ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales; RD 1509/2005, por el que se modifican el RD 55/2005 y el RD 56/2005, por el que se regulan los estudios universitarios oficiales de postgrado; RD 55/2005, de estructura de las enseñanzas universitarias y estudios universitarios oficiales de Grado; RD 1830/2004, por el que se establece un nuevo plazo para la entrada en vigor de determinados artículos del RD 285/2004; RD 285/2004, de homologación y convalidación de Títulos y Estudios Extranjeros de Educación Superior; RD 1504/2003, de Reglamento del Consejo de Coordinación Universitaria; y RD 557/1991, de Creación y Reconocimiento de Creación de Centros Universitarios. Sobre acceso a la universidad: RD 743/2003, de prueba de acceso a la universidad de los mayores de 25 años; RD 1742/2003, de normativa básica para el acceso a estudios universitarios de carácter oficial; y RD 69/2000, de procedimientos de selección para el ingreso en los centros universitarios de los estudiantes que reúnan los requisitos legales necesarios para el acceso a la Universidad (derogado parcialmente por el RD 1742/2003). Sobre el personal universitario, RD 278/2007, sobre bonificaciones en la cotización a la (Seguridad Social) respecto del personal investigador; RD 63/2006, de Estatuto del Personal Investigador en Formación; RD 56/2005, de estudios universitarios oficiales de Postgrado; y RD 778/1998, del tercer ciclo de estudios universitarios, obtención y expedición del título de Doctor y otros estudios de postgrado.
64. RD 696/1995, de Ordenación de la Educación de los alumnos con necesidades educativas especiales; y RD 334/1985, de Ordenación de la Educación Especial.

aprobando leyes autonómicas de cientos de artículos. A ello hay que añadir más de cincuenta universidades públicas y privadas con autonomía universitaria (art. 27.10 CE) y con todo un ordenamiento propio del que se hace depender en muy buena medida tanto el régimen de derechos y deberes del alumnado, cuanto el acceso y contenido de la prestación educativa. Y como colofón, las facultades de ordenación de más de 20.000 centros educativos⁶⁵, a partir de la autonomía constitucional o legal (arts. 120 y 124 LOE, reforzado por 27.5 CE para privados) que determinan la regulación respecto de aspectos del derecho a la educación como la participación, la información y formación deberes, normas de convivencia y disciplina, etc.

1.4.2. El alcance de las reservas de ley en un derecho necesitado de regulación

El derecho a la educación está protegido especialmente, al recaer tanto la reserva de ley en la regulación de su ejercicio (art. 53.1 CE) cuanto la específica reserva de ley orgánica para el «desarrollo» (art. 81.1 CE), lo cual veda su regulación por legislación delegada (art. 82.1 CE). Asimismo, un Decreto-ley no puede «afectar» el derecho a la educación (art. 86.1 CE). Igualmente, como se verá, los límites del derecho deben ser previstos por una ley, como una ley debe regular el ámbito sancionador (art. 25 CE).

Como recuerda el TEDH, el derecho a la educación es un derecho fundamental particularmente necesitado de regulación⁶⁶, que no puede dañar la «sustancia» del derecho (su contenido esencial en razón de nuestro art. 53.1 CE), ni formularse en términos muy genéricos que generen inseguridad jurídica⁶⁷. La regulación misma es también una garantía, pues las normas claras pueden generar expectativas legítimas a la vez de suponer una garantía frente a las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en el derecho a la educación, por lo que si se vulneran las normas de desarrollo se vulnera el derecho⁶⁸. En España la reserva de ley adquiere mayores complejidades puesto que de ella se hace depender el reparto competencial. El Tribunal Constitucional en principio es más permisivo respecto de la reserva de ley en materia de derechos sociales que cuando se trata de derechos de libertad, puesto que el derecho a la educación exige la regulación de instituciones de

65. Cabe recordar que el número total de centros de enseñanzas de Régimen General en 2006-2007 fue de 23.233 (16.500 los públicos –71 %– y 6.733 –29 %– los privados): MEC, 2007 b.

66. Así lo recuerda en STEDH *Mürsel Eren*, de 7 febrero 2006, con remisión a la STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968.

67. *Ibidem*, n° 46.

68. *Ibidem* n° 48 y n° 49.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

control, gestión y participación en los centros (art. 27.7 CE) cuanto, en especial, todo el diseño y articulación del sistema educativo requerido para la prestación educativa⁶⁹. En ocasiones, considera «debida u obligada por la naturaleza de las cosas»⁷⁰ la colaboración normativa entre ley orgánica y ley ordinaria (estatal o autonómica) y, en su caso, ley y reglamento⁷¹. Ello no obstante, se han declarado inconstitucionales remisiones en blanco a la normas de régimen interior de los centros (STC 5/1981, FF JJ 13 y ss., esp. FJ 15), aunque sí ha permitido que sean los reglamentos los que fijen las «bases» de la educación (art. 149.1.1ª y 30ª CE, STC 77/1985, FJ 16). También ha afirmado una reserva de ley estricta para el «derecho fundamental» de participación en el control y gestión de centros, dejando al reglamento sólo por motivos técnicos o hacer más eficaz la participación, pero en modo alguno para restringir la participación (STC 47/1990, FJ 6). Las soluciones judiciales se hacen variar del caso y contenido concreto del derecho a la educación⁷².

Desde otra perspectiva, a juicio de ALÁEZ⁷³ con el que en muy buena medida aquí se coincide, tanto la regulación de la capacidad de obrar iusfundamental del menor, cuanto la delimitación y limitación de los derechos fundamentales durante la minoría de edad deben ser regulados por ley orgánica. Y ello es inhabitual hoy día. Tal situación conllevaría la inconstitucionalidad en numerosos ámbitos del ordenamiento del menor, y por ende del educativo, por quebranto de la reserva de ley.

1.4.3. El desarrollo estatal orgánico de la regulación general de la educación

Según se ha expuesto, el texto constitucional definitivo reflejó más unas tablas, una tregua que un consenso, dejando la cuestión la materia educativa

69. Así, en la STC 137/1986, FJ 3.

70. En la STC 77/1985, recurso LODE, FJ 14.

71. STC 77/1985 (recurso LODE), FJ 3 y en STC 5/1981 (recurso LOECE), FJ 15.

72. La STS 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 5951) admite que reglamentariamente se introduzcan requisitos de edad no expresados en la ley para dar preferencia a la admisión en los centros, pero no se ha admitido que un reglamento introduzca la prohibición de discriminar por razón de «sexo» en la admisión a los centros, por no estar tal prohibición en la ley (STSJ Andalucía, de 11 mayo 2006 [JUR 2006, 203094]). En materia de conciertos educativos, no puede privarse de un concierto educativo si no es en razón de previsión legal, pero las disposiciones reglamentarias pueden complementar o desarrollar los preceptos legales (por todas, STS de 18 octubre 1990 [RJ 1990, 7968], FJ 2). Se ha considerado que el currículo, «por su mismo carácter técnico» no forma parte del núcleo de la educación y cabe la remisión al desarrollo reglamentario (STS de 30 junio 1994 [RJ 1994, 5277], FJ 10) y admitido el desarrollo reglamentario del derecho de los padres a elegir la enseñanza religiosa y moral (*Ibidem*, FJ 7).

73. ALÁEZ CORRAL, 2003 a, pp. 170 y ss.

a expensas del desarrollo legislativo estatal y también autonómico. Como recuerda PUELLES, «mientras que en casi dos siglos habíamos tenido sólo tres grandes leyes de educación (el llamado reglamento general de 1821, la ley Moyano de 1857 y la ley general de 1970), en estos últimos 30 años hemos visto nueve leyes orgánicas de educación de distinta factura y contenido»⁷⁴. La falta de consenso en la materia es tan tradicional como destructiva, como habitual ha sido dirimir las batallas ante los tribunales. Y los jueces, obviamente, no pueden solventar la falta de consenso y el deterioro progresivo e incesante de la enseñanza en España.

Tras la Constitución, el centro derecha aprobó la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de julio, del Estatuto de los Centros docentes (LOECE), una ley breve que dejaba un importante margen de acción a los centros privados. La ley fue entendida como una ruptura de un consenso⁷⁵ y fue recurrida por la oposición socialista, dando lugar a una de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (STC 5/1981). Esta sentencia, aunque superada en materia autonómica, aún asienta las bases del derecho a la educación en España. Frente a la LOECE, el gobierno socialista llegado en 1982 marcó claramente su impronta con la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE). Esta ley aún está vigente respecto de elementos básicos, principios y derechos y, sobre todo, respecto del régimen de centros privados y conciertos educativos. Como en su preámbulo se afirma se pretendía superar la «irregular situación normativa» de la financiación de centros privados y el desarrollo. La LODE generó una fuerte reacción desde la enseñanza privada y religiosa, pero la STC 77/1985 dejó a salvo prácticamente todo el articulado.

Otro gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del sistema Educativo (LOGSE)⁷⁶, si bien sería un gobierno popular el que habría de implantarla bastantes años después por falta inicial de financiación. La LOE ha mantenido la estructuración de la enseñanza general de la LOGSE (educación infantil, primaria, secundaria obligatoria hasta los 16 años, bachillerato, formación profesional, etc.) así como otros muchos aspectos. También la LOGSE normalizó las enseñanzas de régimen especial (artísticas, idiomas, etc.) y reguló elementos de cualificación y formación del profesorado, programación docente, innovación y la investigación educativas, así como la orientación educativa y profesional. Pese a los indudables avances que supone la LOGSE, popularmente se le achacan

74. PUELLES BENÍTEZ, 2007 b, p. 24.

75. NICOLÁS MUÑIZ, 1983, p. 348.

76. Una descripción autorizada del desarrollo legislativo de la educación en España, por uno de los intervinientes: MARCHESI, 2002.

los malos resultados de la educación española en el escenario comparado. El último gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes, derogada y actualizada por la LOE.

El primer gobierno popular hizo una «reforma de las humanidades», intentando fortalecer contenidos de lengua y humanidades con una marcada reacción desde territorios nacionalistas. En la segunda legislatura popular y con mayoría absoluta, se aprobaron tres importantes leyes en el sector. La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), que tuvo una fuerte contestación política, no llegó a implantarse con la llegada del gobierno socialista⁷⁷, que aprobó la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (LOE)⁷⁸.

La LOE es muy extensa⁷⁹, aunque mantiene en vigor a la LODE. De la LOE sólo cabe subrayar dos elementos⁸⁰: que deroga la anterior LOCE y que implanta la muy discutida asignatura Educación para la ciudadanía, acusada por sus detractores (esencialmente la comunidad católica y el Partido Popular) de proselitismo político laicista. El Tribunal Supremo en su sentencia de febrero de 2009 ha mantenido la constitucionalidad de la asignatura⁸¹. Como dato significativo, la Ministra de educación fue cesada a los pocos días de la aprobación de esta ley.

1.4.4. La regulación orgánica estatal universitaria y de la formación profesional

En el ámbito universitario, al poco de llegar al poder, el gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), que impulsaba la comprensión de la Universidad no como comunidad elitista del saber, sino como servicio público generalizado para toda la sociedad. La LRU desarrollaba la autonomía universitaria que la Constitu-

77. La Ley subrayaba la valoración del esfuerzo de los estudiantes, si bien se tildó de elitista y segregadora. También se acentuaba el poder de la Dirección de los centros educativos y su ligazón a la Administración. En cuanto a las materias, en la línea de la reforma de las humanidades, se fortalecían las asignaturas troncales y su determinación estatal así como reforzaba la Alta Inspección estatal.

78. Sobre el proceso y justificación de la ley por uno de sus autores (responsable del Ministerio), puede seguirse TIANA FERRER, 2007 y 2009.

79. 157 artículos y una cincuentena de adicionales y transitorias.

80. De menor importancia, cabe señalar la recepción de la educación permanente y para toda la vida, la flexibilización del sistema educativo y el reforzamiento de procedimientos de evaluación de los distintos ámbitos y agentes de la actividad educativa.

81. SSTs sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, que resuelven los recursos 905/2008, 1013/2008, 948/2008, y 949/2008.

ción reconoce. Sobre la base de esta ley se crearon centros universitarios en casi todas las poblaciones de más de 50.000 habitantes. Supuso la estructuración universitaria sobre la base de los departamentos e intentó la reordenación de lo que calificaba «actual caos de la selvática e irracional estructura jerárquica del profesorado, totalmente disfuncional» mediante el establecimiento de cuatro únicas categorías del profesorado y la creación de una carrera docente. Lo intentó. El recurso por el gobierno vasco dio lugar a la importante STC 26/1987. Casi veinte años después, el gobierno popular aprobó la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, muy fuertemente contestada desde las filas socialistas y desde las universidades. No obstante, los posteriores gobiernos socialistas no la han derogado ni modificado en lo esencial. Con la LOU se pretende adecuar al triple de universidades creadas en la etapa constitucional, el importante desarrollo descentralizador autonómico en este ámbito y del desarrollo mismo de la autonomía universitaria. Se refuerzan los mecanismos de externos de evaluación de la calidad y para ello se crea la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación. En el ámbito del profesorado, cada autonomía tiene más facilidad para crear figuras, al tiempo de implantar nuevas como las de profesor ayudante doctor y la del profesor contratado doctor. También, especialmente en sus ulteriores reformas, se presta atención al Espacio Europeo de Enseñanza Superior.

Pese a su ordenación por la LOGSE y su desarrollo reglamentario, el ámbito de la formación profesional no había tenido una regulación legal específica. Con el segundo gobierno popular se aprobó (y a diferencia de todas las demás leyes educativas, sin contestación social ni política⁸²) la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. La ley crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, gira sobre la noción de «cualificación profesional» y el Catálogo de Cualificaciones Profesionales es el marco de referencia de los títulos y certificados, oficiales para todo el territorio español. Destaca en los últimos tiempos la posibilidad de obtener certificados de profesionalidad (art. 10.2 del Real Decreto 395/2007) que acreditan el conocimiento adquirido por la experiencia profesional desarrollada a lo largo de los años.

1.4.5. El derecho a la educación en los nuevos Estatutos y la reciente ola de leyes autonómicas de educación

Los nuevos o recién reformados Estatutos de autonomía ha dispensado una «especial atención»⁸³ a la educación. Así, especialmente en los Estatutos

82. PUELLES BENÍTEZ, 2007 b, p. 24.

83. En este sentido, EXPÓSITO (2007, p. 167). Una descripción de las referencias a educación o enseñanza en los nuevos estatutos de autonomía puede seguirse en GUILLÉN LÓPEZ, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de Cataluña (LO 6/2006) y Andalucía (LO 2/2007), también con diversas referencias en los de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006), Baleares (LO 1/2007), Aragón (LO 5/2007) o Castilla y León (LO 14/2007). Más allá del simbolismo de la recepción estatutaria en sí, de estos preceptos se derivan escasas novedades o aportaciones, a lo que hay que añadir el relativo alcance de la regulación de derechos por los estatutos según nuestro TC⁸⁴. Lo que se proclama está expresamente en la Constitución o se deriva en razón de su interpretación *ex* artículo 10.2 CE o por el Tribunal Constitucional. Así, se hace referencia al derecho a una educación de calidad⁸⁵, al derecho a la formación profesional y a la formación permanente⁸⁶ o al derecho a la participación en la enseñanza⁸⁷. Se subraya, sin mayores consecuencias, la gratuidad de la enseñanza⁸⁸, quizá con la aportación singular de la gratuidad de los libros de texto (Andalucía, art. 21.5). También, se recalca la igualdad tanto en el acceso, como el instrumento de igualdad que son las ayudas y becas, así como la igualdad en el ámbito universitario o en los planes de estudio (Andalucía, art. 21.5). Respecto del alumnado con necesidades especiales, se afirma en ocasiones la «integración» educativa (Andalucía, art. 21.10) o la educación «adaptada» (Baleares, art. 26.4). Finalmente, en dos estatutos se expresa que en las escuelas públicas la enseñanza es «laica» (art. 21.2 de Cataluña y Andalucía).

Al albur de la nueva LOE y del reconocimiento estatutario del derecho a la educación parece haberse activado la espoleta al fenómeno de las (muy extensas) leyes autonómicas de educación⁸⁹. Textos de cientos de artículos que de un lado, codifican y elevan a legal la ya muy extensa normativa regla-

-
84. STC 247/2007, recurso Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, en especial FJ 15: «no se trata de derechos subjetivos, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos». Sin que sea posible ahora entrar en esta polémica y compleja sentencia, lo cierto es que difícilmente puede considerarse no exigible el mandato de gratuidad de los libros de texto, que es quizá lo único parecido a un contenido exigible como derecho subjetivo en materia educativa.
85. Cataluña, art. 21.1 y 3; Castilla y León, art. 13.1; Baleares, art. 26.1. En Aragón, simplemente se afirma la calidad (art. 21).
86. Comunidad Valenciana, art. 53.2; Cataluña, art. 21.5; Andalucía, art. 21.1 y 6; Castilla y León, art. 13.1 *in fine*; Baleares, art. 26.5.
87. Como se dirá, el Tribunal Constitucional ha afirmado el carácter de derecho de la participación. Se expresa en Cataluña, art. 21.8; Baleares, art. 26.6.
88. Sin concreción, Cataluña, art. 21.4; como derecho en arts. 6 y 7. En Castilla y León, art. 13.1 se liga al «derecho» a disponer de ayudas o «apoyos necesarios». Andalucía, art. 21.4; Baleares, art. 26.3.
89. Así sucede con la Ley 17/2007, de Educación de Andalucía (186 artículos), la Ley 6/2008, de Educación de Cantabria (157 artículos) y la más reciente Ley 12/2009, de Educación de Cataluña (204 artículos).

mentaria y de otro lado, en las comunidades más reivindicativas como Cataluña, se da una vuelta de tuerca al espacio competencial educativo y se establece un modelo propio, al tiempo de reforzarse la lengua propia en el ámbito, lingüístico.

1.5. LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y UNIVERSIDADES

Puede afirmarse en general que el Estado despliega importantes facultades de contenido «esencialmente normativo» quedando en poder de las Comunidades Autónomas una extensa y heterogénea gama de competencias de carácter fundamentalmente ejecutivo⁹⁰. Ello sin perder de vista la reserva de competencias a favor de las universidades en razón de la autonomía universitaria (art. 27.10 CE), dejando limitadas, por tanto, las del Estado y las Comunidades Autónomas⁹¹.

La convergencia de la reserva de ley orgánica (sólo por Cortes Generales) y la competencia exclusiva en normas básicas en materia de educación y enseñanza es materia extremo compleja que, además ha ido variando en la doctrina constitucional⁹². Se puede coincidir con REVOIRO en que la reserva de ley orgánica debe matizarse con el art. 149.1.30^a CE. Todo lo orgánico es básico, pero no todas las normas básicas han de aprobarse con carácter de ley orgánica, cabiendo ser por ley ordinaria e incluso por reglamento⁹³. Además, la flexibilización de la reserva de ley orgánica «facilita» en cierto modo el ensamblaje entre lo orgánico y lo básico, dando mayor juego a las Comunidades Autónomas⁹⁴.

En razón de la legislación vigente, resulta en manos del Estado aquello que se considera orgánico y lo que se configura como básico en la LODE, LOE y LOU⁹⁵. Se ha afirmado que «la norma básica entre las básicas es la

90. En este sentido, SSTC 6/1982 y 48/1985. En tanto en cuanto la competencia de «desarrollo» (art. 81 CE) del derecho a la educación es del legislador orgánico estatal y la regulación básica es una competencia normativa exclusiva (149.1.30^a CE),

91. STC 26/1987, recurso Gobierno vasco a la LRU, FJ 5 en la que se advierte sobre cómo la delimitación de competencias sobre las Universidades presenta una «estructura peculiar respecto de otros sectores consistente en que a las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas hay que añadir las derivadas de la autonomía de las universidades que limitan necesariamente aquéllas».

92. Se ha superado la inicial doctrina de STC 5/1981, haciéndose la cuestión más compleja, en la STC 137/1986 (caso Ikastolas). Si bien, según REVOIRO, la STC 173/1998, también hace variar la materia. DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 163-164) quien apuesta claro porque las Comunidades Autónomas no regulen lo regulado con carácter orgánico.

93. Un resumen de su posición *Ibidem*, pp. 164-165.

94. Ver STC 77/1985, FJ 3.

95. La LODE no contiene una determinación concreta de lo que dentro de ella es orgánico, aunque sí, lo que considera básico, como a continuación se aprecia. La LOE

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

LODE»⁹⁶ que afirma varias materias que «En todo caso, y por su propia naturaleza», corresponden al Estado (DA 1ª LODE)⁹⁷: «La ordenación general del sistema educativo», ámbito material amplio de difícil precisión que en buena medida implica la determinación misma de qué es lo básico⁹⁸; «La programación general de la enseñanza» (art. 27 LODE); «La fijación de las enseñanzas mínimas»; títulos académicos y profesionales y «La alta inspección»⁹⁹. La LOE excluye la actividad normativa de las Comunidades Autónomas por tres vías: la determinación de la regulación orgánica (DF 7ª), las normas básicas (DF 5ª) y las no menos de cuarenta remisiones al desarrollo reglamentario por el Gobierno, con exclusión por tanto, de la regulación autonómica (DF 6ª). La verdadera exclusión autonómica se da en la primera y tercera de estas vías.

En virtud de la autonomía universitaria se reservan diversas competencias a las universidades. Podría pensarse que son las Comunidades Autónomas las que pierden poder¹⁰⁰, si bien mantienen competencias de gran relevancia¹⁰¹. De otra parte, en materias de competencia estatal es una constante que la propuesta surja de los órganos de cooperación autonómica y de cooperación universitaria. La LOU expresa, de un lado, cuáles son sus desarrollos orgánicos y, por tanto, vedados a la acción normativa autonómica en funciones, autonomía, creación, acceso, estudios, becas y ayudas, derechos, personal de administración, presupuestos, fundaciones, centros en el extranjero o integración en el EEES. De otro lado también cabe inferir qué es lo básico, excluido de la regulación autonómica, a partir de las numerosas remisiones a la regulación por el Gobierno (central) que se contienen en muchas materias

expresa lo que considera básico (DF 5) y orgánico (DF 7). Del complejo examen de estos preceptos resulta llamativo que no coincidan unas y otras materias básicas. Además, al igual que la LODE, pero con mayor extensión, excluye de la regulación autonómica numerosos elementos cuya regulación se remite al Gobierno (DF 6). Por su parte, la LOU (DF 4) sí que expresa lo que regula como orgánico y es posible colegir qué regulaciones son básicas, ya por su expresión ya por la remisión a la normativa del Gobierno.

96. DÍAZ REVORIO, 2002a.

97. De otro lado, la LODE excluye de la regulación autonómica «aquellas materias cuya regulación encomienda esta Ley al Gobierno», lo cual sucede en tres ocasiones (arts. 12.2, 14.1 y 31.2 LODE) que luego se analizan conjuntamente con remisiones semejantes de la LOE.

98. Ver STC 5/1981, FJ 27 y STC 6/1982, caso Alta Inspección, FJ 3.

99. Ver SSTC 6/1982, 32/1983, 42/1983, 194/1984.

100. DÍAZ REVORIO, 2002a, p. 181.

101. Así, la determinación presupuestaria, la aprobación de los Estatutos, la relación de universidades, la reorganización universitaria en el territorio, las facultades en la aprobación de nuevos títulos, la investigación y la gestión de las becas y ayudas, no son en modo alguno espacios de poca importancia, quedando en manos de las Comunidades Autónomas.

respecto de elementos de creación y reconocimiento, normas básicas de admisión y acceso, cupos máximos, evaluación de actividad, becas y ayudas, estatuto del estudiante, coordinación deportiva, universidades en el exterior y especialmente en títulos universitarios y su validez, convalidación y homologación, acreditación de profesorado y retribuciones.

2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

2.1. «EDUCACIÓN» Y NOCIONES AFINES

En el terreno del derecho a la educación concurren expresiones como las de educación, enseñanza, formación, aprendizaje o instrucción y parece conveniente una aproximación al empleo jurídico de las mismas. La «educación» es la ventaja individual¹⁰², la razón válida y el interés jurídico protegido a favor del titular a quien se reconoce el derecho fundamental a la educación¹⁰³. «Educación» connota la transmisión no tanto de conocimientos, sino de creencias, hábitos y demás valores, «comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología»¹⁰⁴. Próxima a este sentido es «formación», que es la expresión que emplea el artículo 27.3 CE como transmisión de convicciones y valores. Así cabe entender la «formación integral» a la que hacen referencia diversas normas [art. 154.1 CC y «derecho básico» del art. 6.a) LODE]. Obviamente, esta educación se brinda dentro y fuera del sistema educativo y no siempre quedará incluida en el ámbito del derecho fundamental prestacional a la educación. También pueden darse dentro y fuera del sistema educativo nociones emergentes como la «formación a lo largo de la vida» y la «formación profesional» (referida en el art. 40.2 CE). Aunque no en el texto constitucional, tiene plena emergencia el concepto «aprendizaje», esto es, la adquisición de capacidades, conocimientos, habilidades, aptitudes y competencias para el desarrollo personal y profesional (art. 5.1 LOE). Con «aprendizaje» se fija la atención en el *resultado* efectivo en el sujeto y no en el *proceso* formal, por lo que se llega a proclamar que «el derecho a la educación es, esencialmente, derecho al aprendizaje» para subrayar que la misión del sistema escolar y de todo buen educador no es enseñar sino lograr que los alumnos aprendan¹⁰⁵.

102. No siempre este interés particular es el que guía muchas de las estrategias educativas internacionales o nacionales, que fijan la atención en la educación (y no en el derecho a la educación) como instrumento de creación de capital humano y la perspectiva de que la educación se compre y se venda como un servicio. Así, TOMÁSEVSKI (2003, p. 8) y (2004a, p. 359).

103. ARANGO, 2005, pp. 14 y ss. y p. 175 sobre «posiciones jurídicas».

104. Voto particular a la STC 5/1981 del Magistrado Díez-PICAZO.

105. TORRES INSTITUTO, 2005, pp. 75 y 30.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En esta línea, en la LOE el «aprendizaje» ha pasado a ser el objeto del derecho a la educación y el eje del sistema educativo (art. 5 LOE). Como se concluye este apartado, el componente subjetivo exigible del derecho constitucional prestacional a la educación no incluye este derecho al aprendizaje.

La expresión «instrucción»¹⁰⁶ es empleada en los tratados (DUDH, PIDESC, CEDH) como enseñanza¹⁰⁷, en España ya no se emplea en los textos jurídicos, pese a su tradicional empleo desde el siglo XIX. El empleo de «enseñanza» se intenta reducir a la mera «transmisión de conocimientos científicos»¹⁰⁸, siempre a fin de separarla de «educación» como transmisión de valores. Sin embargo, pese a esos esfuerzos educación y enseñanza se funden y confunden y lo mismo sucede en su tratamiento jurídico normativo. Esta distinción de educación-enseñanza sólo guarda algún sentido en el ámbito jurídico competencial¹⁰⁹.

Con lo dicho, consideramos adecuada para educación (o enseñanza) la definición de la STC 5/1981 (recurso LOECE, FJ 7) como «actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de determinado cuerpo de conocimientos y valores». Tal es, pues, el interés protegido por el derecho a la educación. Y, para lograr tal objetivo y satisfacer el derecho subjetivo, el derecho a la educación se garantiza materialmente a través de una actividad general y particular exigida a los padres o tutores y, por lo que más interesa, una actividad prestacional del Estado¹¹⁰ que precisa de la configuración legal de un «sistema educativo»¹¹¹, esto es, la ordenación de la prestación de las enseñanzas regladas (art. 3 LOE). El derecho a la educación exige, como se recomienda a los Estados por la Federación Iberoamericana de Ombudsmen, «Establecer normativa y materialmente un sistema educativo unitario y de naturaleza pública o, en su defecto, bajo control público, que tenga por finalidad última el disfrute del más alto nivel educativo posible de

106. En español de connotaciones vinculadas al adiestramiento físico o militar.

107. Así, cabe equipararla a la de «enseñanza» siguiendo STEDH *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982. Sobre estos conceptos, también STEDH *Larissis y otros* contra Grecia, de 24 de febrero de 1998.

108. Voto particular a la STC 5/1981, formulado por Díez-Picazo.

109. Ver voto particular, FJ 1, de Conde Martín de Hijas y otros a la STC 188/2001. En una línea similar, el voto a la misma Sentencia formulado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, quien considera «más profunda» la educación que la enseñanza como título competencial.

110. Así, la interesante STS de 9 marzo 1987 (RJ 1987, 1913), FJ 3, en dimensión histórica de esta dimensión prestacional. En la doctrina, se sigue especialmente al respecto en DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, pp. 28 y ss. y 143-144. Una reciente visión sencilla y clara en SÁNCHEZ DE VEGA, 2004.

111. En esta línea, la STC 337/1994, FJ 9 declara que «el derecho de todos a la educación se ejerce en el marco de un sistema educativo [...] la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada».

todos los habitantes del país, reduciendo las disparidades geográficas y atendiendo a las necesidades especiales». E impone «en los Estados políticamente descentralizados, garantizar la coordinación y cohesión del conjunto del sistema para preservar la eficacia en la gestión y la equidad territorial»¹¹².

La prestación educativa se ha configurado legalmente¹¹³ como servicio público¹¹⁴ al que se accede y a cuyas reglas cabe someterse¹¹⁵, con intensa intervención pública y sin necesariamente someterse a las reglas del mercado. Al ser un servicio en razón de un derecho fundamental, se trata además de un «servicio esencial»¹¹⁶ y objetivo¹¹⁷, esto es, ya se preste por centro público o privado (arts. 108.4 LOE y 1.1 y 3 LOU)¹¹⁸. En razón de la libertad de enseñanza, se excluye el monopolio público de la prestación educativa (art. 27.6 CE)¹¹⁹.

Ahora bien, pese a que el sistema educativo y la educación reglada son los medios indispensables para hacer efectivo el derecho subjetivo prestacional, no absorben todo el derecho a la educación¹²⁰. Y es que el «contenido primario de libertad»¹²¹ del derecho a la educación incluye, también, el derecho a recibir todo tipo de formación¹²². De una parte, más allá del sistema educativo cabe situar la obligación de los padres de formar integralmente a los hijos, reconocida en el Derecho de familia y de menores. Ahí el Estado no es el prestador,

112. Recomendaciones a los Estados, en Fio, 2009, p. 728.

113. STC 337/1994, normalización lingüística de Cataluña, FJ 9.

114. Se expresa la naturaleza de servicio público desde la Ley 14/1970, manteniéndose en la LODE. En la LOU se hace referencia al servicio público que presta la Universidad (art. 1.1 LOU).

115. La STSJ 94/2002, Castilla-La Mancha, de 3 octubre (JUR 2003, 17498).

116. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 29. No obstante, no parece serlo en el ámbito del derecho a la huelga, STSJ de Castilla y León 610/2001 (Sala de lo Social), de 2 octubre (AS 2001, 4285) y la STS de 16 octubre 2001 (RJ 2001, 8605), que ratifica la STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 1996.

117. *Ibidem*, p. 28, nota 62.

118. Sobre la prestación del servicio público educativo por centros privados y su consideración jurídica, interesa STSJ de Andalucía, de 28 enero 2002 (JUR 2003, 118721). La STS de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2447) considera a la enseñanza concertada como un servicio público y la STS de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9031) afirma que no varía la naturaleza de servicio público por ser prestado por entidades privadas.

119. Desde esta perspectiva de prestación de servicio y liberalización, TOMÁSEVSKI, 2003, p. 8, y 2004a, p. 356.

120. No se comparte la concepción excluyente de la educación como educación reglada de la STC 337/1994, normalización lingüística de Cataluña, FJ 9 ni la de DÍAZ REVORIO (2002a, p. 23) o MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ (1979, p. 236).

121. STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3.

122. Ello es coherente con la formulación negativa de este derecho en el CEDH «A nadie se puede negar el derecho a la instrucción» (art. 2.1 Protocolo 1 CEDH) y tiene un claro reflejo en la legislación reciente (art. 5.1 LOE).

pero sí el garante del cumplimiento de este deber y esta obligación de garantía sí formará parte del derecho a la educación. De otra parte, otras actividades educativas al margen del sistema reglado no forman parte de la realidad social que regula el derecho a la educación previsto en el artículo 27 CE¹²³. Ello no empece que la tensión hoy día es la de incluir en la dimensión prestacional del derecho a la educación la formación y el aprendizaje para toda la vida¹²⁴. Esta educación no formal e informal puede y debe tener acogida en políticas públicas de todo tipo (art. 5.4 LOE). No obstante, no se acoge en la dimensión subjetiva del derecho, sino en su dimensión objetiva que no será exigible como contenido subjetivo del derecho constitucional prestacional fundamental y quedará a expensas de la voluntad estatal.

2.2. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

2.2.1. La dualidad y unidad en la fundamentación del derecho a la educación

En la fundamentación del derecho a la educación¹²⁵ se advierte con claridad cierta dualidad entre los intereses del sujeto del derecho y los intereses sociales y públicos en la educación. Todo derecho subjetivo se reconoce en interés del sujeto¹²⁶ y el objetivo fundamental y primordial de la educación es el «pleno desarrollo de la personalidad», como se afirma en la Constitución (art. 27.2 CE) y en la normativa internacional (arts. 26 DUDH, 13 PIDESC y especialmente el 29.1 CDN). Como derecho subjetivo, el alumno es el sujeto que ha de estar en el centro del diseño constitucional de la enseñanza¹²⁷ y del sistema educativo¹²⁸, el alumno es el *sujeto* central de una educación que, por medio de la libertad y pluralidad, tiene por *objeto* el pleno desarrollo de su personalidad (art. 27.2 CE)¹²⁹. Pese a lo anterior, con espe-

123. CASTILLO CÓRDOVA, 2006, P. 190.

124. Se comparte TORRES INSTITUTO (2005, p. 62), sobre el reto de una «sociedad del aprendizaje».

125. En especial, LÓPEZ MEDEL (1984), GUZMÁN VALDIVIA (1979) y los diversos trabajos de PUELLES BENÍTEZ.

126. ARANGO, 2005, p. 145.

127. Así, esencialmente lo sostengo en COTINO HUESO, 1998 y (2000b). Recientemente CASTILLO CÓRDOVA, 2006, p. 265, y 2005 y TORRES INSTITUTO, 2005, pp. 30-31. ALÁEZ CORRAL (2006, p. 8), subraya al alumno frente a beneficiarios instrumentales o accesorios del derecho del art. 27 CE.

128. Este principio se proyecta en la STS de Canadá, *Eaton c. Brant County Board of Education*, de 1997 (1 SCR, 241, párr. 67), según detalla TOMÁSEVSKI, 2003, p. 18. Ver también, NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 1.

129. Tesis central de COTINO HUESO, 2000 b. Ver también, NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 1 y 9.

Capítulo VI. El derecho a la educación

cial olvido de la dignidad y derechos del menor¹³⁰, a lo largo de la historia la educación ha sido instrumento de socialización¹³¹ y dominación política, de mantenimiento de sistemas de privilegios y discriminaciones¹³², transmisor generacional de ventajas y desventajas¹³³.

La educación es una útil herramienta: sirve tanto para la consolidación democrática y eficacia misma de los derechos fundamentales¹³⁴, contra el racismo y la xenofobia¹³⁵, a favor de la igualdad de género¹³⁶, para la paz y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos¹³⁷, para la preservación del medio ambiente¹³⁸; para la participación¹³⁹, para la salud e higiene¹⁴⁰. También es útil la educación sexual¹⁴¹ y para la planificación fami-

-
130. En este sentido, ALÁEZ CORRAL, 2003a, pp. 13 y ss.
131. Socialización como «proceso de asimilación de valores y aprendizaje de roles»: RAMÍREZ, 1980, pp. 109 y ss. Sobre la noción, SALGUERO SALGUERO, 1997.
132. NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2006, pp. 5-6.
133. PARLAMENTO EUROPEO, 2006, y TORRES INSTITUTO, 2005, pp. 15 y 32.
134. Al respecto, en la doctrina cabe destacar los trabajos ya citados de PUELLES BENÍTEZ y SÁNCHEZ FERRIZ, con un seguimiento de la filosofía y teoría política al respecto a lo largo de la historia (especialmente en el primer caso) y un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional (en particular, en el caso de SÁNCHEZ FERRIZ).
135. Cabe destacar la Campaña de lucha contra el racismo y la intolerancia organizada por el Consejo de Europa en 1996 (<http://www.ecri.coe.int>) y NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 11. El especial interés en España en los últimos años en la materia y respecto de los inmigrantes, en DEFENSOR DEL PUEBLO, 2003a y 2003b, pp. 272-273.
136. Impuesto por LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
137. Naciones Unidas aprobó el Programa de Acción sobre una Cultura de la Paz, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999 y declaró la Década Internacional para la Cultura de Paz (2001-2010). Además de las referencias en las leyes educativas y todo su desarrollo, cabe hacer especial referencia a la Ley 27/2005, de fomento de la educación y la cultura de la paz y las constantes referencias en la legislación educativa [arts. 57.m) LODE y 1.2 LOE]; para la educación primaria, art. 17.c); en la ESO, art. 23.d); en el Bachillerato, art. 33.b); en la formación profesional, art. 40.c) y g); y en la educación de personas adultas, art. 66.3.g).
138. Art. 29.1.e) CDN. La adoptó la Resolución 57/254 Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 2002 sobre el Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible (2005-2014). En la LOE, la referencia educativa al medio ambiente es una constante. Así, es un fin del art. 2.e) LOE, que se reitera para la educación infantil [art. 13.b)], primaria [art. 17.h)], ESO [art. 23.k)] o el Bachillerato [art. 33.j)].
139. Entre otros, COMISIÓN EUROPEA (2001a y 2007) y CONSEJO DE EUROPA (2004). En la LOE, Exposición de motivos, art. 1.k), en educación primaria [art. 17.a)], secundaria [art. 22.2 como principio general y art. 23.g) como objetivo], etc.
140. Art. 24.2.e) CDN, art. 11 CSE, LOE: en la educación primaria [art. 17.k)]; en la ESO (art. 23); en la formación profesional [art. 40.d)].
141. Ámbito particularmente polémico que ha dado lugar a la STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* contra Dinamarca, de 7 diciembre 1976. Más recientemente, STEDH *Pilar Jiménez Merino*. En la LOE, para la ESO, art. 23.k).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

liar¹⁴², para la lucha contra el sida¹⁴³, para la prevención de la tortura¹⁴⁴, de la prostitución y trata de blancas¹⁴⁵ y para la educación vial¹⁴⁶. Es más, la educación es «una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer»¹⁴⁷. Por ello, no debe caer en un muy habitual rechazo de cualquier perspectiva finalidad e interés económico en la educación¹⁴⁸.

El derecho a la educación comparte nítidamente la fundamentación de los derechos sociales expuesta en la parte general de esta obra, el fundamento último de todos los derechos sociales es la libertad: libertad como capacidad para la autonomía, capacidad de un individuo para orientar significativamente su vida siguiendo sus propias decisiones. Y una comunidad política es justa cuando fomenta el desarrollo de esta capacidad para todos sus miembros. Si se acepta que tener las necesidades básicas cubiertas es condición necesaria para disponer de capacidad para la autonomía, entonces todos los derechos sociales sirven a la libertad así definida y del mismo modo que los clásicos derechos fundamentales.

Sobre estas bases, en el caso del derecho a la educación, la instrumentalidad y dualidad de sus fines no es contraria a los intereses subjetivos del sujeto, pues con la satisfacción del interés individual se satisface el interés colectivo¹⁴⁹. El ser humano nace «equipado para aprender»¹⁵⁰ y capacitarse para realizar una vida acorde a la naturaleza humana¹⁵¹. No en vano, «[e]l objetivo general de la educación es potenciar al máximo la capacidad del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y

142. Art. 24.2.f) CDN; art. 10.h) Convención contra la discriminación de mujeres de 1979.

143. NACIONES UNIDAS–TOMÁSEVSKI, 2004a, p. 19. Sobre el tema, UNICEF, *Las niñas, el VIH/ SIDA y la educación*, 2004 y NACIONES UNIDAS–COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2003, n° 16.

144. Así en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 10.1.

145. Art. 9.2 del Protocolo facultativo a la CDN.

146. Anexo del RD 114/2004, por el que se establece el currículo de la educación infantil.

147. OG 13, ap. 1. Sobre el tema, NACIONES UNIDAS–TOMÁSEVSKI, 2004a, p. 8 ap. 11.

148. En esta crítica destaca la ex relatora de este derecho para Naciones Unidas, además de otras de las obras ya citadas, TOMÁSEVSKI, 2004b. También, TORRES INSTITUTO (2005, pp. 32 y ss.) quien critica una «educación para el trabajo» en vez de una «educación para la vida».

149. BARNES VÁZQUEZ, 1984, p. 44. Bajo esta idea, cabe seguir la determinación de las capacidades, necesidades básicas o competencias clave del aprendizaje en PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006.

150. TORRES INSTITUTO, 2005, p. 75. Asimismo, «la naturaleza humana, al menos del niño, es educativa» ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 1.

151. En este sentido GARCÍA DE LA HOZ, citado por CASTILLO CÓRDOVA (2006, p. 264) y ZUMAQUERO (1984, p. 241).

sus posibilidades de hacerlo»¹⁵². Más allá de la transmisión de conocimientos se trata de una formación de hombres libres, «para la libertad»¹⁵³. De ahí que «[l]a educación es medio de realizar y ejercer otros derechos», un «multiplicador», «la llave que abre paso a otros derechos humanos» tanto para el individuo cuando para las sociedades en su conjunto¹⁵⁴. Quizá sea por este motivo por el que sea un «derecho híbrido»¹⁵⁵, que se haya clasificado como derecho económico, derecho social y derecho cultural, derecho civil y político, derecho de libertad, etc.¹⁵⁶, que «los abarca a todos»¹⁵⁷.

La educación en modo alguno es cuestión de caridad como podría sostenerse desde planteamientos liberales, sino de justicia. De igual modo, pese a la utilidad social –y económica– incuestionable de la educación, el fundamento último está en el individuo mismo sujeto de este derecho y no en fundamentaciones utilitaristas. Desde fundamentaciones del «mínimo vital» o el «mínimo decente», tales planteamientos pueden tener sentido en la definición de contenidos mínimos exigibles del derecho a la educación. No obstante, la fundamentación de tal delimitación del alcance del derecho no debe traer causa en la escasez, sino en el logro mismo del objetivo de la educación a favor del individuo. Como se verá la concepción constitucional prestacional del derecho a la educación ha ido mucho más allá de los mínimos obligatorios aparentemente exigibles.

Tamaño importancia de la educación explica el carácter «primordial», «indispensable para» una sociedad democrática (TEDH)¹⁵⁸. Jurídicamente ello se traduce, por ejemplo, en que la dimensión prestacional del derecho se haya protegido con carácter iusfundamental de un modo tan intenso¹⁵⁹, siendo el único derecho subjetivo que cuente nítidamente con tal carácter. También esta relevancia puede fundamentar que de este derecho surjan obligaciones como la educación mínima y obligatoria o el seguimiento del llamado ideario constitucional de la educación, cuestiones que se siguen *infra*.

2.2.2. El «ideario» constitucional de la educación y su relevancia jurídica

El artículo 27.2 CE conforma, en palabras de nuestro Tribunal Constitu-

152. NACIONES UNIDAS–COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 12.

153. FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, p. 179. Para la STS de 9 marzo 1987 (RJ 1987, 1913), «es a través de la educación como se alcanza la libertad como meta del sistema educativo» (FJ 3).

154. TOMÁSEVSKI, 2003, pp. 1-2.

155. RUBIO LLORENTE, 1977, p. 103.

156. CHACÓN MATA, 2007, p. 7.

157. TOMÁSEVSKI, 2003, p. 3.

158. Así, STEDH *Leyla ahin*, de 29 junio 2004 (ap. 46) y en especial, STEDH *Timishev*, de 13 diciembre 2005 (ap. 64).

159. ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA, 1980, p. 332.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cional, el «ideario educativo constitucional»¹⁶⁰, «el legislador constitucional ha querido ser beligerante en materia educativa»¹⁶¹, como especialmente DE OTTO percibió en nuestra doctrina¹⁶². Este precepto trae causa de la regulación internacional de la educación (arts. 26 DUHD, 13 PIDESC, 29 CDN, etc.)¹⁶³, que han «consagrado» jurídicamente unos «valores éticos concretos»¹⁶⁴.

Este ideario constitucional alcanza a la educación pública y privada¹⁶⁵, con especial incidencia en la educación básica y obligatoria dado que coincide con las fases de mayor desarrollo en la personalidad del sujeto del derecho. Ello no lo excluye en las educaciones no obligatorias, como la formación profesional¹⁶⁶, las enseñanzas universitarias¹⁶⁷ e incluso en las enseñanzas no regladas¹⁶⁸. La incidencia jurídica propiamente dicha del artículo 27.2 CE es esencialmente negativa en el ámbito de diversas libertades de la enseñanza¹⁶⁹, si bien, su potencial efecto limitador debe ser menor o nulo más allá de la educación básica y obligatoria¹⁷⁰. Hay que destacar con los tribunales que el apartado 2 recoge un principio, pero no consagra derechos fundamentales¹⁷¹ ni respalda pretensiones concretas¹⁷². Ello no es óbice a que

160. Voto particular de TOMÁS Y VALIENTE a la STC 5/1981, ap. 10.

161. SÁNCHEZ FERRIZ y JIMENA QUESADA, 1995, p. 65.

162. DE OTTO, 1985, pp. 20 y 24. Desde el Derecho constitucional en España, además de SÁNCHEZ FERRIZ y los trabajos de su entonces grupo investigador (ver COTINO HUESO, 2000 a), han destacado en la materia especialmente CÁMARA y SALGUERO. Recientemente, JIMENA QUESADA, 2005.

163. También, Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, art. 5.a).

164. NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 13.

165. Art. 13.2 PIDESC. También, STC 5/1981, FJ 8 y el voto particular a la misma por Díez-PICAZO, ap. 4. Recientemente, SSTs sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, que resuelven los recursos 905/2008, 1013/2008, 948/2008, y 949/2008. En concreto, en la que resuelve el recurso 905/2008, FJ 4.

166. LO 5/2002, de Formación Profesional, art. 9.

167. Bien es cierto que la normativa es más timorata. En la LOU, DA 24, relativa a los discapacitados (ap. 5). De forma expresa en el RD 1393/2007, art. 3.5. CÁMARA VILLAR (1988, p. 2169) niega el alcance del ideario constitucional para el ámbito universitario, frente a DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 145.

168. Así puede entenderse siguiendo STC 5/1981 (recurso LOECE), FJ 7. CASTILLO Córdova (2006, p. 190) y DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 145) afirman la proyección del art. 27.2 CE fuera de la enseñanza reglada. CÁMARA VILLAR (1988, p. 2169) en contra.

169. GARRIDO FALLA, 1980, p. 348.

170. El art. 27.2 CE no debe traspasar el ámbito de la enseñanza, como sucede respecto del contenido de un cómic en la STC 176/1995, FJ 5, caso *SS Hitler*.

171. «Dichos principios, por sí solos, no consagran derechos fundamentales» (STC 5/1981, FJ 7 y, a partir de ella, especialmente en STC 337/1994, normalización lingüística de Cataluña, FFJJ 11 y 12) señala que el art. 27.2 CE no reconoce los pretendidos derechos lingüísticos.

172. Afirmación constante en los casos de aceleración de superdotados: STS de 1 de

Capítulo VI. El derecho a la educación

este precepto tenga una «indudable función de inspiración positiva para la totalidad del ordenamiento en un Estado social y democrático de Derecho» (STC 337/1994, FJ 12). Así, las obligaciones que para el Estado comporta la prestación educativa lo son a esta educación determinada y finalista¹⁷³. Se ha dicho respecto del apartado 2 que «los demás apartados del art. 27 que reconocen derechos y libertades son claramente instrumentales respecto a lo establecido en el apartado 2»¹⁷⁴. En este sentido, las libertades de la enseñanza son instrumentos al servicio del logro del derecho a la educación así concebido¹⁷⁵, y en razón de ello quedan limitadas y delimitadas.

Pese a que el artículo 27.2 CE puede fiscalizarse jurisdiccionalmente¹⁷⁶, la jurisdicción constitucional y la ordinaria ha sido bastante cautelosa¹⁷⁷ y ha reservado su potencial efecto limitador de libertades para casos de apología o promoción de discriminación, xenofobia o corrupción de menores, por ejemplo. Del lado positivo, este precepto no ha servido para obligar a una asignatura concreta, sino a permitirla. Cabe señalar que la reciente STC 133/2010, ha legitimado la escolarización obligatoria que impone el legislador en el artículo 27.2 CE. El TC funda su decisión en que el objeto constitucional de la educación se logra «más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización» obligatoria (FJ 8).

Los objetivos de la educación se trasladan a los contenidos educativos mismos, por lo general de un modo transversal, si bien, sin excluirse la enseñanza explícita de los valores democráticos y los derechos humanos¹⁷⁸. De ahí que para el cumplimiento del objeto educativo cabe «comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos»¹⁷⁹. Lo habi-

junio de 1993 (RJ 1993, 4488) o más recientemente la STS de 8 febrero 2005 (RJ 2005, 919), en su FJ 3). En la STS de 31 de enero de 1997 (RJ 1997, 597) para negarse un derecho a elegir asignaturas.

173. Recientemente, SSTS sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, la que resuelve el recurso 905/2008, FJ 6.

174. CÁMARA VILLAR, 1988, pp. 2169-2172.

175. Tesis que defendemos en COTINO HUESO (1998), desarrollada en (2000b). Sobre el ejercicio finalista de las libertades de la enseñanza, también ALÁEZ CORRAL, 2006, p. 22.

176. ALÁEZ CORRAL, 2006, p. 18.

177. A este respecto y en especial, la muy interesante STS de 30 de octubre (Penal) (RJ 1994, 8334), FJ 2.

178. El *softlaw* internacional y los materiales para esta enseñanza son muy abundantes: UNESCO (1974), UNESCO (1991), UNESCO (1993), CONSEJO DE EUROPA (1985, ver anexo). De particular interés, NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001.

179. OG 13, ap. 49.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tual hasta ahora ha sido que los objetivos de la educación aparecieran en las normas como «mera afirmación retórica», «sin fomentar transformaciones más profundas»¹⁸⁰. Son muy abundantes las referencias sin función normativa ya como «fines», «principios» o «derechos»¹⁸¹. Asimismo, en España las normas que imponían de forma más concreta este tipo de contenidos eran obsoletas o desconocidas¹⁸². Con la LOE se ha introducido la polémica asignatura «Educación para la ciudadanía» cuyos contenidos entroncan y van más allá de los requeridos por el objeto constitucional de la enseñanza¹⁸³. Al respecto, el Tribunal Supremo ha sostenido en 2009 que es posible informar y también promover la adhesión a «los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales». Otros valores, en razón de la neutralidad estatal «deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad», pero también es «lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica», «con neutralidad y sin adoctrinamiento»¹⁸⁴.

Debe tenerse en cuenta que entre los objetivos de la educación enunciados internacional y constitucionalmente hay una amplia gama de valores, incluso en posible contradicción¹⁸⁵. Así, en la articulación normativa y puesta

180. Por cuanto a los modos de garantizar el cumplimiento de estos objetivos y valores, NACIONES UNIDAS—COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, aps. 17, 18 y 25.

181. En efecto, la referencia al objeto de la educación es una constante que va desde las leyes orgánicas a los desarrollos autonómicos curriculares y sectoriales de cada tipo de enseñanza. Entre las referencias más importantes en la LODE: arts. 2.3 y 6, con formulación de derecho subjetivo: «A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad». La más reciente LOE está transversalmente plagada de estos objetivos de la educación como «Principios» [art. 1.b), c), k) y l)], «fines» (art. 2), en cada nivel de educación: infantil (arts. 12 y 13); primaria (arts. 17 y 19), ESO [arts. 22.2, 23.a), c) y d), y por cursos: arts. 24.3 y 25]; Bachillerato (arts. 32 y 33); formación profesional (arts. 39 y 40). También ver art. 79.3, en el proyecto educativo de los centros (arts. 120, 121 y 124), respecto de Libros de texto (DA 4). En la LO 5/2002, de Formación Profesional (art. 9 y RD 1538/2006, art. 5).

182. Ley 19/1979, por la que se regula el conocimiento del ordenamiento constitucional en bachillerato y formación profesional de primer grado. Una Ley que curiosamente fue rebajada a rango reglamentario con la LOGSE y que puede entenderse derogada al derogarse la LOE a la LOGSE. Habiendo sido tradicionalmente desconocida, poco puede importar el debate sobre su vigencia.

183. En la doctrina con disparidades, CÁMARA VILLAR (2007b), ROLLNERT LIERN (2008), GÓMEZ SÁNCHEZ (2008), EMBID IRUJO (2008), Díez-PICAZO (2009) y ALÁEZ CORRAL (2009).

184. SSTS de 11 de febrero de 2009, en concreto recurso 905/2008, FJ 6.

185. Al respecto, ver NACIONES UNIDAS—COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 4.

en práctica queda un amplio margen de elección de los valores y principios a primar y la forma de armonizarlos.

3. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

3.1. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. LAS «CUATRO A»: ASEQUIBILIDAD, ACCESIBILIDAD, ACEPTABILIDAD Y ADAPTABILIDAD

El «derecho a la educación», como descriptor omnicomprendivo de todo el sistema educativo constitucional¹⁸⁶ incluye tanto el derecho a la educación cuanto la libertad de enseñanza. Es un complejo normativo protegido a través de diversas técnicas normativas (derechos de prestación, de libertad, garantías institucionales), así como mandatos y garantías de organización y procedimiento¹⁸⁷, dirigidas a los poderes públicos. No obstante lo anterior, con acierto el artículo 27.1 CE distingue entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza¹⁸⁸. Así, el derecho a educar debe ubicarse en el ámbito de la libertad de enseñanza¹⁸⁹ y el derecho a la educación debe reservarse para el derecho a recibir la educación¹⁹⁰, que es el que aquí interesa. De ello se deriva que el derecho a la educación es más derecho de prestación¹⁹¹ y el de educar, más de libertad¹⁹². También por ello se dice que el derecho a la educación queda más vinculado a la igualdad y la libertad de enseñanza a la libertad¹⁹³.

Nos encontramos ante un «derecho público subjetivo de prestación»¹⁹⁴,

186. STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3. En el mismo sentido DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 17-18, nota 16) y DÍAZ REVORIO (2002a, p. 23).
187. Ver STC 86/1985, FJ 3: «mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, p. ej., apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, p. ej., obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, p. ej., la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, p. ej., apartado 8), o imponen mandatos al legislador».
188. A favor reconocimiento no sólo del derecho a la educación, sino también la libertad de enseñanza, GARRIDO FALLA (1980, p. 545), FERNÁNDEZ SEGADO (1992, p. 342), BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 37) y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ (1979, p. 240).
189. Las dos perspectivas del derecho a ser educado y la del derecho a educar las refleja MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, 1979, p. 234. Se considera derecho de libertad por FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, pp. 171-172.
190. Así, p. ej., STS de 12 mayo 2003 (RJ 2003, 4735), FJ 7.
191. En este sentido, SÁNCHEZ DE VEGA, 2004, p. 5.
192. STC 86/1985, FJ 3.
193. FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, p. 160.
194. FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, pp. 36-37) y CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 156 y 238).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

un «derecho de carácter social»¹⁹⁵; un «derecho social básico»¹⁹⁶. Se trata de un derecho subjetivo¹⁹⁷ con una principal «dimensión prestacional, por lo que los poderes públicos deben procurar su efectividad»¹⁹⁸. Además, el derecho a la educación es el único tradicional derecho social prestacional que es a la vez un derecho fundamental clásico. Ello evidencia dificultades para aplicar los esquemas de iusfundamentalidad tradicionales y lleva a afirmar que es un derecho de compleja estructura¹⁹⁹ al aunarse su naturaleza prestacional y su condición de derecho fundamental con las máximas garantías. Y no fue un lapsus²⁰⁰, ni una imprudencia²⁰¹. Y se puede adelantar ya que su dimensión prestacional no se reduce únicamente al apartado 4 del artículo 27 CE²⁰².

Como derecho subjetivo impone obligaciones y conductas a la Administración²⁰³, del «derecho a la educación» se deriva el correlato de la obligación Estatal a una «acción positiva fáctica»²⁰⁴, en el sentido del artículo 2 PIDESC: «hasta el máximo de los recursos de que disponga», no se debe obstaculizar o impedir, adoptar medidas apropiadas de toda índole para la efectividad del derecho, facilitar, respetar, proteger, garantizar, cumplir, siempre con obligación de resultados concretos según la norma sustantiva²⁰⁵. Todo con diversa intensidad según el tipo de educación en razón de su gra-

195. Preámbulo de la LOGSE.

196. Así en el Preámbulo del RD 299/1996, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación.

197. Se sigue derecho subjetivo como «poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo»: MAURER (1994, p. 141), citado por ARANGO (2005, p. 20).

198. STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3.

199. SÁNCHEZ FERRIZ y JIMENA QUESADA, 1995, p. 62. «Derecho complejo» dice CRUZ MIÑAMBRES en DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 18.

200. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 43.

201. FERNÁNDEZ-MIRANDA, 1988, pp. 36-37.

202. Así, frente a MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 242) y en buena medida frente a FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 50) y CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 246 y 247).

203. Sobre el correlato de derechos subjetivos y las obligaciones del Estado, en general, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006, pp. 35 y 45-46). Respecto de los derechos sociales, ARANGO (2005, p. 23); ABRAMOVICH y COURTIS (2002), ABRAMOVICH (2004), y PISARELLO (2007). También y por todos, NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.) y OG 3, aps. 9-11.

204. ARANGO (2005, pp. 55 y ss. y 110 y ss.), ALEXI (1993, pp. 194-195), ABRAMOVICH y COURTIS (2002), ABRAMOVICH (2004) y ESCOBAR ROCA (2008).

205. En especial, NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.). Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, ap. 7. Para el ámbito concreto del derecho a la educación, sobre tipos de obligaciones, OG 13, aps. 46 y ss.

Capítulo VI. El derecho a la educación

dualidad, si bien, respecto de la educación no primaria, se debe «de proceder lo más expedita y eficazmente posible»²⁰⁶.

Así, satisfacer la dimensión prestacional del derecho a la educación puede implicar adoptar normas de organización y procedimientos que permitan programar, crear, ordenar, controlar y financiar un sistema público educativo²⁰⁷. En este sentido, el Tribunal Constitucional afirma «que la educación constituye un derecho prestacional, de "ordenación del ámbito institucional"»²⁰⁸. Se ha afirmado también el deber de la Administración «de adoptar decisión sobre aquellos aspectos que directamente contribuyen a configurar y definir el servicio»²⁰⁹. Ahora bien, aunque regular es necesario, la regulación no debe confundirse con el contenido subjetivo iusfundamentalmente protegido, sino que sería «mera legalidad» ordinaria²¹⁰. Es más, la regulación estatal –o autonómica– bien puede generosamente garantizar prestaciones que vayan más allá de lo que sería constitucionalmente exigible. El derecho subjetivo no es, en principio, a la acción normativa en sí, sino que ésta persiga (y logre efectivamente) el bien objeto del derecho: la educación²¹¹.

Bien es cierto que nos encontramos ante una de las claves jurídicas de este derecho: determinar la *delgada línea roja* que separa el contenido iusfundamentalmente protegido y exigible del desarrollo normativo del derecho de la –muy amplia– regulación de la educación. Es por esta dificultad por lo que con mayor intensidad que en otros ámbitos junto a la idea de derecho subjetivo, respecto del derecho a la educación concurren, se funden y confunden diversas categorías jurídicas: normas de mandato²¹², normas de organización y procedimiento²¹³, interposición legislativa vinculada a la idea de un contenido mínimo a respetar por el legislador²¹⁴. La dimensión prestacional del derecho se reconduce especialmente a la aplicación de la categoría de la «garantía institu-

206. OG 13, aps. 44 y ss. La cita es del ap. 44.

207. Ver MARTÍNEZ DE PISÓN (2003, p. 128) y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ (1979, p. 235).

208. STC 137/1986 (caso Ikastolas), FJ 3.

209. STS de 24 marzo 1997 (RJ 1997, 2447).

210. Con gran concisión, STS de 13 octubre 1995 (RJ 1995, 7147).

211. ARANGO, 2005, p. 55. En esta línea, STS de 4 julio 2005 (RJ 2005, 9461), FJ 2.

212. Puede considerarse que lo son los aps. 2, 4, 8 y 9 del art. 27 así como que los aps. 5 y 7 integran mandatos. Los mandatos tienen fuerza jurídica vinculante sin alcanzar la de las normas de derechos subjetivos: ESCOBAR ROCA, 2005b, pp. 43-44. No hay que excluir una subjetivización del mandato (al respecto, BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 43), bastante sencilla merced a la tutela efectiva española (art. 24 CE). En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2006, pp. 45 y ss.).

213. En el art. 27 pueden considerarse normas de organización los aps. 5, 7, 8 y 9. Clasificación de normas y derechos según ESCOBAR ROCA, 2005b, p. 44.

214. Sobre interposición legislativa y derecho a la educación, CASTILLO CÓRDOVA, 2006, pp. 239 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cional»²¹⁵ que se predica de varios preceptos del artículo 27 CE²¹⁶. Tampoco es nada extraño que se acuda al desdoblamiento de la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales²¹⁷, habitualmente para dejar fuera de las facultades del derecho subjetivo la dimensión prestacional. Pues bien, si bien todas estas categorías pueden ayudar a manejar esta dificultad particular del derecho a la educación, no hay que olvidar que no son pacíficas y que, en todo caso, son meras herramientas jurídicas. Por ello, habrá que obviarlas si incluyéndolas se genera más complejidad.

Hay que indicar respecto de esta compleja *bisagra* entre el derecho fundamental a la educación y su desarrollo normativo, que los tribunales suelen partir de una *desfundamentalización* de toda la configuración normativa de la prestación educativa. Así, respecto del acceso y requisitos de admisión a los centros²¹⁸ o en el marco de la permanencia y progresión educativa²¹⁹. Ahora bien, si es habitual la desfundamentalización por nuestros tribunales, también lo es el «rescate» de la constitucionalidad por vía indirecta. Ello se logra a través de cláusulas de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), de especial motivación toda decisión pública que afecte a un derecho fundamental²²⁰; la no discriminación (art. 14) o el libre y pleno desarrollo de la

-
215. Hemos tenido ocasión de subrayar la confusión constante de categorías (que alcanza lo caótico) en el ámbito educativo en COTINO HUESO, 1998. Ver en general SALVADOR MARTÍNEZ, 2001, p. 214.
216. En el ámbito del derecho a la educación puede predicarse (de ser útil) su existencia especialmente en los aps. 7, 9 y 10, sin perjuicio de que se predique de la programación y la participación del ap. 5 o de la inspección y homologación educativas (ap. 8).
217. Sobre la dimensión objetiva, SSTC 25/1981 (FJ 5), 18/1984 (FJ 6), como, de manera muy significativa, en la sentencia del aborto 53/1985 (FJ 4). Asimismo, entre otras, en las SSTC 163/1986 (FJ 1), 129/1989 (FJ 3) o 172/1989 (FJ 3) o en ATC 382/1996 (FJ 3). Uno de los mejores trabajos y vinculado al derecho a la educación es GALLEGO ANABITARTE, 1994. La dimensión positiva y objetiva aparece en forma de «política de derechos fundamentales» en DE OTTO, 1988. También cabe seguir MEDINA GUERRERO, 1996, pp. 4-8 y BOCKENFÖRDE, 1993. Más recientemente, resulta útil SALVADOR MARTÍNEZ, 2001. Asimismo, hay que destacar las referencias sobre la dimensión objetiva en PRESNO, pp. 50-56; VILLAYERDE, pp. 112-115 y ALÁEZ, pp. 182 y ss., todos ellos en BASTIDA, 2006.
218. SSTS de 23 de octubre de 1985, 9 de diciembre de 1987 (FJ 12), 29 de marzo de 1993, 14 de diciembre de 1994, 24 marzo de 1997 (RJ 1997, 2497), 17 mayo de 1999 (RJ 1999, 3989) y 28 de mayo de 2007; STSJ de Madrid, de 14 diciembre de 2001 (JUR 2001, 131035), FJ 5 y STSJ de Andalucía, de 28 enero 2002 (JUR 2003, 118721).
219. SSTS de 1 de junio de 1993 (RJ 1993, 4488), 13 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7147), 28 febrero 1997 (RJ 1997, 1593), 24 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8188) y 19 julio 2002 (RJ 2002, 8006). En la STSJ de Castilla-La Mancha, de 3 octubre de 2003 (JUR 2003, 17498) se da el «rescate».
220. STS de 22 noviembre 2004 (RJ 2004, 8105), FJ 3, con relación a un concierto educativo.

personalidad (arts. 10.1 y 27.2 CE). Esta desfundamentalización y rescate se observa en el objeto estrella de impugnación: los conciertos y subvenciones a centros educativos. Tradicionalmente los debates se derivan a la legalidad ordinaria²²¹. No obstante, desde finales de los noventa se hallan numerosas conexiones y asideros de los conciertos educativos con derechos fundamentales²²², para acabar afirmándose que «del art. 27.9 nace un derecho fundamental de configuración legal condicionado, desde luego, por las inevitables limitaciones presupuestarias»²²³. Esta re-fundamentalización progresiva también se detecta respecto de las becas al estudio²²⁴. Por cuanto a su dimensión prestacional, este estudio acoge la perspectiva de la obligación de los Estados de respetar, proteger y llevar a efecto las cuatro «A»: disponibilidad (o asequibilidad)²²⁵, accesibilidad²²⁶, aceptabilidad²²⁷ y adaptabilidad²²⁸ de los derechos sociales²²⁹, en nuestro caso del derecho a la educación, es un lugar común en las instituciones²³⁰ y doctrina²³¹ internacionales.

El derecho a la educación es un «derecho susceptible de enriquecerse en su progresiva concreción, alcanzando así a más ciudadanos y ofreciéndoles una mayor extensión formativa»²³². Tal expansión de la prestación está condicio-

221. STC 77/1985, recurso LODE, y en esta línea, la importante STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, que lo afirma con claridad (FJ 3).
222. Con la igualdad, SSTs de 24 mayo de 1990 (RJ 1990, 5432), FJ 1 y 12 mayo de 2003 (RJ 2003, 4735). Con el derecho de elegir de los padres, SSTs de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4144) y 18 octubre de 1990 (RJ 1990, 7968), FJ 2. Con el derecho a recibir educación gratuita en los niveles obligatorios, SSTs de 25 junio de 1988 (RJ 1988, 4728) y 13 junio de 1990 (RJ 1990, 5097). También la iusfundamentalidad se ha basado en los aps. 5 y 9 (STS de 5 de febrero de 1990). En la STS de 28 junio de 1990 (RJ 1990, 5173) se construye el carácter fundamental a partir de la libertad de creación de centros.
223. Así, STS de 28 junio 1990 (RJ 1990, 5173), FJ 2.
224. Por todas, STC 188/2001 (caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña), con una particular lectura de la STC 86/1985 (FJ 5). Más recientemente, STC 236/2007, recurso a la LO 4/2000 de Extranjería, FJ 8).
225. OG 13, aps. 7 y 50.
226. *Ibidem*, ap. 50.
227. La aceptabilidad se vincula asimismo con la promoción de derechos humanos a través de la educación y, por ende, con el objeto de la educación. *Ibidem*, ap. 50, y TOMÁSEVSKI, 2004a.
228. Adaptabilidad a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en contextos culturales y sociales variados. *Ibidem*, n° 7 d).
229. Al respecto, NACIONES UNIDAS, 2004, pp. 10 y ss.
230. Respecto de la educación, OG 13, aps. 7 y 50. También los informes de TOMÁSEVSKI, como TOMÁSEVSKI, 2004c.
231. TOMÁSEVSKI, 2004^a y 2004b, pp. 342 y 349. También en TORRES INSTITUTO (2005, p. 25) quien las define sintéticamente.
232. Preámbulo de la LOGSE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nada a la voluntad política de la mayoría gobernante²³³. Ahora bien, la «regulación que puede variar en el espacio y en el tiempo según las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas y en tiempos de dura crisis económica, como la que se da desde 2008, no hay que descartar la constitucionalidad de contracciones y regresiones de este derecho. No hay ni que decir que tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la educación ni entrar en conflicto con otros derechos garantizados por el Convenio»²³⁴. Como todo derecho fundamental, teóricamente, cuenta con un contenido esencial (art. 53.1 CE) y como todo derecho social, con un «contenido básico mínimo»²³⁵. En este sentido, se han considerado unos mínimos y contenidos concretos infranqueables del derecho internacionalmente²³⁶. También el TEDH²³⁷ o el Tribunal Constitucional siguen la existencia de mínimos para la dignidad humana en la educación²³⁸, así como elementos básicos para la igualdad (art. 149.1.1ª CE), determinantes de la posición jurídica fundamental en igualdad²³⁹.

Estas determinaciones pueden ser útiles para fijar una lesión del derecho o resolver una cuestión competencial. No obstante, a nuestro juicio la clave es concretar el contenido normal del derecho y a partir de él examinar si se respeta efectivamente sobre la base de una serie de parámetros y si los límites a los que se le somete son admisibles constitucionalmente. Y en este sentido y como punto de partida el derecho a la educación en su dimensión subjetiva «implica el correlativo a disponer de la plaza escolar en un centro educativo, como soporte físico e instrumental que permite recibir la enseñanza adecuada»²⁴⁰. Para el TEDH, se trata del acceso a las instituciones de educación existentes en

233. SÁNCHEZ DE VEGA, 2004, p. 5.

234. STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968, ap. 5.

235. OG 3, ap. 10, y NACIONES UNIDAS, 2004, p. 69 y ss.

236. OG 13, aps. 57 y 59.

237. P. ej., afirma que el derecho a la educación «garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño» (STEDH *Timishev*, de 13 diciembre de 2005, ap. 64 *in fine*). O que «impone [...] organizar y financiar la enseñanza pública» (STEDH *Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino*, con remisión a STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, de 7 diciembre de 1976, ap. 50).

238. La STC 236/2007 ha considerado un mínimo para la dignidad humana el acceso a niveles no obligatorios de enseñanza y al correspondiente sistema de becas, con independencia de nacionalidad y regularidad.

239. Así se estiman «los elementos generales conformadores del derecho a obtener una beca», básicos para la igualdad (art. 149.1.1ª CE), determinantes de la posición jurídica fundamental en igualdad en todo el territorio, dejándose a la política educativa el resto de determinaciones (FJ 13 de la STC 188/2001, caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña).

240. Así, STS de 22 diciembre de 2003, con cita de STS 8 de julio de 1986 (RJ 1986, 4229).

Capítulo VI. El derecho a la educación

un momento dado y la posibilidad de beneficiarse, mediante el reconocimiento oficial de los estudios completados, de la educación recibida²⁴¹, también señala que el derecho a la educación «garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño»²⁴². O que «impone [...] organizar y financiar la enseñanza pública»²⁴³. «En cuanto a la extensión de estos medios y al modo de organizarlos o de subvencionarlos, el Convenio no impone obligaciones determinadas»²⁴⁴.

Asimismo, como va a describirse de forma detallada, el derecho a la educación implica el derecho a la escolarización en los diversos niveles, el derecho a recibir enseñanza religiosa, el derecho a recibir una enseñanza asequible (presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes), accesible (el derecho a elegir centro, el derecho de acceso y admisión, la eliminación de barreras materiales y asequibilidad efectiva a las enseñanzas acceso a sistema de becas y ayudas, gratuidad), aceptable (educación de calidad, ajustada al objeto constitucional de la educación y evitación del fracaso escolar) y adaptable. Asimismo cabe tener en cuenta el derecho a no ser discriminado, a ser evaluado objetivamente y con garantías, el derecho permanecer y progresar, a no ser sancionado arbitrariamente, al reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes; a recibir la educación en lengua comprensible, etc.), a ser informado y orientado así como el derecho a participar en la planificación de la enseñanza y en la gestión de los centros subvencionados con dinero público. Desde el anverso, este derecho comporta toda una serie de obligaciones para los poderes públicos que los instrumentos internacionales²⁴⁵ y la doctrina²⁴⁶ han descrito.

241. STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* contra Dinamarca, de 7 diciembre de 1976, ap. 52; STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968, aps. 3-5.

242. STEDH *Timishev*, de 13 diciembre de 2005, ap. 64.

243. STEDH *Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino*, FJ 1, con remisión a STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, de 7 diciembre de 1976, ap. 50.

244. STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968.

245. Han de velar por que los planes de estudio estén orientados a los objetivos, establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos, no cerrar escuelas privadas, velar por que no se impida a niñas asistir a la escuela, adoptar medidas positivas para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, acciones para preservar la calidad de la educación, formular planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación, implantar un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional. Así, OG 13, ap. 49. También, establecer normas mínimas que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privadas con un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de esas normas y si se financia la enseñanza privada, debe hacerlo sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos. *Ibidem*, n° 54.

246. PÉREZ MURCIA (2007, pp. 158 y ss.), en su amplio listado cuadro con fundamentación

3.2. LA EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

3.2.1. La estructura y datos del sistema educativo

El legislador, dentro de su margen de discrecionalidad, ha configurado el sistema educativo dotándolo de estructura sobre la base de enseñanzas de régimen general (infantil, secundaria y superior)²⁴⁷ y «enseñanzas de régimen especial»²⁴⁸. Asimismo y por último, de forma reglada o no, la educación de personas adultas. La educación –reglada– se recibe en centros públicos, centros concertados o centros privados, así como universidades públicas o privadas, recibiendo todos ellos diversas denominaciones²⁴⁹.

En España, hay un 70,2 % de enseñanza pública frente a un 25,3 % concertada y un 4,6 % de enseñanza privada no concertada²⁵⁰. En las enseñanzas no

internacional, constitucional y jurisprudencial colombiana añade: asegurar el acceso geográfico; asegurar adecuadas condiciones de infraestructura física de las instituciones educativas y los centros de enseñanza; asegurar la disponibilidad de docentes y la mejora de su capacidad; establecer y garantizar que se cumplan normas mínimas de enseñanza en las escuelas públicas y privadas; ejercer la inspección y vigilancia del sistema educativo con el fin de velar por su calidad y establecer si la educación se orienta a los objetivos; velar por que el principio de libertad no genere desigualdades en la calidad de la educación que reciben los grupos poblacionales más vulnerables; respetar la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; asegurar la permanencia y adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

247. Según describe el art. 3 LOE, el sistema educativo ofrece las siguientes enseñanzas como de «régimen general»: Primero, Educación infantil (0-6 años, no es obligatoria, dividida en dos ciclos, de 3-6 años se garantiza la gratuidad); Educación básica, toda obligatoria; Educación primaria (6-12 años, en tres ciclos) y ESO (Educación secundaria obligatoria, 12-16 años, cuatro cursos, gratuita). Segundo, educación secundaria postobligatoria, que comprende el Bachillerato, dos cursos y formación profesional grado medio –dos cursos–. Ambas son gratuitas en centros públicos. También, enseñanzas deportivas grado medio (16-18 años). Tercero, Educación superior que incluye la universitaria, las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior (por lo general, desde 18 años).
248. Las de idiomas y, también, enseñanzas artísticas y deportivas (éstas, tras los 16 años y la ESO).
249. Según el ciclo, los centros públicos se denominan «Escuelas infantiles», «Colegios de Educación primaria» (si es conjunto «colegios de educación infantil y primaria») e «Institutos de educación secundaria» (art. 111 LOE). Si son para alumnos necesidades educativas especiales en centros no ordinarios se denominan «centros de educación especial». Los privados pueden tener cualquier denominación diferente a la anterior (114 LOE).
250. MEC (2008), algo más de enseñanza privada que la media europea (79,4 % frente a un 13,7 % concertada y un 2,5 % privada). De los no universitarios, el 67,6 % lo hacen en centros públicos (4.870.090) y el 32,4 % en centros privados (2.335.800).

universitarias, hay 7.205.890 alumnos: 1.602.515 alumnos de Educación infantil (64,3 % públicos, 35,7 % privados); 2.603.175 alumnos en Primaria (67,3 % públicos, 32,7 % privados); 1.826.825 en ESO (66,6 % públicos, 33,4 % privados); 625.275 cursan Bachillerato (74,4 % públicos, 25,6 % privados); 500.545 estudian Formación Profesional (75,6 % públicos, 24,4 % privados). 29.555 en educación especial (54,2 % públicos, 45,8 % privados).

3.2.2. La enseñanza general no universitaria

No es obligatorio para los padres insertar al hijo en la educación preescolar [«infantil», en términos del art. 3.2.a) LOE] de 0-6 años (de 4-6 gratuita) pues es «responsabilidad fundamental de las madres y padres» (art. 12.3 LOE). Esta no obligatoriedad se da bajo el derecho de los padres a impartir a sus hijos una educación doméstica en sus primeros años de vida²⁵¹, derecho quizá amparable en la intimidad familiar (art. 18.1 CE) interpretado conforme a la vida familiar (art. 8 CEDH). Más allá de la obligatoriedad, cuando la enseñanza infantil está estructurada y prestada en centros educativos queda incluida en el artículo 27 CE²⁵². Las instituciones internacionales recomiendan que sí forme parte del sistema educativo ordinario y gratuito²⁵³ y que se invierta y fomente esta etapa pedagógicamente tan «fructífera»²⁵⁴. El primer ciclo (0-3 años) no es gratuito y el Defensor del Pueblo²⁵⁵ critica la falta de plazas públicas o su mala distribución, mientras que la LOE «insta» a oferta suficiente de plazas y conciertos para garantizar la gratuidad del segundo ciclo (art. 15 LOE). En la regulación, el Estado tiene un papel importante (*supra* desarrollo normativo) con creciente protagonismo de las Comunidades Autónomas básicamente en los contenidos y evaluación²⁵⁶. A mi juicio, como derecho subjetivo el derecho prestacional a la educación no alcanza los primeros años de vida del menor, de modo que la garantía de esta prestación educativa por el Estado supone un contenido adicional del derecho discrecional del legislador. Ahora bien, bien es cierto que en las sociedades occidentales en las que ambos progenitores trabajan hacen que la no prestación de la educación a estas edades implique una carga familiar o económica muy importante. De ahí que no haya que excluir una «actualiza-

251. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47) y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 239).

252. Así, STS 3 diciembre de 1987 (RJ 1987, 9376), FJ 4.

253. El caso alemán es contrario a esta inercia. Interesa, NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2007a), Recomendación d), p. 22.

254. PARLAMENTO EUROPEO, 2006, n° 11.

255. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2007, p. 368, e *Informe 2008*, pp. 588 y 577 (ref. 07018670).

256. Comunidad Valenciana: contenidos en Decretos 37 y 38/2008 y Decreto 19/1992. Valenciano en Orden de 3 de febrero de 1983; Evaluación en Orden de 24 de junio 2008 e Instrucciones por Resolución de 8 de julio de 2008.

ción» del contenido del derecho a la educación incluyendo la prestación desde el nacimiento de los hijos. Ahora bien, no parece que sea el interés del sujeto del derecho a la educación el que primase en esta decisión.

La LOE denomina enseñanza «básica» a la internacionalmente denominada enseñanza «elemental» (art. 26 DUDH) o «primaria» (arts. 13 PIDESC y 29 CDN), que es «el componente más importante de la educación básica»²⁵⁷. Esta enseñanza ha de ser «obligatoria» e inequívocamente gratuita²⁵⁸. Internacionalmente no se determina la edad que comprende²⁵⁹, pero lo habitual es entre los 6-11 años y su universalización es uno de los «objetivos del milenio»²⁶⁰. La LOE regula intensamente esta educación básica obligatoria –y gratuita– (arts. 16 y ss. LOE) lo cual se transpone a todo muy prolijo desarrollo normativo estatal (*supra* desarrollo normativo) y autonómico²⁶¹.

Internacionalmente, entre la enseñanza básica obligatoria y la superior se reconoce la enseñanza secundaria, que viene a incluir la enseñanza general, así como la enseñanza técnica y la profesional²⁶². Esta enseñanza secundaria ha de ser generalizada, accesible y progresivamente gratuita²⁶³. En España, la enseñanza secundaria comprende, de un lado, la ESO, de 12 a 16 años, común, obligatoria y gratuita para todos los alumnos, pues el legislador ha atribuido a este nivel la condición de enseñanza «básica» en el sentido constitucional (art. 27.4 CE). Es muy amplio el desarrollo normativo estatal (artículos 22 y ss. de la LOE, ver *supra* desarrollo normativo) y autonómico²⁶⁴. El título de Graduado en Educación Secundaria faculta para acceder a la educación secundaria postobligatoria, especialmente al Bachillerato o la Formación Profesional de Grado medio (art. 31.2 LOE)²⁶⁵.

257. Así lo afirma UNICEF, suscrito por OG 13, ap. 9.

258. OG 11, ap. 7.

259. NACIONES UNIDAS–TOMÁSEVSKI, 2004A, p. 14.

260. Declaración del Milenio, NACIONES UNIDAS, 2000. Son más de cien millones de niños que no acceden a esta educación, especialmente niñas.

261. Comunidad Valenciana: Decreto 111/2007; Decreto 20/1992; Resolución de 8 de julio de 2008, de 5 de marzo de 2008; Órdenes de 13 de diciembre de 2007, de 11 de abril de 2006, de 2 de junio de 1993.

262. Arts. 13 PIDESC y 28 CDN.

263. Debe «hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita» (arts. 13 PIDESC y 28 CDN) incluso con «asistencia financiera» (art. 28 CDN). También ver art. 26 DUDH.

264. Comunidad Valenciana: sobre currículo, Decreto 112/2007; sobre optativas, Orden de 27 de mayo de 2008 y Resolución de 1 de septiembre de 2008; sobre evaluación, Orden 23 de abril de 1993 e instrucciones en Resolución de 15 de junio de 2001 y ulteriores.

265. Cuando no se logra concluir la ESO se obtiene un certificado de escolaridad que permite participar en programas de cualificación profesional inicial (art. 30 LOE).

De los 16-18 años, se accede a la educación secundaria postobligatoria general, esto es, Bachillerato o la Formación Profesional de Grado medio. El Bachillerato, de dos cursos y con tres modalidades capacita para acceder a la Formación profesional de grado superior y a los estudios superiores y universitarios (arts. 32 y ss. LOE, ver *supra* desarrollo normativo)²⁶⁶.

3.2.3. Mención particular de la Formación profesional y la enseñanza de régimen especial

La formación profesional²⁶⁷ queda incluida en el derecho a la educación, si bien, también se incorpora al derecho al trabajo²⁶⁸. Aunque se vincula más con la educación secundaria, forma parte transversal de la enseñanza general²⁶⁹, asimismo, supera a la enseñanza reglada y se aproxima al sentido más amplio de formación y aprendizaje. Tiene un interés creciente en los ámbitos internacionales y, especialmente, europeos²⁷⁰, siendo la puerta hacia la *europización* del Derecho educativo, como el TJCE ha ido apuntando bajo un concepto de formación profesional inclusivo de prácticamente toda enseñanza²⁷¹.

En España, la LOGSE acometió una reforma profunda de la formación profesional que la LOE mantiene. A los ciclos formativos de grado medio se accede con el título de Graduado en Enseñanza Secundaria, y ciclos formati-

266. Comunidad Valenciana, básicamente, el Decreto 102/2008. Optativas, órdenes de 10 de mayo de 1995, de 7 de octubre de 1998 y de 18 de junio de 2002. También Resolución de 15 de julio de 2008. Evaluación, Orden de 17 de enero de 1995.

267. Se define como un conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las distintas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica, e incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las acciones orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales (art. 9, LO 5/2002).

268. En este sentido OG 13, párrafo 15. En la CSE la formación profesional se integra en el derecho al trabajo del art. 1 y se regula de forma concreta en el art. 10.

269. OG 13, aps. 15 y 16.

270. Consejo de Europa, 2002.

271. El TJCE ha señalado que la formación profesional es elemento indispensable de las actividades de la Comunidad vinculada con el objetivo de la libre circulación de personas, la movilidad de mano de obra y la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores. Entre otras, STJCE *Gravier v. Ciudad de Lieja*, de 13 de febrero de 1985, Asunto 293/8. La STJCE *Blaizot c. Universidad de Lieja y otros*, de 2 de febrero de 1988, asunto 24/86 la define y fortalece la competencia en estas políticas. En la STJCE *Comett II, Reino Unido y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas*, de 11 de junio de 1991, asuntos acumulados C-51/89, 90/89 y 94/89, se considera formación profesional a prácticamente toda educación obligando a la cooperación en la materia.

vos de grado superior con el título de Bachiller o el grado medio, si bien hay posibilidades de acceso directo (art. 41 LOE). Los estudios pueden realizarse en los centros educativos que la LOE regula o los centros integrados y de referencia nacional a los que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 5/2002. Esta ley aprobada sin polémica creó el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional y el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. El Estado (sobre la base del artículo 149.1.30ª y 7ª CE) determina los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad que constituirán las ofertas de formación profesional referidas al Catálogo Nacional. La estructura de los títulos y los nuevos títulos siguen las directrices fijadas por la Unión Europea y otros aspectos de interés social.

Son enseñanzas no obligatorias de «régimen especial» (art. 3.6 LOE) las enseñanzas de idiomas (arts. 59 y ss. LOE), las enseñanzas artísticas²⁷² y las deportivas (arts. 63-65 LOE). Entre todas suman casi un millón de personas²⁷³, el 90 % en centros públicos y 30.000 profesores²⁷⁴.

3.2.4. La enseñanza general superior-universitaria

La enseñanza superior (art. 3.3 LOE) la componen los niveles «superiores» de formación profesional, las enseñanzas artísticas, profesionales de artes plásticas y diseño y las enseñanzas deportivas, así como las enseñanzas universitarias en las que se fija ahora la atención. Aunque las formulaciones son más tímidas, sin duda el derecho a la educación incluye también la enseñanza universitaria²⁷⁵ y no sólo como mero derecho de libertad²⁷⁶. Aunque la obligación de prestación del Estado no sea absoluta, sigue existiendo la obligación de satisfacer la prestación educativa²⁷⁷. Sin tapujos así lo afirma

272. Enseñanzas elementales y profesionales de música y de danza (arts. 48 y ss. LOE, organización, acceso y titulaciones), de otra parte, los arts. 51 y ss. LOE respecto de las Enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño. Finalmente, se regulan las Enseñanzas artísticas superiores (arts. 54 y ss., art. 58 LOE su organización), que incluyen los «Estudios superiores de música y de danza» (art. 54 LOE), las «Enseñanzas de arte dramático» (art. 55 LOE), las «Enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales» (art. 56 LOE) y los «Estudios superiores de artes plásticas y diseño».

273. Artísticas 311.614 y 381.367 Idiomas. 2.117 Deportivas (Medio o Superior). 1.277 centros públicos (62,2 %) y 775 (37,8 %) privados: MEC, 2008.

274. Por cuanto el profesorado de estas Enseñanzas de Régimen Especial, asciende a un total de 31.963, destacando los de música y danza, así como los de idiomas. Del total, la mayoría (83,9 %) son de centros públicos, 26.807, frente a un 5.156 (16.1 %) de centros privados. *Ibidem*.

275. Así, normativa y jurisprudencialmente. Ver art. 1.2 LODE y, bajo una fórmula algo debilitada, el artículo 42.1 LOU. Ver OG 13, ap. 17.

276. Esta visión restrictiva, en MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, 1979, p. 251.

277. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 50.

Capítulo VI. El derecho a la educación

el TEDH²⁷⁸ y recientemente el Tribunal Constitucional para toda la enseñanza no obligatoria²⁷⁹. Pese a que la cuestión no ofrece dudas, los tribunales ordinarios sí que las han tenido²⁸⁰.

Para el Derecho comunitario la enseñanza universitaria se vincula a la formación profesional y, por ello, «el derecho comunitario es aplicable a las condiciones de acceso a los estudios universitarios»²⁸¹. Excediendo al marco de la Unión Europea, cabe hacer referencia al Espacio Europeo de Educación Superior que transforma innegablemente la realidad universitaria y su mismo desarrollo normativo (arts. 87 y ss. LOU) en el conocido como «Proceso de Bolonia»²⁸².

Hay algo menos de millón y medio de alumnos en enseñanzas universitarias, nueve de cada diez en universidades públicas, que son 48 frente a 23 privadas. El 70 % del alumnado procede de la continuación de las enseñanzas generales si bien crece paulatinamente el alumnado que se reincorpora a la enseñanza con más de 30 años (un 15 %) ²⁸³. Los estudios de ciclo largo y las Ciencias sociales y jurídicas son los preferidos, frente a las ciencias experimentales más minoritarias²⁸⁴. Uno de cada 20 alumnos son de postgrado y tercer ciclo, aunque se va incrementando la cifra²⁸⁵. No más de un 2 % del

278. STEDH *Hasan y Eylon Zengin*, de 6 de junio de 2006, que concluye que el acceso a toda institución de educación superior existente en un momento dado es una parte inherente del derecho que establece la primera frase del art. 2 del Protocolo 1. Así se reitera en la STEDH *Mürsel Eren*, de 7 febrero 2006, ap. 46.

279. STC 232/2007, recurso ley de extranjería, FJ 8: «Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor».

280. Lo afirma con claridad en la STS de 20 noviembre de 1997 (RJ 1997, 8610), reiterando afirmaciones de la STSJ de Madrid de 12 de julio de 1990 (FJ 2) También, STS de 23 marzo de 1999 (RJ 1999, 1539). Algunas sentencias excluyen del derecho a la educación la universitaria: SSTSJ 1026/2000 de Madrid, de 14 diciembre de 2000 (JUR 2001, 131035); de Andalucía 614/2005, de 1 de julio de 2005 (JUR 2005, 238286), que reproduce su Sentencia de 23 de octubre de 1997 (recurso 3632/1996).

Tampoco cabe acudir al argumento de que no es derecho a la educación la universitaria como se hizo respecto del cambio de orientación de una tesis doctoral (STSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 2003 [JUR 2003, 112727]).

281. STJCE *Blazot contra la Universidad de Lieja y otros*, de 2 de febrero de 1988, asunto 24/86.

282. Sobre el tema, NAVARRO RUIZ (2004), MELLADO PRADO (2006), JIMÉNEZ EGUIZABAL (2009), CARRERAS SERRA (2009), BALDUS (2009), TUBERTINI (2009) y FORTES MARTÍN (2009).

283. MEC-Consejo de Coordinación Universitaria, 2008.

284. *Ibidem*.

285. *Ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

alumnado es extranjero, si bien en tercer ciclo son uno de cada cinco²⁸⁶. Por cuanto al profesorado, son unos 100.000, el 90 % de las universidades públicas y la mitad son funcionarios (catedráticos y profesores)²⁸⁷. Aproximadamente un 1 % del PIB se dedica a la enseñanza universitaria, por debajo de la media²⁸⁸. En España se ha pasado de un 1,68 % de la población con estudios superiores en 1960, a un 16 % en 1995 y a un 26 % en 2004 entre la población de 25-64 años (el 1,68 % en 1969)²⁸⁹.

3.2.5. Educación «fundamental» y la emergente enseñanza de adultos para toda la vida

El artículo 26 DUDH hace referencia a la educación «fundamental», de la que dice que ha de ser gratuita, pero no obligatoria como la elemental. El artículo 13 PIDESC afirma el fomento «en la medida de lo posible» de esta educación. Por educación «fundamental» cabe considerar la destinada a aquellas personas «que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria»²⁹⁰. Últimamente esta educación fundamental se traduce en la satisfacción de las «necesidades básicas de aprendizaje»²⁹¹: El aprendizaje para toda la vida, la formación continua y permanente, la educación de adultos y otras nociones que cada día tienen más cabida en numerosos documentos y textos internacionales²⁹², al punto que la CDF reconoce el derecho a la educación «y al acceso a la formación profesional y permanente» (art. 14.1). La educación fundamental y la enseñanza de adultos queda bajo el derecho fundamental a la educación, si bien sin exigibilidad prestacional. Primero, sin duda, en la dimensión de libertad de recibir educación. Segundo, en la dimensión prestacional del derecho a la educación, si bien, y como se dijo²⁹³ con un contenido hoy día bien débil por falta de una tradición y realidad social, en el ámbito de la dimensión objetiva del derecho, no exigible constitucionalmente salvo concreción normativa. Esta educación

286. *Ibidem*.

287. *Ibidem*.

288. El gasto por alumno no mejora respecto del conjunto de la OCDE, estando siete puntos por debajo de la media. *Ibidem*.

289. En la media de la OCDE (25 %), *Ibidem*. Evolución histórica se sigue de GOERLICH, 2007.

290. OG 13, ap. 22.

291. *Ibidem*, ap. 23.

292. Desde antiguo, UNESCO, 1976. En el ámbito de la Unión Europea: COMISIÓN EUROPEA (2001 c) y la posterior Resolución, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2002). Los Consejos Europeos de Bruselas de marzo de 2003 y diciembre de 2004 subrayaron la necesidad de desarrollar el aprendizaje permanente, adoptándose el programa de trabajo «Educación y Formación 2010». Finalmente, PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006.

293. *Supra*, 2.1.

tiene una fuerte presencia en la LOE, que la ensalza, determina sus finalidades, principios y realiza una serie de mandatos de fomento especialmente para alcanzar los niveles de enseñanzas obligatorias (arts. 5 y 68 LOE) y no tanto para las enseñanzas no obligatorias (arts. 69 y 70 LOE). Sin contar a mayores de edad en formación profesional, hay más de medio millón de alumnos en enseñanza de adultos²⁹⁴ y, como se dijo, cada vez es mayor la incorporación a los estudios universitarios por parte de adultos. De otra parte, la tasa de analfabetismo en España es de un 2,4 % (63,8 % en 1900)²⁹⁵.

3.2.6. El derecho a recibir enseñanza religiosa y su dimensión prestacional

A partir del artículo 27.3 CE, el derecho a recibir enseñanza religiosa ha sido concebido como de naturalezas muy diversas, subrayándose su dimensión prestacional²⁹⁶. Se trata de un auténtico derecho subjetivo reconocido a los padres²⁹⁷, dimensión individual de la libertad religiosa²⁹⁸. No obstante, su contenido queda integrado de forma expresa y sistemática en el ámbito del derecho a la educación²⁹⁹, como derecho a recibir educación en el sistema educativo³⁰⁰, al tiempo de constituir una de las libertades de la enseñanza (de los padres) y vincularse con la libertad de creación de centros. Como derecho de libertad, este derecho supone el derecho de los padres, o en su caso al alumno a poder elegir, si recibir formación religiosa o no, y en el caso afirmativo, qué religión³⁰¹. La enseñanza religiosa apologética (no si es informativa) es voluntaria, incluso aunque se esté en un centro con ideario religioso³⁰². Eso sí, la aceptación por el estudiante (y sus padres) del ideario,

294. MEC, 2008: 543.387 alumnos. En Enseñanzas de Carácter Formal son 366.670 los matriculados (69,7 %), la mayoría en Enseñanzas iniciales, Educación Básica y Educación Secundaria para Personas Adultas.

295. Ver GOERLICH, 2007.

296. Como un derecho autónomo EMBID IRUJO (1981, pp. 670-674) y DÍAZ REVORIO (2002a, p. 42); como derecho de prestación en el ámbito del derecho a la educación, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, 1979, pp. 248-249. En el ámbito de la libertad de enseñanza, ROLLNERT, 1998, p. 68. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 121 y ss.) como derecho de contenido mixto que integra facultades propias de un derecho de libertad, que para él son las esenciales, y otras prestacionales, medio para lograr que la capacidad de elección sea real y efectiva para todos, un auténtico derecho de prestación que no hace necesaria la interposición legislativa.

297. Frente a esta posición, en sus diversos trabajos, ALÁEZ.

298. Así, en STC 38/2007, cuestión LOGSE-Acuerdo Santa Sede, profesores de religión, FJ 5.

299. *Idem*.

300. Así, puesto que se podría lograr tal enseñanza fuera del sistema educativo, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 126.

301. EMBID IRUJO, 1982.

302. Afirman la voluntariedad estricta, DÍAZ REVORIO (2002a, p. 103) y DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 131). TRONCOSO REIGADA (1996, p. 256) considera que la asunción de ideario sí que impone esta asignatura (citamos por los anteriores autores).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sí implica la renuncia a recibir la asignatura o enseñanza de otra religión³⁰³. Asimismo, implica que se pueda recibir una auténtica formación religiosa, apologética, no una simple información del fenómeno religioso³⁰⁴. Siempre, claro está, con respeto del objeto de la educación (art. 27.2 CE)³⁰⁵. Por cuanto al alcance de la dimensión prestacional se duda con razón que se trate de un «auténtico derecho de prestación»³⁰⁶. No supone el derecho de recibir la enseñanza de cualquier religión en cualquier centro. La obligación es la de la inserción de la enseñanza religiosa –no necesariamente como asignatura³⁰⁷–, con medios, personal, y organización, en los centros docentes que prestan el servicio educativo. A partir de ahí, las opciones son, a nuestro juicio, muchas³⁰⁸. Asimismo, este derecho «impone» la existencia de una oferta adecuada a las demandas de la sociedad, de acuerdo con los recursos existentes³⁰⁹. El incumplimiento por los poderes públicos de este mandato constitucional podría llegar a ser jurídicamente constatable, pero muy difícilmente exigible como derecho subjetivo³¹⁰. En todo caso, el mandato no alcanza a la enseñanza superior y universitaria³¹¹.

303. El Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asunto Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 impone la asignatura «en todo centro educativo», pero ello debe interpretarse conforme a la Constitución, que haría no viable la imposición de una asignatura contraria al ideario religioso –si lo hay– del centro educativo, aun concertado. En la doctrina se señala que el deber de impartir la enseñanza es sólo para los financiados públicos, no para los privados. Así, TRONCOSO REIGADA (1996, p. 255), citado por DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, pp. 130-131.

304. FERNÁNDEZ-MIRANDA, 1988, p. 123.

305. En este sentido, p. ej., ROLLNERT, 1998, p. 71.

306. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 124.

307. GARRIDO FALLA (1980, p. 551); FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, 123); DÍAZ REVORIO (2002a, pp. 100-101) y DOMÍNGUEZ-BERRUETA Y SENDÍN (2005, p. 123). Asimismo las SSTs de 31 enero de 1997 (RJ 1997, 597) y 26 enero 1998 (RJ 1998, 919) afirman del art. 27.3 CE que «[da] lugar a una prestación garantizada por los poderes públicos».

308. Que esta enseñanza quede o no integrada en los planes de estudio, que si se integra en los planes de estudio se considere fundamental o no, evaluable o no, evaluable como las demás asignaturas o no. En razón de estas decisiones y como se concretase, podría variar que su calificación computase para el acceso a estudios y a becas o no, que tenga una asignatura alternativa o no, que la alternativa sea evaluable o no, que la alternativa sea sobre el fenómeno religioso o no, de contenidos éticos o morales o no. Los tribunales afirman que la actividad o asignatura alternativa no puede reforzar el conocimiento de las asignaturas evaluables: SSTs de 9 de junio de 1994 (5151/1994), FJ 7, y 17 marzo de 1994 (RJ 1994, 2444), FF JJ 9 y 10.

309. *Ibidem*, p. 128, FERNÁNDEZ MIRANDA (1988, pp. 123-124) y DÍAZ REVORIO (2002a, pp. 103-104).

310. El Tribunal Constitucional no afirma la obligación de crear la asignatura, sino que es una posibilidad no contraria a la neutralidad (FJ 9, STC 5/1981, recurso LOECE).

311. Se coincide con MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ (1979, pp. 250-252) y DÍAZ REVORIO (2002a, pp. 100-101).

En la actualidad, en el caso de la enseñanza católica el mandato constitucional se articula como la obligación de instituir «en todos los centros de educación» una «disciplina» o asignatura de religión católica «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales», que, como no podía ser de otro modo, «no tendrá carácter obligatorio para los alumnos» y «no suponga discriminación alguna en la actividad escolar»³¹². Estas opciones se siguen en la legislación educativa (DA 2ª LOE) con carácter general, siendo en el desarrollo reglamentario donde se fijan las opciones³¹³ para la educación infantil, primaria, ESO y Bachillerato. En la ESO existe también la asignatura «Historia y cultura de las religiones». La idoneidad del profesorado de las asignaturas religiosas la determinan las respectivas autoridades³¹⁴.

3.3. ASEQUIBILIDAD

3.3.1. La garantía de presupuestos suficientes

El artículo 2 PIDESC obliga a los Estados a la plena efectividad de los derechos «hasta el máximo de los recursos de que disponga», lo que se traduce en una obligación de prioridad de gasto y, cuanto menos, una justificación evidente para reducir el gasto público respecto de cada derecho³¹⁵. La máxima fundamentalidad del derecho a la educación condiciona más, si cabe, las políticas presupuestarias. En algunos países incluso existen mandatos constitucionales fiscalizables jurisdiccionalmente³¹⁶ y en instancias internacionales se ha afirmado la lesión del derecho a la educación por dar prioridad al gasto militar y llevar al cobro de matrícula en la enseñanza obligatoria³¹⁷. La Federación Iberoamericana de Ombudsmen a los Estados

312. Así en razón del art. 2 del polémico y vigente Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asunto Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979.

313. Hasta hace poco la regulación de desarrollo la constituía el RD 2438/1994, por el que se regula la enseñanza de la religión, aprobado a raíz de la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo del decreto anterior. En la actualidad, la regulación se da en las DD AA del RD 1630/2006 para la Educación Infantil (DA Única), del RD 1513/2006, Primaria (DA Única), del RD 1631/2006 para la ESO (DA 2) y del RD 1467/2007 para Bachillerato (DA 2).

314. STC 38/2007 cuestión LOGSE-Acuerdo Santa Sede, profesores de religión, FJ 9.

315. Al respecto, ver NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.); Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Principios de Limburgo 25 a 28 y OG 3, aps. 10, 11 y 12.

316. La Constitución de Filipinas obliga al Gobierno a atribuir la prioridad presupuestaria más alta a la educación. En una ocasión, el Tribunal Supremo (*Guingona, Jr. c. Carague*, GR N 94571, 22 de abril de 1991) concluyó que la educación había sido la prioridad presupuestaria más alta.

317. NACIONES UNIDAS—TOMÁSEVSKI, 2004b, n° 5.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

recomienda: «Establecer normativa y materialmente un sistema sostenible de financiación del sistema educativo, con garantías de estabilidad y permanencia, fundado preferentemente en los presupuestos generales del Estado y que resulte adecuado al cumplimiento del mandato, contenido en los artículos 2.1 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de mejora progresiva del nivel educativo existente en el país. Presentar las distintas partidas del gasto educativo de forma clara y sistemática, incluyendo datos desagregados por centro educativo, para facilitar su conocimiento y control público y su utilización en las tablas comparativas internacionales. Establecer mecanismos eficientes de supervisión del gasto educativo, incluyendo auditorías externas y sanciones eficaces para los supuestos de desviación del gasto». «Incrementar con urgencia la inversión pública en educación hasta alcanzar, de acuerdo con la UNESCO y el Relator de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, al menos el 6 % del Producto Interior Bruto»³¹⁸.

El artículo 155 LOE dispone de forma programática que «Los poderes públicos dotarán al conjunto del sistema educativo de los recursos económicos necesarios» buscándose la «equiparación progresiva a la media de los países de la Unión Europea». Frente a esta afirmación programática de escasa exigibilidad jurídica, las cantidades absolutas del gasto público y de las familias en educación aumentan, decrecen con relación al total del PIB (4,35 % en 2007)³¹⁹, siendo sensiblemente inferior a la media de la Unión Europea³²⁰. El gasto público se dedica prácticamente un tercio en educación Infantil, Primaria y Especial (32,9 %), casi otro tercio en ESO, Bachillerato y FP (30,6 %) y una quinta parte en Educación universitaria (19,6 %). Un 3,1 % se dedica a becas³²¹.

En España, obviamente, la educación básica obligatoria y gratuita obliga a una reserva presupuestaria³²², obligación que se difumina algo más respecto de las enseñanzas no obligatorias, pese a la obligatoria implantación progresiva de su gratuidad (arts. 2 y 13.2 PIDES). En la LOE se expresan genéricas obligaciones presupuestarias³²³. Los tribunales en ocasiones parecen condicionar la «gratuidad» de la enseñanza a la disponibilidad presu-

318. Recomendaciones a los Estados, en Fio, 2009, p. 730.

319. MEC (2008) y MEC (2004 y ss.), año 2008.

320. En 2004, Unión Europea 5,09 % del PID, España 4,25 %. *Ibidem*.

321. El resto se dedica a educación de régimen especial (3,2 %), formación ocupacional inicial (4 %) y Administración y otras actividades, un 6,6 %. *Ibidem*.

322. CASTILLO CÓRDOVA (2006, p. 246) señala que el art. 27.4 CE implica que no hay una dependencia de la existencia de recursos presupuestarios.

323. Ver art. 109.3 LOE. Respecto de los centros privados, arts. 49.1 y 117 LOE. Respecto de las becas y ayudas al estudio, art. 83.2 LOE. Finalmente, la DA 22, sobre educación infantil.

puestaria y, con mención de la gradualidad³²⁴, no se obliga a la Administración a hacer una reserva presupuestaria³²⁵. Pero se trata de casos sobre las subvenciones a los centros a través de los conciertos educativos, que sí están condicionados a las limitaciones presupuestarias³²⁶; por lo que procede el establecimiento de criterios y preferencias para la concesión³²⁷. Ahora bien, una vez cumplidos los requisitos legales del acceso a la subvención, la falta de disponibilidad presupuestaria no puede ser una barrera³²⁸. Y, con especial interés, en los últimos años se ha pasado a exigir que la Administración pruebe que no cuenta con fondos suficientes, sin que sea suficiente una mera alegación de restricciones presupuestarias³²⁹. La severa constricción de recursos y liquidez del Estado y, en especial, de las Comunidades Autónomas ha llevado a la falta de obligadas transferencias económicas tanto a los centros públicos cuanto a centros concertados. Así ha sucedido, cuanto menos, desde septiembre de 2011 a enero de 2012 en cuatro Comunidades. La falta de obligadas transferencias a centros concertados implica una lesión de naturaleza constitucional respecto de los centros. La carencia presupuestaria no sería barrera al reconocimiento de esta lesión. Ya desde la perspectiva de los educandos, la lesión de su derecho fundamental a la educación se dará en razón de las concretas consecuencias efectivas que implique la falta de dichas transferencias. Habrá que estar al caso concreto, puesto que como ya se ha afirmado no toda regresión implica por sí una lesión de naturaleza *iusfundamental*.

3.3.2. La programación de la enseñanza y la creación de centros docentes

La programación de la enseñanza (art. 25.5 CE) es una modalidad de planificación³³⁰, un instrumento necesario para la satisfacción del derecho a la educación³³¹. Supone definir las necesidades prioritarias, objetivos de actuación y asignación de recursos, «de acuerdo con la planificación económica general del Estado» (art. 27 LODE), armonizando la oferta de plazas con la demanda (arts. 109 LOE y 43 LOU). En tanto mandato, obviamente

324. STS de 2 julio de 1992 (RJ 1992, 6478), FJ 1.

325. STS de 21 febrero de 1990 (RJ 1990, 1280), FJ 2.

326. Constante jurisprudencial, entre otras, STS de 28 abril de 1987 (RJ 1987, 3165), FJ 4.

327. STS de 3 julio de 1987 (RJ 1987, 5199), FJ 2.

328. STS de 22 abril de 1987 (RJ 1987, 2995), FJ 3.

329. En la línea de exigencia de motivación en materia de conciertos, STS de 8 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 13993).

330. Se entiende la programación como previsión de necesidades y diseño de medidas para su satisfacción: DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 53. Esta misma concepción instrumental, en EMBID IRUJO (1982, p. 269) y FERNÁNDEZ SEGADO (1992, p. 366).

331. STS de 26 abril de 1990 (RJ 1990, 3566), FJ 3.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ha de existir una actividad de programación, con efectiva participación de los interesados. Desde la perspectiva del derecho a la educación, tiene singular relevancia la fijación del número máximo de alumnos a admitir o ratio. Al respecto, los tribunales conceden un importante margen de discrecionalidad a los poderes públicos tanto frente al margen de maniobra de fijación por los centros concertados³³² cuanto frente a los padres y madres que requieren que se amplíe dicha ratio para lograr el acceso del menor en el centro deseado³³³.

El mandato de creación de centros docentes por los poderes públicos (art. 27.5 CE) es una garantía más del derecho a la educación y la creación no está sometida al principio de subsidiariedad, esto es, no sólo procede la creación ante la falta de iniciativa o suficiencia privada³³⁴. En principio, es una obligación de Derecho objetivo³³⁵ que, sin embargo, no genera derecho subjetivo alguno, como han insistido los tribunales³³⁶. Sin embargo, consideramos que bajo criterios de razonabilidad³³⁷ y del caso concreto los datos de la realidad (población, número de centros, distancias y comunicaciones, etc.)

332. La conflictividad jurídica se ha dado por cuanto al margen de maniobra de los centros concertados en la determinación de plazas frente a la Administración. Interesa la STS de 30 de junio de 2008.

333. La STS de 8 marzo 2002 (RJ 2002, 1881) condensa doctrina jurisprudencial. En muchas ocasiones los tribunales ratifican la decisión administrativa de no ampliar la ratio en colegios concertados, que son los más solicitados. La STSJ Andalucía, de 7 julio de 2003 (JUR 2003, 241185) y la de 2 junio legitiman la actuación de la Administración en la ubicación de alumnos en diversos centros en lugar de crear una nueva aula a favor de la discrecionalidad administrativa.

334. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 55-56) consideran ya superada la antigua polémica sobre si la creación de centros docentes se somete al principio de subsidiariedad.

335. Se afirma la obligación de creación de centros en el voto particular de Díez PICAZO a la STC 5/1981.

336. La «Administración no tiene la obligación constitucional de instalar un centro de estudios, con las características que a cada ciudadano convenga, a determinada distancia del domicilio de todos y cada uno de los ciudadanos» (STS de 16 mayo de 1990 [RJ 1990, 4114], FJ 2, con referencia a las SSTs de 14 de septiembre de 1987 [RJ 1987, 6002] y 30 de enero de 1988 [RJ 1988, 379]). El mismo Tribunal Constitucional ha dejado claro que los recursos públicos de la educación «no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 4). También ha afirmado que «la ubicación de los Centros docentes resultará siempre más cómoda y conveniente para unas familias que para otras». Un «derecho a la equidistancia de los Centros públicos respecto de la residencia de los alumnos carece, acaso por imposible, de reconocimiento alguno» (STC 195/1989, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana, FJ 4).

337. Se coincide con DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 46. En sentido similar, BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 44) y FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 173).

podrían llevar a determinar la vulneración del derecho a la educación por la no creación de centros docentes suficientes para dar respuesta a la demanda objetiva. Sin perjuicio de esta posibilidad, estimamos que la potencialidad de las nuevas tecnologías en la prestación del servicio educativo podría incluso atemperar la necesidad de creación de centros para no vulnerar constitucionalmente el derecho a la educación. Cabe señalar que la legislación determina los órganos con competencia para la creación de centros (art. 17.1 y DA 2.1 LODE; para universidades, arts. 4 y 5 LOU).

3.3.3. La financiación de la enseñanza privada

Los sujetos privados pueden prestar el servicio público educativo como una forma de titularidad o gestión³³⁸, quedando sometidos al régimen de la prestación del servicio público³³⁹. Internacionalmente no hay obligación jurídica de subvención a centros privados, pero de darse un régimen de subvenciones, no puede producirse discriminación³⁴⁰. Y el TEDH ha dejado claro que el CEDH no exige la subvención de la enseñanza privada y deja intacta la libertad de los Estados a subvencionar las escuelas privadas o de abstenerse de hacerlo³⁴¹. En cambio, en España pesa un mandato constitucional de ayudar a los centros docentes (27.9 CE)³⁴², que para el Tribunal Constitucional ni es retórico ni impone el deber automático de ayudar ni a todos los centros, ni totalmente, sino que queda supeditado a los recursos disponibles y la ley³⁴³. El TC considera que se trata de un derecho de configuración legal, que si bien depende de la discrecionalidad del legislador, éste queda limitado, en especial por el principio de no discriminación³⁴⁴. La conformación normativa de este mandato constitucional es también una garantía, al someter el sistema de financiación a las condiciones objetivas de la normas³⁴⁵. La remisión de la Constitución lo es a la ley y al desarrollo reglamentario³⁴⁶. Debe señalarse que este derecho legal al concierto educativo queda desvinculado del derecho de acceso a la educación básica y gra-

338. STS de 22 diciembre de 2003 (RJ 2003, 9151). Sobre el tema, destacan los trabajos de DÍAZ LEMA, 1994, 1995 y 2006.

339. Ver SSTs de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2447) y 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9031).

340. Así se expresa en OG 13, ap. 54.

341. STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968.

342. El art. 27.9 CE dispone que «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca».

343. Ver STC 77/1985, recurso LODE, FJ 11 y 28.

344. STC 86/1985, FJ 3.

345. SSTs de 24 de enero de 1985 (RJ 1985, 250), 7 de junio de 1986 (RJ 1986, 3362), 22 de abril de 1987 (RJ 1987, 2995) y 18 octubre de 1990 (RJ 1990, 7968).

346. STS de 9 diciembre de 1998 (RJ 1998, 10256), FJ 2.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tuita, puesto que se puede hacer efectivo con el acceso a cualquier centro y no en uno determinado³⁴⁷. Ello no obstante, diversas sentencias vinculan la denegación de un concierto afecta a «los apartados uno, cuatro, seis y nueve del artículo 27 CE³⁴⁸, a la libertad de creación de centros³⁴⁹ o al principio de igualdad³⁵⁰». En otros casos, se ha derivado un especial deber de motivación cuyo desconocimiento supone la vulneración del derecho a la educación³⁵¹.

Y por cuanto a la financiación de la enseñanza privada a través de bonos, ayudas y cheques escolares, cabe recordar que el Presidente de EE UU Bush (Sr.) introdujo la fórmula de los bonos o cheques escolares, bajo la idea de permitir elegir escuela en un marco de competencia con otras, públicas o privadas³⁵². Se trata, pues, de un instrumento de financiación y potenciación de la enseñanza privada. El primer sistema de bono (Puerto Rico, 1993) fue declarado inconstitucional sobre la base de la separación de la Iglesia y el Estado, pese a que no estaba configurado en clave religiosa³⁵³. Sin perjuicio de ello, el sistema se ha consolidado en muchos lugares. En España no hay determinación ni prohibición constitucional al respecto, por lo cual, *a priori* son posibles. El Defensor del Pueblo, indirectamente ha preferido las subvenciones hacia centros públicos³⁵⁴, si bien también ha considerado discriminatoria la exclusión a los privados no concertados de ayudas a libros en el marco de enseñanzas obligatorias³⁵⁵. El Tribunal Supremo también consideró discriminatoria una ayuda a los alumnos de educación preescolar con preferencia de centros públicos o concertados frente a los privados³⁵⁶.

347. STC 1985/1986, FJ 4. Con mayor claridad si cabe, SSTS de 28 abril de 1987 (RJ 1987, 3165), FJ 4, y 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8177), recordada en la STS de 22 diciembre de 2003 (RJ 2003, 9151), FJ 6.

348. STS de 25 junio de 1988 (RJ 1988, 4728).

349. Se vinculan los aps. 6 y 9, por cuanto «la libertad de creación de centros docentes difícilmente podría ser real y efectiva, en unos niveles educativos en que la enseñanza es obligatoria y gratuita, desconectada de un régimen de ayuda pública» (STS de 28 junio de 1990 [RJ 1990, 5173], FJ 2). En el mismo sentido, la STS de 27 noviembre de 1995 (RJ 1995, 8820).

350. Ver SSTS de 24 mayo de 1990 (RJ 1990, 5432), FJ 1, y de 12 mayo de 2003 (RJ 2003, 4735), FJ 2.

351. Así, las SSTS de 27 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 5682), 1 febrero de 2005 (RJ 2005, 1011) y 21 mayo de 2007 (RJ 2007, 5863). Como se ha señalado anteriormente, la falta de pago efectivo del concierto ya reconocido (por la carencia misma de recursos) implica una lesión del art. 27.9 CE.

352. TOMÁSEVSKI, 2003, pp. 11-12.

353. *Idem*.

354. Respecto de los cheques escolares en centros privados en el primer ciclo de la educación infantil: DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, p. 368.

355. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 638-642 (refs. 05021364, de 2005, y 07027271 y 07027437, de 2007).

356. Así, STS de 9 marzo de 1987 (RJ 1987, 1913), FJ 4, siguiendo la STS de 4 de octubre de 1984.

3.3.4. La dotación de infraestructuras y medios y la facilitación del transporte, libros y medios informáticos

Como se concretará, en principio la gratuidad de la enseñanza (básica) sólo alcanza a las tasas académicas³⁵⁷. Sin embargo, la negación de algunos medios y prestaciones adicionales (como instalaciones o transporte) puede hacer ilusorio hablar de derecho a la educación³⁵⁸. Si el derecho fundamental no puede ser ejercitado sin dichos medios, la obligatoria prestación de éstos pasa a integrarse en el contenido subjetivo del derecho fundamental³⁵⁹. Se tratará de un juicio asequible jurídicamente como se verá en el apartado de restricciones al derecho. Ahora bien, a los padres corresponde también «proporcionar, en la medida de sus disponibilidades, los recursos y las condiciones necesarias para el progreso escolar» [art. 4.2.b) LOE]. En esta línea, Tribunales de otros países han afirmado que «El Estado sufraga la parte esencial de estos gastos; ahora bien, no tiene la obligación de soportarlos todos»³⁶⁰.

Los tribunales han recordado que la dificultad derivada de la distancia del domicilio no es una discriminación, puesto que la Administración «no tiene la obligación constitucional de instalar un Centro de estudios, con las características que a cada ciudadano convenga, a determinada distancia del domicilio de todos y cada uno de los ciudadanos»³⁶¹. En esta línea, la LOE reconoce la gratuidad de servicios adicionales de transporte e incluso comedor e internado cuando el puesto asignado no esté en el municipio o zona de escolarización (arts. 81.3 y 82.2 LOE). Sólo en estas situaciones se trata de una obligación que se integra en la gratuidad de la educación obligatoria, dentro del derecho subjetivo a la educación. En los demás casos la facilitación de transporte y medios en la educación es un mandato de fomento, especialmente para evitar la discriminación (art. 110.2 LOE y RD 299/1996).

La dotación de medios materiales y humanos es imprescindible para la efectividad del derecho a la educación con una calidad adecuada que permita la igualdad de oportunidades. Es una obligación objetiva que se pro-

357. Por ello, en principio, no se extiende a otros posibles gastos que genere la educación. Así, DÍAZ REVORIO (2002a, p. 59) y SATRÚSTEGUI o DE ESTABAN y GONZÁLEZ TREVIJANO, citados en DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 47.

358. FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 178); DÍAZ REVORIO (2002a, p. 59); DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47) y ALÁEZ CORRAL (2003a, p. 101).

359. ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 134.

360. Tribunal Constitucional de la República Checa, sentencia US 25/94 del 13 de junio de 1995, citada por TOMÁSEVSKI, 2003, p. 11.

361. STS de 16 mayo de 1990 (RJ 1990, 4114), FJ 2, con referencia a SSTS de 14 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6002) y de 30 de enero de 1988 (RJ 1988, 379).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

yecta en la LOE³⁶², concretándose de forma precisa en la normativa reglamentaria tanto para la enseñanza universitaria³⁶³ cuanto no universitaria³⁶⁴.

Por cuanto a la subvención o prestación de los libros de texto, son las Comunidades Autónomas quienes por diversas fórmulas han asumido un papel subvencional³⁶⁵, colaborando también algunos ayuntamientos³⁶⁶. Recientemente, la gratuidad de los libros de texto se ha reconocido como derecho subjetivo³⁶⁷ en el Estatuto de autonomía de Andalucía (art. 21.5). Respecto de los medios vinculados a las nuevas tecnologías, la legislación se señala la necesidad de formación del profesorado en TICs (arts. 102.3 y 157 LOE) y de dotación de medios de los centros (art. 112.2 LOE). El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar que «no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo»³⁶⁸. No obstante, resulta prematuro considerar que ello implica como integrante del derecho a la educación una obligación de disponer de acceso a las TICs en el centro exigible de modo concreto. Nos encontramos, pues, ante ámbitos idóneos para la regulación de contenidos adicionales del derecho a la educación, más allá de lo exigible constitucionalmente. Desde 2011 diversas CCAA anuncian el fin de sus programas de gratuidad de los libros y en muchos casos los libreros han tenido que asumir el coste de dichos programas ante el impago. Ello, sin perjuicio de la ilegalidad, en principio no supone lesión del derecho fundamental a la educación.

Por concretos daños o carencias de medios o infraestructuras exigibles, cabrán las correspondientes reclamaciones por inactividad o responsabilidad a la Administración y ulteriormente a la vía judicial, que luego se analizan. Sin embargo, sólo ante circunstancias concretas estas situaciones constituyen

362. Así, la LOE exige dotar de medios a los centros con medios materiales, humanos, incorporando tecnologías, programas de refuerzo, etc. (arts. 112, 122.1 y 157 LOE), siempre según las necesidades de los escolarizados (art. 122.2 LOE) y mayor intensidad cuando concurren necesidades educativas especiales (arts. 71 y ss. en particular, art. 72 LOE). También se regula por ley las exigencias de bibliotecas, condiciones e infraestructuras o número máximo de alumnos por aula (25 en primaria, 30 en secundaria, arts. 113 y 157 LOE).

363. RD 557/1991, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios. Esta norma no es básica en razón de la STC 131/1996.

364. RD 1537/2003, de requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas escolares de régimen general.

365. Este papel subvencional se da bajo métodos que van desde el cheque para libros por importes tasados al sistema de préstamo por el curso escolar gestionado por el docente entre los alumnos o los sistemas de becas bajo requisitos preferenciales.

366. Ver, CEAPA, 2008.

367. Con permiso de la STC 247/2007, recurso Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, FJ 15.

368. STC 140/2002, FJ 5.

vulneraciones del derecho subjetivo a la educación³⁶⁹. Ande la dificultad judicial de reaccionar ante estas carencias, son objeto típico de reclamaciones ante el Defensor del Pueblo³⁷⁰, bastante habituales en el ámbito de la educación infantil³⁷¹.

3.4. ACCESIBILIDAD

Con accesibilidad se hace referencia a la gratuidad, accesibilidad económica, material y geográfica a las instituciones educativas, implicando a su vez que el acceso a la educación sea efectivamente asequible al titular del derecho y, en los más de los casos, a sus familias³⁷². En el apartado dedicado a los titulares del derecho a la educación hay una particular atención del acceso a la educación por determinados colectivos tradicionalmente discriminados por razón de sexo, origen y discapacidad.

3.4.1. El derecho de elección o de preferencia de centro en su dimensión prestacional

Aunque no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, el derecho a la elección de centro educativo se considera como fundamental por el Tribunal Constitucional³⁷³, el Tribunal Supremo³⁷⁴ y la doctrina³⁷⁵, quedando especialmente vinculado con el derecho a elegir formación moral y religiosa³⁷⁶. A este reconocimiento puede coadyuvar la normativa internacional³⁷⁷. También, este derecho ha sido reconocido por ley [art. 4.1.b) LODE; art. 2 RD 366/1997].

369. Se ha dicho que se lesiona el derecho subjetivo si la gran distancia hace ilusoria la educación: DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 47. En sentido similar, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 178) y DÍAZ REVORIO (2002a, p. 59).

370. Las más importantes son relativas al estado de conservación y mantenimiento o a la carencia de determinadas instalaciones o de medidas de seguridad preceptivas: DEFENSOR DEL PUEBLO, 2007, p. 366.

371. Resultan también habituales las quejas relativas a las instalaciones destinadas a la escolarización de alumnos de educación infantil: DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, p. 572.

372. OG 13, ap. 50.

373. Se reconoce desde la STC 77/1985 (FJ 5) y en el ATC 382/1996, FJ 4.

374. Prontamente en STS de 8 julio de 1986 (RJ 1986, 4229), FJ 2.

375. Esta naturaleza constitucional la afirman FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, p. 205. DÍAZ REVORIO (2002a, p. 42) lo considera implícito. *Vid.* asimismo, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, pp. 107-108.

376. ATC 382/1996, FJ 4, reiterado en ATC 333/1997, FJ 4, con fundamentación no muy acertada.

377. Derechos de escoger educación (art. 26.3 DUDH), de escoger escuelas distintas de las públicas (art. 13.3 PIDESC). Este apoyo en la normativa internacional lo expresa la STS de 23 marzo de 1993 (RJ 1993, 4962), FJ 2.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Para determinar su alcance debe partirse de dos premisas constitucionales. De un lado, la escolarización garantizada no lo es en «cualesquiera Centros privados [...] donde vayan las preferencias individuales»³⁷⁸. Pero, del otro lado, la Constitución no ampararía un sistema de destinos forzoso sin haber tenido en cuenta las preferencias mostradas por los interesados³⁷⁹. Así pues, el derecho lo es a que en el proceso de escolarización se pueda mostrar la preferencia por un centro y que el sistema esté configurado de modo que se tenga en cuenta la opción realizada³⁸⁰. Y nada más. La plaza finalmente atribuida puede no corresponderse siquiera con las preferencias mostradas³⁸¹. Tampoco hay derecho a que en toda área educativa «exista una alternativa de elección entre Centros Públicos y Privados»³⁸², ni un derecho constitucional a elegir centros en los que se eduque en lengua determinada³⁸³. Tampoco existe «acaso por imposible» un «derecho a la igual distancia física de todos los centros públicos respecto de los lugares de residencia de los alumnos»³⁸⁴. Por ello, no constituye discriminación que el resultado del proceso selectivo haga que el centro escolar resulte más cercano a casa a unos que a otros³⁸⁵.

Así, pese a que para los padres y madres la elección de centro es fundamental, este derecho es de escaso alcance y utilidad. Como tampoco la tiene el principio constitucional objetivo de financiar la enseñanza privada para ajustarse a la demanda existente en la sociedad³⁸⁶. De existir, no sería más que un mero principio configurador sin posibilidad de exigencia por los sujetos ni fiscalización jurídica posible. Fundamentadas en hacer realidad derecho a elegir centro el TSJ de Andalucía ha dictado algunas sentencias díscolas con la doctrina del Tribunal Supremo y obligan a la Administración a la ampliación del ratio (números máximos de alumnos por unidad) y con ello, a la admisión en el centro concertado solicitado por los padres³⁸⁷. Más

378. STC 86/1985, FJ 4.

379. STC 77/1985, FJ 5.

380. Se coincide plenamente con DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, pp. 110 y ss. También GALLEGU ANABITARTE (1994, p. 95) y DÍAZ REVORIO (2002a, p. 102).

381. STC 77/1985, FJ 5.

382. STS de 22 diciembre de 2003 (RJ 2003, 9151), FJ 6.

383. «Sólo existe en consecuencia en la medida en que haya sido otorgado por la Ley»: STC 195/1989, FJ 3.

384. *Ibidem*, FJ 4.

385. *Idem*.

386. FERNÁNDEZ-MIRANDA, 1988, p. 102.

387. Doctrina clara del Tribunal Supremo: por todas (STS de 8 marzo de 2002 [RJ 2002, 1881] FJ 5). Se separan del criterio las SSTSJ de Andalucía de 13 de octubre de 2007 y de mayo de 2008 (referencia periodística), al parecer procedentes de los magistrados que resolvieron en contra de la asignatura «Educación para la ciudadanía».

allá de las cuestiones que laten, como la preferencia por los sistemas concertados de enseñanza, el habitual y real interés de los padres en estos centros y en huir de algunos centros públicos y de las dudas sociales de la correcta aplicación de las reglas de admisión por los centros, constitucionalmente no compartimos estas sentencias discrepantes del TS. Y es que nos encontramos ante un dudoso y cuanto menos débil derecho fundamental a elegir centro y, además, se trata de supuestos en los que no está en juego el derecho a recibir una educación por los interesados al tener asegurada plaza en otros centros, pero no de su elección. Finalmente, dentro de este derecho a elegir también se encuadra la libertad de renunciar a la prestación educativa pública (a través de centros públicos o concertados) y acudir a la enseñanza privada, asumiendo obviamente la carga que ello implique. No se puede forzar a escolarizar en centros sostenidos con fondos públicos.

3.4.2. El derecho de acceso, procesos de admisión y requisitos de acceso en estudios obligatorios y postobligatorios

Aunque esté asegurada la escolarización, ante la limitación de plazas en los centros, el procedimiento de admisión resulta crucial. De hecho, se trata de una materia harto sensible en la sociedad. Desgraciadamente, para lograr la ansiada admisión, por lo general, en un centro privado concertado ha sido práctica habitual la alteración o manipulación de los datos que se valoran para la atribución de plazas. Pues bien, la Constitución ampara una discrecionalidad normativa muy importante en la conformación jurídica y la elección de unos u otros sistemas de admisión y preferencias. Y ello sin perjuicio de que la regulación del acceso y admisión no sólo es capital para el derecho a la educación, sino que sirve, a su vez, para hacer efectivos otros derechos y principios constitucionales³⁸⁸. Algunos autores como ATRIA centran toda su obra en esta materia, si bien la Constitución da cobertura a no pocos criterios y mecanismos de admisión³⁸⁹. La legislación estatal determina los elementos básicos de la admisión y la regulación autonómica los concreta. Constitucionalmente la garantía se centra en la razonabilidad de los sistemas y criterios elegidos, la objetividad que supone su establecimiento y, sobre todo, su aplicación. Subraya el Tribunal Constitucional que el mismo sistema de admisión organizado jurídicamente bajo criterios objetivos es una garantía de la elección de centro (y del derecho a la educación mismo), al evitar una selección

388. ALÁEZ CORRAL, 2006, p. 13.

389. La obra de ATRIA es de una profundidad e interés incuestionable, ahora bien, no se comparte que la opción de los sistemas y criterios de asignación de centros sostenidos (con total fundamentación) por el autor sean exigibles constitucionalmente. Se trata de criterios de oportunidad, no de exigencias constitucionales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

arbitraria por parte de los Centros públicos y concertados³⁹⁰. Por su parte, el TEDH afirma que «cuando la legislación establece condiciones para la admisión [...] y un candidato satisface esas condiciones, tiene el derecho a ser admitido», vulnerándose si no el derecho a la educación³⁹¹. También señala que la vulneración arbitraria y discrecional de la normativa puede «dañar la misma sustancia del derecho a la educación»³⁹².

El sistema educativo se conforma básicamente según la edad del educando para su progresión y acceso a las diferentes enseñanzas³⁹³, así lo han admitido los tribunales³⁹⁴. Además de la edad, se exigen toda una serie de requisitos académicos³⁹⁵ que se deben tener al momento de acceso y mantenerse para continuar los estudios. La LOE regula los elementos básicos de los procedimientos de admisión³⁹⁶, como los criterios de prioridad para atribuir plazas para las enseñanzas obligatorias y las no obligatorias (arts. 84 y 85 LOE), bases organizativas y garantías (art. 86), también el equilibrio de alumnos con necesidades especiales en los diversos centros (art. 87). Sobre estas bases, las autonomías determinan los criterios y puntuaciones de admisión, al tiempo de configurar el sistema y garantías de su aplicación³⁹⁷. El tema es fuente de conflictos analizados por el Defensor del Pueblo³⁹⁸ y también por los tribunales³⁹⁹.

390. STC 77/1985, FJ 5.

391. STEDH *De Moor contra Bélgica*, de 23 junio 1994, ap. 43.

392. STEDH *Mürsel Eren*, de 7 febrero 2006 (aps. 46 y 48), con referencia a normativa de exámenes de acceso a la universidad.

393. Ya se vio la estructura del sistema educativo, si bien cabe añadir que se precisan 16 años para la Cualificación profesional inicial y mínimo 17 años para enseñanzas de grado medio (Formación profesional grado medio, artes plásticas y diseño) y 18 o 19 años para grado superior o estudios superiores. 14 años para idiomas y 18 para enseñanza para personas adultas. Para la universidad cabe el acceso especial a mayores de 25 años.

394. STS de 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 5951), FJ 5.

395. Por lo general se exige la ESO para Bachillerato, Formación profesional grado medio, artes plásticas y diseño grado medio y deportivas grado medio. El Bachillerato, además de una prueba, para universidad y enseñanza superior de música y de danza o arte dramático y deportivas grado superior.

396. Para FP, RD 1538/2006.

397. Como ejemplo, en la Comunidad Valenciana, Decreto 33/2007, de 30 de marzo y Orden de 27 de abril de 2007, de la Conselleria.

398. Así lo recuerda bajo la perspectiva de los últimos años el DEFENSOR DEL PUEBLO (*Informe 2008*, pp. 596-597). Especial atención han merecido cuestiones como la acreditación del trabajo de empleadas de hogar DEFENSOR DEL PUEBLO (2007, referencia 06018270, con continuidad en 2008, pp. 597 y ss.). Así como el problema que surge cuando han variado significativamente (a peor) las rentas familiares de un año a otro (2007, p. 743).

399. El Tribunal Supremo ha estimado como oportuno el criterio de la renta familiar pues lo contrario «sería tanto como favorecer el desvío, o al menos no controlar el destino a su finalidad, de los fondos públicos que el Estado» (STS de 10 noviembre

A nuestro juicio, la clave reside en quién lleva a cabo el procedimiento de admisión y bajo qué controles y garantías. Y en este punto, no debe desconocerse la motivada desconfianza social en el procedimiento de asignación de plazas, especialmente en los centros privados concertados⁴⁰⁰. Y ello a pesar de que el incumplimiento de las normas y procedimiento de admisión por el centro concertado es infracción muy grave que puede suponer la pérdida del concierto educativo (art. 62 LODE) y la subsistencia misma del centro. Pues bien, cabe señalar que «el titular de un centro concertado no tiene un derecho constitucionalmente reconocido [...] a la admisión de sus alumnos»⁴⁰¹. Es más, es posible incluso que la Administración sea la que lleve a cabo el proceso de admisión directamente⁴⁰². Quizá este sistema de gestión directa por la Administración sería el más garantista, dada la opacidad y práctica irrecurribilidad de hecho de los procesos de admisión de centros concertados⁴⁰³.

El derecho a la educación (y su dimensión prestacional) comporta el derecho de acceso a las enseñanzas secundarias no obligatorias, así como a

de 1987 [RJ 1987, 8116], FJ 7). Se ha considerado positivo obligar a los centros a determinar previa y objetivamente el punto que pueden otorgar para el acceso al centro. La STS de 19 enero de 2000 (RJ 2000, 368), FJ 3, subraya la necesaria transparencia al respecto. En alguna ocasión (y erróneamente a nuestro juicio) se ha admitido que el centro introdujese criterios de admisión no previstos por la norma: con relación a la edad, STS de 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 5951), FF JJ 3 y 5. De otra parte, los tribunales han considerado que no es posible variar la aplicación de los criterios regulados en razón de un convenio colectivo que excluía del sorteo de plazas a los hijos de los profesores (STSJ de Andalucía de 9 abril de 2001 [RJCA 2001, 629]), como tampoco son válidos los acuerdos entre colegios para la aplicación de las puntuaciones de continuidad o hermanos en el mismo centro (STSJ de Cataluña de 18 noviembre de 2001 [RJCA 2002, 488]).

400. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, p. 378.

401. Así en la STS de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87), seguida recientemente por la STS de 28 de mayo de 2007 (REC. 673/2005), FJ 7.

402. Así lo reconoce esta STS de 28 de mayo de 2007 (REC. 673/2005), con referencias a la STS de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87).

403. En general, no habría admisión de recurso frente a la inadmisión del alumno sin elementos fácticos mínimos. Se requerirían indicios de que se han aportado datos falsos por los padres de hijos sí admitidos o que el centro educativo –concertado– no ha aplicado bien los criterios. Para tener estos datos se requeriría, p. ej., que el centro educativo permitiese acceder a los datos de los niños sí admitidos, lo cual se deniega en razón de la legislación de protección de datos tanto por el centro educativo cuanto por la Administración autonómica competente, remitiendo a la justicia para ello. Pero sin indicios, los tribunales no admiten el recurso, produciéndose un círculo cerrado. Otra vía, más costosa es llevar a cabo una labor detectivesca para aportar datos que permitan sostener el caso y acceder al expediente completo. Ahora bien, además del coste económico y social de esta vía, su acometida probablemente supone diversas infracciones de la legislación de protección de datos, con cientos de miles de euros en sanciones posibles.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las enseñanzas universitarias. El acceso a la universidad aunque no generalizado, debe ser en condiciones de igualdad, méritos, con accesibilidad y tendente a la gratuidad⁴⁰⁴. El TEDH extiende el derecho de acceso a las instituciones universitarias existentes⁴⁰⁵ y el Tribunal Constitucional ha afirmado de modo tajante que el derecho a la educación «se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad»⁴⁰⁶. FREIXES pone el dedo en la llaga al subrayar la complejidad jurídica que supone reconocer el «derecho a la educación, con todo su componente prestacional, en el marco universitario, no concebido jurídicamente en la Constitución como de obligada extensión general a toda la ciudadanía»⁴⁰⁷. No hay un derecho ilimitado, independiente de las posibilidades reales de prestación⁴⁰⁸, sino, como afirma el Tribunal Constitucional alemán sobre otras bases (derecho de acceso a la profesión), hay un derecho a ser admitido en una universidad, un derecho a participar de las posibilidades educativas existentes, siempre que por ley se determinen los criterios justos que permitan un acceso real⁴⁰⁹. Estos criterios son aplicables también en España⁴¹⁰ y, en general y en nuestro país se cumplen⁴¹¹. Según nuestros tribunales, el derecho de acceso queda sometido a los límites objetivos determinados por las mismas autoridades en la configuración del servicio, disposición de medios financieros y de política educativa⁴¹² y a los sistemas de selección y admisión⁴¹³.

404. Art. 26 DUDH: «el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos». Art. 13.2.c) PIDESC: no debe ser «generalizada», sí accesible y tendente a la gratuidad. Art. 28 CDN, disponible «sobre la base de la capacidad» Al respecto, cabe destacar OG 13, ap. 19. En España, se afirma el derecho de acceso a la universidad por FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, p. 179.

405. SSTEDH *Hasan y Eylem Zengin*, de 6 de junio de 2006 (ap. 46) y *Mürsel Eren*, de 7 febrero de 2006 (ap. 46).

406. STC 236/2007, FJ 8.

407. FREIXES, 1998, p. 162.

408. STS de 17 mayo de 1999 (RJ 1999, 3989), FJ 6.

409. Sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 18 de julio de 1972 (*numerus clausus* en las Facultades de Medicina de Hamburgo y Munich), a partir de la libre elección de profesión del art. 12 de la Ley federal: caben restricciones por ley por limitación de capacidad, con selección y distribución con criterios justos, con oportunidad real para los aspirantes de acceder a la universidad. En aquel caso la Ley de Hamburgo, fue declarada inconstitucional por cuanto el legislador no determinó las restricciones y la forma y criterios de admisión.

410. En este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, pp. 181-183.

411. DÍAZ REVORIO, 2002a, pp. 65-66.

412. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 51.

413. Se admiten los condicionamientos físicos de capacidad y se admiten criterios de la Universidad basados en el mérito y capacidad como calificaciones medias: STS de 9 junio de 1986 (RJ 1986, 3368).

Sobre estas bases, el artículo 42 LOU regula el acceso a la universidad sobre la base del derecho de todos los españoles al estudio, «con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad» y con remisión al ordenamiento jurídico. Es de especial interés al respecto el RD 1742/2003 que aunque impone algunas condiciones, confiere a cada universidad un espacio importante de regulación de procedimientos y requisitos de admisión (art. 4). Esta desregulación y delegación cuenta a nuestro juicio con suficiente cobertura constitucional y legal, ya sobre la base de la autonomía universitaria, ya merced a la cobertura legal que brinda art. 42.3 LOU). Ahora bien, un modelo de regulación con menos cobertura a la regulación reglamentaria y, sobre todo, a las variantes universitarias, también sería constitucionalmente admisible. El artículo 44 LOU reserva al Gobierno la potestad para establecer límites máximos de admisión de estudiantes, es decir, límites máximos de plazas, por motivos de interés general o para poder cumplir exigencias derivadas de directivas comunitarias o de convenios internacionales. Estos límites máximos afectan a todas las universidades⁴¹⁴. Lo cierto es que el margen de discrecionalidad que se confiere para la programación es amplio y sólo recae una leve obligación de propiciar la creación de plazas suficientes a la demanda social. Y debe señalarse que esta demanda social no se corresponde necesariamente con la demanda de plazas por alumnos⁴¹⁵.

Para el acceso⁴¹⁶ hoy día las normas exigen por lo general título de Bachiller (arts. 38.2 LOE y 42.2 LOU) y la superación de una prueba de acceso objetiva (art. 38.1 LOE), en un procedimiento general, objetivo y universal, tenga validez en todas las universidades (art. 42 LOU). El tema ha tenido no pocos vaivenes normativos (RD 1892/2008). Asimismo, hay pruebas especiales de acceso de mayores de 25 años⁴¹⁷ y, también, determinada experiencia laboral o profesional puede permitir el acceso (art. 42.4 LOU).

3.4.3. La eliminación de barreras materiales de acceso

La Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza prohíbe como «discriminación» las limitaciones de acceso o promoción, a personas o grupos, sistemas separados (art. 1) y recoge diversos compromisos y

414. RD 1742/2003, de normativa básica para el acceso a estudios universitarios de carácter oficial, art. 6 (límites máximos de plazas).

415. El Defensor del Pueblo llama la atención en la deficitaria oferta de plazas en Ciencias de la salud: Medicina, Farmacia, Odontología y Enfermería: referencias 06036785, 06051514, 06042126, etc., en DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*.

416. Una visión crítica y negando la constitucionalidad del sistema de acceso a la universidad en España, CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA, 1988, pp. 96 y ss.

417. Art. 69 LOE y RD 743/2003, por el que se regula la prueba de acceso a la universidad de los mayores de 25 años.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

políticas de promoción de la igualdad, obligatoriedad, gratuidad, generalización y acceso a la enseñanza⁴¹⁸. Es un objeto fundamental de la normativa educativa que el acceso a la educación en todas sus etapas no quede sometido a barreras naturales, culturales y sobre todo, sociales y económicas y genere discriminación⁴¹⁹. También la LOE aborda la compensación de las desigualdades (arts. 80 y ss. LOE)⁴²⁰. Cuando se aborden *supra* los titulares del derecho se tiene especialmente en cuenta el acceso a la educación por mujeres, extranjeros y discapacitados.

A. La gratuidad de la enseñanza básica obligatoria y, también, la postobligatoria

Los tratados internacionales garantizan la gratuidad de la enseñanza «elemental y fundamental» (art. 26.1 DUDH) o «primaria» (art. 13.1 PIDESC). En España, del artículo 27.4 CE deriva un mandato claro de gratui-

-
418. Así su art. 3 establece los compromisos y políticas encaminadas a promover la igualdad en la esfera de la enseñanza, como no admitir diferencia de trato (entre nacionales) respecto de matrículas, becas, ayudas, permisos que no se basen en el mérito o en las ayudas a los centros, no discriminar por el carácter de los alumnos. También, se establecen compromisos concretos respecto de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, la generalización y accesibilidad de la secundaria, y la accesibilidad de la universitaria; la igual calidad de la enseñanza pública; el fomento de la educación elemental (art. 4).
419. Y ello queda ampliamente reflejado en la LOE. Se recogen garantías de gratuidad y evitación de costes ocultos (art. 88 LOE). Como no podía ser de otro modo en razón del art. 14 CE, en la admisión de alumnos «En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 84.3 LOE). La no discriminación se subraya respecto de los que cuentan necesidades educativas especiales (art. 74.1 LOE) para quienes la LOE dedica un título específico de la «Equidad en la educación» (arts. 71 y ss. LOE). Ahí se afirma la disposición de recursos y dotaciones necesarias (art. 72 LOE) para que «todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general» (art. 71.1 LOE). Respecto de los grupos de alumnos que requieren una atención educativa especial se requiere una identificación temprana en todos los casos (art. 71.3 LOE), la información y participación de los padres (art. 71.4 LOE). Se proclaman los principios de «normalización e inclusión» con escolarización ordinaria –con apoyo– mientras sea posible (art. 74 LOE). Para la integración sociolaboral se afirman sistemas de reserva de plazas de formación profesional (art. 75.2 LOE).
420. Compensación a través de programas específicos desarrollados en centros docentes escolares o en zonas geográficas donde resulte necesaria una intervención educativa compensatoria. Se afirma el refuerzo de la escolarización para los colectivos en desigualdad inicial (art. 81.1 LOE), así como con fijación del mundo rural (art. 82 LOE). Si en general se prevé un puesto escolar gratuito en primaria en el municipio o zona escolar (art. 81.3 LOE), cabe la escolarización en lugar próximo con especial ayuda de transporte, comedor e internado (art. 82.3 LOE). El desarrollo reglamentario básico se da en el RD 299/1996, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación.

dad de la enseñanza básica que se integra en el contenido subjetivo del derecho a la educación exigible⁴²¹. Por cuanto a la extensión de la gratuidad, el constituyente traslada al legislador la determinación qué es la enseñanza «básica» bajo los límites de lo razonable y no arbitrario. Cualquier regresividad requeriría especial justificación. La LOE establece que «La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica» (art. 3.3 LOE). «La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad». Y es «obligatoria y gratuita para todas las personas» (art. 4 LOE). En paralelo, y bajo el principio de integración en el régimen general cuando sea posible, la educación especial, «como modalidad educativa, será obligatoria y gratuita en los niveles así establecidos en el sistema educativo ordinario» (art. 4 RD 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la educación especial). Respecto de la enseñanza secundaria, que exceda a la enseñanza «básica», pesa el mandato de la «implantación progresiva de la enseñanza gratuita» [art. 13.2.b) PIDESC]. Esta «progresividad» no es una vía de escape al cumplimiento, sino que es fiscalizable jurídicamente⁴²². Respecto del Bachillerato y la formación profesional (grado medio), una laberíntica legislación conduce a la gratuidad sólo en los centros públicos⁴²³. Ello explica el descenso de alumnos en centros concertados en las fases no obligatorias (de un tercio a un cuarto)⁴²⁴. Pese a las demandas de extensión de gratuidad en Bachillerato desde los centros concertados. Se trata de una decisión de política educativa, pues jurídicamente la situación actual no discriminatoria ni contraria al artículo 27.9 CE. La gratuidad del segundo ciclo de educación infantil (4-6 años)⁴²⁵ queda sometida a la progresividad presupuestaria (DA 22 LOE) y respecto del primer ciclo (0-3 años) sólo pesa un deber de incremento progresivo de plazas públicas (art. 15.1 LOE).

Por cuanto al alcance de la «gratuidad», «viene referida al servicio educativo en sentido estricto, concretándose en la ausencia de tasas académicas»⁴²⁶. Ello no obsta a que, como se dijo, la gratuidad se extienda a servicios

421. Así, recientemente, CASTILLO CÓRDOVA, 2006, pp. 247 y ss.

422. Ver en general OG 3, aps. 9-11; Principios de Limburgo, aps. 16, 21 y 22; y NACCIONES UNIDAS, 2004, pp. 10-11. En particular respecto de la progresividad en la enseñanza, OG 13, aps. 13 y 14.

423. Cabe seguir la DF 4 LOE, que mantiene vigente la Ley 12/1987, que señala en su art. 1 la gratuidad para niveles del antiguo sistema de enseñanza. Asimismo, cabe tener en cuenta el art. 71 del RD 83/1996.

424. MEC, 2008.

425. La educación infantil no es obligatoria, el segundo ciclo es gratuito y debe haber plazas suficientes (art. 15 LOE). También, art. 52 del RD 82/1996.

426. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, p. 47, que citan a SATRÚSTEGUI y DE ESTEBAN. También DÍAZ REVORIO, 2002a, p. 59.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

escolares de transporte, comedor o internado en los casos de zonas rurales donde sea necesaria la escolarización en municipios próximos (art. 82.2 LOE). Las instancias internacionales subrayan que la supresión de tasas no debe ser nominal y no pueden ser sustituidas por otras vías socavadas y «voluntarias»⁴²⁷. En nuestro país ha sido masiva, consentida y generalizada la práctica de cobros por parte de los centros concertados a través de vías indirectas. Y ello a pesar de las claras prohibiciones de la LOE⁴²⁸.

En razón de lo anterior, interesa reflejar obligaciones concretas que dimanen para los Estados, expuestas como recomendación por la Federación Iberoamericana de Ombudsmen: «Eliminar costos de matrículas y cualquier otro tipo de gasto de las familias que condicionen el ingreso o permanencia de los niños en los centros educativos. Revisar y en su caso eliminar los costos adicionales en todos los niveles educativos, dando cumplimiento integral a los principios de gratuidad y asequibilidad. Supervisar los centros educativos para detectar cobros indebidos, como las llamadas cuotas voluntarias o de padres de familia, tanto en el proceso de matrícula como durante el curso escolar. Informar oportuna y adecuadamente a las familias sobre los límites y fines de estas cuotas y sobre su naturaleza voluntaria. Sancionar las prácticas que impidan o dificulten el disfrute del derecho a la educación de los niños y niñas por la imposibilidad de los padres y madres de soportar los cobros mencionados»⁴²⁹.

B. El derecho fundamental al acceso a las ayudas y becas

El derecho a la educación implica que nadie quede excluido del acceso a la enseñanza de niveles no obligatorios ni gratuitos por razones socio-económicas. Para ello, entre otras cosas, se exige «implantar un sistema adecuado de becas» (art. 13.2 PIDESC). El Tribunal Constitucional ha fundamentado las becas y ayudas: son elemento nuclear del sistema educativo, de obligada «existencia y real aplicación» y los elementos básicos para obtenerlas forman parte de la posición jurídica fundamental del contenido del derecho a la educación, iguales en toda España⁴³⁰. Esta jurisprudencia enlaza con la doctrina ya expuesta de que el acceso a las enseñanzas no obligatorias

427. NACIONES UNIDAS–TOMÁSEVSKI, 2004b, p. 11, n° 20); OG 11, ap. 7. En la doctrina, TOMÁSEVSKI (2004a, p. 365) y TORRES INSTITUTO (2005, p. 28).

428. La LOE subraya que la educación objeto de concierto es gratuita (art. 51.1), que las actividades complementarias y extraescolares no pueden tener carácter lucrativo y que cualquier cobro debe ser aprobado por el Consejo escolar y comunicado y autorizado por la Administración (art. 51.2 y 3 LOE), siendo que toda actividad de este tipo debe ser voluntaria (art. 51.4 LOE).

429. Recomendaciones a los Estados, en Fio, 2009, p. 733.

430. STC 188/2001, FF JJ 4 y 5.

Capítulo VI. El derecho a la educación

forma parte del contenido del derecho a la educación y, con él, del acceso al sistema de becas para toda persona, aunque sea inmigrante irregular⁴³¹. La no discriminación en el acceso a becas ya había sido proclamada por el TJCE para el ámbito de los ciudadanos comunitarios⁴³². La ley reconoce como «derecho» el acceso al sistema de becas y ayudas [art. 6.1.g) LODE; art. 83.1 LOE; art. 31.1 del RD 732/1995], también para el ámbito universitario (art. 45 LOU). A nuestro juicio, dado que los tribunales afirman su fundamentación, se trata de un derecho de necesaria determinación legal. Y el legislador ha ido configurando este sistema de ayudas (dependientes de situación socio económica, no de rendimientos académicos) y becas (sólo dependiente de rendimientos académicos, para enseñanzas no obligatorias)⁴³³. Por lo general las cuestiones que se suscitan respecto de becas y ayudas lo son de legalidad ordinaria. Ahora bien, no hay que excluir que tanto el diseño del sistema de becas y ayudas cuanto, en especial, la aplicación del mismo⁴³⁴ deban someterse a un juicio de constitucionalidad desde los parámetros del derecho a la educación. En el caso concreto de las ayudas en la enseñanza obligatoria, puede fiscalizarse también la suficiencia de la ayuda para alcanzar la «gratuidad» exigida por el artículo 27.4 CE⁴³⁵. Diversas cuestiones sobre becas y ayudas llegan habitualmente al Defensor del Pueblo⁴³⁶. Cabe

431. STC 236/2007, FJ 8.

432. Los hijos de los trabajadores comunitarios migrantes tienen derecho a las ayudas concedidas para cubrir los gastos de enseñanza y manutención en las mismas condiciones que estas mismas ventajas son concedidas a los propios nacionales (STJCE *Carmina di Leo contra Land Berlin*, de 13 de noviembre de 1990, C-308/89 y STJCE *Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen contra Lubor Gaal*, de 4 de mayo de 1995, Caso C-209/03) incluso aunque sean mayores de edad y no estén a cargo de sus padres (*Lubor Gaal*), incluso en la enseñanza universitaria (*Lubor Gaal y Echter-nach y Moritz contra Ministro holandés de Educación y Ciencia*).

433. Superando la deficiente regulación anterior, *vid.* el RD 1721/2007, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas, norma de carácter básico, que regula ayudas y becas (concepto en art. 1).

434. Se habrá de considerar la relevancia constitucional de la aficción al derecho; cabrán justificaciones de razonabilidad. De especial incidencia serán los parámetros de interdicción de la arbitrariedad, la no discriminación y la necesidad de fundamentar las resoluciones administrativas que afecten derechos fundamentales.

435. La STS de 4 julio de 2005 (RJ 2005, 9461) lo afirma, pero no se alegó. La reducción de las becas y sus cuantías no comporta por sí una lesión del derecho fundamental.

436. Criticó el deficiente marco regulador hasta 2007 el DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 414 y p. 416 y ss., y la superposición de convocatorias estatales, autonómicas, universitarias y de otras (06008956, 06042127, 06031186, etc.). También analiza los problemas suscitados en el cómputo de la renta para su concesión, *Ibidem*, pp. 414 y ss. y 2008, p. 674), o las exigencias de devolución de becas una vez concedidas, DEFENSOR DEL PUEBLO (*Informe 2008*, p. 676 y ss.). El estatuto de los becarios de investigación ha sido especial objeto de interés en los últimos años *Ibidem*, pp. 689 y ss.). Sobre el retraso sistemático en los cobros, p. 687.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

indicar que un 3,1 % de todo el gasto en educación se dedica a becas, respecto de las que de 1997 a 2007 se han duplicado los recursos. Dos terceras partes de las becas se dirigen a la enseñanza universitaria (63,7 %), casi una cuarta parte a la Secundaria postobligatoria y FP (23,1 %) y una décima parte a Idiomas (9,5 %) ⁴³⁷.

3.5. ACEPTABILIDAD

3.5.1. El derecho fundamental a una educación de calidad

La calidad de la educación «con objeto de lograr un nivel excelente para todos» constituye un objetivo internacionalmente reconocido ⁴³⁸. A veces se dan recelos al vincularse la «calidad» con visiones empresariales, de nueva gestión pública y de eficiencia ⁴³⁹.

El Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la educación «para no estar vacío de contenido debe cumplirse con unas garantías mínimas de calidad», vinculando tal exigencia con el artículo 149.1.1 CE ⁴⁴⁰. La integración de la calidad en el componente prestacional del derecho a la educación la afirman FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO ⁴⁴¹, mientras que BERRUETA y SENDÍN la consideran como un principio jurídico ⁴⁴². En el ámbito de la educación la referencia a la calidad es ya una constante. La penúltima ley educativa (LO 10/2002, de 23 de diciembre) tenía por título: «Ley orgánica de la calidad educativa». Y la vigente LOE contiene más de una veintena de referencias a la «calidad» [entre otras, arts. 1.a) y 2.2 LOE] y se dedica un título a la evaluación del sistema educativo (arts. 140 y ss. LOE). En la misma línea, la LOU proclama la «garantía de la calidad» como «fin esencial de la política universitaria» (art. 31 LOU), centrándose la misma en la evaluación y el establecimiento de criterios comunes, para lo cual, en el nivel estatal existe una Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (art. 32 LOU). La proclamación de la calidad como derecho subjetivo ⁴⁴³ tiene un componente simbólico más que jurídico, dada la dificultad para determinar

437. MEC, 2008.

438. La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/23, «El derecho a la educación», ap. 4.c) y d). También, sexto y último objetivo de UNESCO, 2000a. Desde entonces hay una Dirección de Calidad en la UNESCO.

439. P. ej., TORRES INSTITUTO, 2005, p. 70.

440. STC 5/1981, FJ 27.

441. FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, pp. 175-176.

442. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN, 2005, pp. 148-149.

443. P. ej., principios de la Ley 6/1997 [arts. 3.1.e), 3.2.f) y 4.1.b)]. Muy habitual en las normas de atención al ciudadano, casi inabordable. Como derecho subjetivo se sigue en la letra j) del art. 6.2 de la Ley 11/2007 o en Baleares, la Ley 3/2003 (art. 39.1).

jurídicamente el contenido de la calidad como derecho. Ello no empece que una situación fáctica de educación de mala calidad suponga la lesión de los diversos contenidos del derecho a la educación que aquí se determinan. De este modo, más que como derecho en sí, o facultad autónoma del derecho a la educación:

1. Jurídicamente y en especial, la calidad de la educación queda vinculada al logro de los objetivos de la educación [así expresamente el art. 4.1.a) LODE]⁴⁴⁴, y que por ello sea «aceptable», al tiempo de «adaptada» a las necesidades.
2. La calidad será un parámetro de exigencia de los contenidos (especialmente prestacionales) de este derecho fundamental. La búsqueda de la calidad permite (y exige) la evaluación permanente de la satisfacción de una serie de parámetros e indicadores⁴⁴⁵, como señala por ejemplo la Federación Iberoamericana de Ombudsmán, una evaluación sobre tales indicadores que obligue a una pedagogía activa así como a la revisión del sistema educativo mismo que aborde las condiciones estructurales que afectan la calidad de la educación⁴⁴⁶. Tales indicadores son un instrumento valioso para el control jurídico del cumplimiento del derecho a la educación y su conexión con la realidad.
3. Finalmente, podría considerarse una violación del derecho (o más bien mandato) de calidad de la educación, la falta de evaluación y elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar de forma eficaz el cumplimiento del derecho a la educación.

3.5.2. Mala enseñanza, fracaso escolar, «PISA» y calidad educativa

Pese a que la calidad se vincule objeto de la educación, lo cierto es que las evaluaciones mundiales se centran en las competencias y conocimientos adquiridos y el fracaso escolar. Desde esta perspectiva, cabe hacer referencia a la evaluación de PISA (Programa Internacional de Evaluación de Estudiantes, se inició en 1997 por la OCDE), centrada en la competencia lectora, la matemática y la científica⁴⁴⁷. En el análisis de 2007, los resultados de España

444. En esta dirección, en España, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 150) Y recientemente, JIMENA QUESADA (2005). Internacionalmente, NACCIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS (2004, p. 22) y TOMÁSEVSKI (2004a).

445. Al respecto en general, TOMÁSEVSKI (2004a), CHACÓN MATA (2006) y TORRES INSTITUTO (2005, p. 69). Destaca en este sentido la amplia y rigurosa relación de una veintena de indicadores señalados por PÉREZ MURCIA (2007, pp. 158 y ss.), con fundamentación jurídica.

446. Recomendaciones a los Estados, en FIO, 2009, p. 734.

447. MEC, 2007, p. 21.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

son especialmente preocupantes en comprensión lectora⁴⁴⁸. Los resultados del alumnado extranjero fueron 55 puntos inferior a la de los españoles⁴⁴⁹. También, los centros privados obtuvieron un resultado mejor en 38 puntos a los públicos. El fracaso escolar se concentra en la última etapa de la ESO y en los distritos con menor nivel de renta⁴⁵⁰. Aunque el derecho a la educación impone políticas para la mejora de resultados de las enseñanzas, es difícil (mas no imposible) exigir jurisdiccionalmente como derecho subjetivo prestacional una pretensión concreta. Más allá de pretensiones genéricas de políticas activas contra el fracaso escolar, quedará en el ámbito de discrecionalidad de la Administración su determinación de acciones concretas. Eso sí, como se verá, la omisión total o parcial de la acción, o la ineficacia de sus resultados sí que podrá ser fiscalizada jurídica y jurisdiccionalmente. Desde otra perspectiva, cabe señalar que el problema jurídico puede darse, como en Alemania desde el ángulo contrario. En Alemania se cuestiona la constitucionalidad de la medida para mejorar sus resultados en PISA (mejores que los españoles), en concreto la política de ampliar la jornada habitual frente al derecho prioritario de los padres de educar a sus hijos⁴⁵¹.

3.6. ADAPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN Y DETERMINACIÓN DE SUS CONTENIDOS

3.6.1. La adecuación de la educación al contexto y necesidades

La adaptabilidad hace referencia a la pertinencia del currículo y la oferta educativa de acuerdo a contextos y poblaciones específicas⁴⁵². Además de la educación para la paz, la tolerancia, la democracia y los derechos humanos, etc., en los textos internacionales no es difícil encontrar referencias al conocimiento de su propia identidad, idioma y valores nacionales [arts. 20.3 y 29.1.c) CDN]⁴⁵³. Y, en todo caso, la educación ha de «facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza» (art. 28.3 CDN). En la Unión Europea, en una Recomendación de gran interés⁴⁵⁴, los expertos han determinado las actuales necesidades o competencias: comuni-

448. En competencia lectora, 23 por debajo del *Total OCDE* y 31 por debajo del *Promedio OCDE*.

449. La lengua y las matemáticas son las áreas de conocimiento que plantean mayores problemas (DEFENSOR DEL PUEBLO [2003a, pp. 9 y ss.]). Los procedentes de América Latina y Europa del Este tienen mejores resultados, siendo los africanos quizá los peores (cit., pp. 236-238).

450. FIO, 2005, p. 65.

451. Art. 6.2 LFB; *vid.* ENNUSCHAT, 2005.

452. OG 13, ap. 7 y TOMÁSEVSKI, 2004a, p. 349.

453. También, NACIONES UNIDAS, 2002, art. 4.

454. PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006.

cación en la lengua materna; en lenguas extranjeras (o cooficiales); competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología; competencia digital; aprender a aprender; competencias sociales y cívicas; sentido de la iniciativa y espíritu de empresa, y conciencia y expresión culturales. Es sencillo advertir estas finalidades y contenidos en la normativa educativa (p. ej., entre los fines del art. 2 LOE). La juventud europea aprecia carencias en sus necesidades y los intereses (lenguas extranjeras, intercambios TICs y materias de orden práctico)⁴⁵⁵.

La programación de la enseñanza (art. 27.5 CE) incluye la determinación de competencias y contenidos. Sin necesitar ley por no suponer aspecto «intrínseco» al derecho a la educación⁴⁵⁶, el Estado fija los elementos mínimos como básicos, que son desarrollados por las Comunidades Autónomas⁴⁵⁷, luego los centros docentes completan, en su caso, el currículo de las diferentes etapas y ciclos en uso de su autonomía (art. 6 LOE). En el ámbito universitario, el Gobierno regula las directrices y condiciones de las enseñanzas oficiales. Sobre tales bases, las universidades proponen, las Comunidades Autónomas autorizan con verificación del Consejo de universidades y el Gobierno establece el carácter oficial del título que se inscribe en el correspondiente registro (arts. 34 y 35 LOU y especialmente el RD 1393/2007). Los títulos universitarios no oficiales se hacen depender de la autonomía universitaria (DA 11 LOU, art. 3.1 RD 1393/2007). En todo caso, la determinación final la realizan los Departamentos e Institutos universitarios con la elaboración de programas o guías marco y, en última instancia el profesor determina los contenidos con su libertad de cátedra⁴⁵⁸.

Cabe subrayar la intensa potestad discrecional que concede el TEDH a los Estados, sobre la posición y derechos de los padres en la confección de las enseñanzas a impartir⁴⁵⁹. También el Tribunal Constitucional ha subrayado este papel de las autoridades respecto de los docentes en la determinación de contenidos (STC 5/1981, FJ 8). Desde la perspectiva del alumno y del derecho a la educación, que es la que aquí interesa, el Tribunal Supremo

455. Así en COMISIÓN EUROPEA, 2006.

456. STS de 30 junio de 1994 (RJ 1994, 5277), en especial FJ 10.

457. Se trata de una regulación estatal y autonómica exhaustiva y abundantísima.

458. Las facultades de Centros, Departamentos y profesores en el ámbito universitario, más complejas a raíz de la implantación del proceso de Bolonia, recientemente son analizadas por VIDAL PRADO, 2008.

459. STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, de 7 de diciembre de 1976 (ap. 26); STEDH *Valsamis*, de 18 diciembre de 1996, n° 28. Más recientemente, SSEDH *Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino, Folgero* contra Noruega, de 20 de junio de 2007 y *Hasan Zengin*, de 9 de octubre de 2007, sobre educación religiosa y de orientaciones filosóficas.

niega cualquier derecho de los alumnos sobre el contenido de las asignaturas y la posibilidad de objetar a las mismas si son constitucionales⁴⁶⁰. En todo caso, el adoctrinamiento está proscrito, como el TEDH subraya⁴⁶¹ y afirma el Tribunal Constitucional (ATC 359/1985, FJ 2), prohibición en la que ha insistido recientemente el Tribunal Supremo respecto de la asignatura «Educación para la ciudadanía»: es posible dar «cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas» «ni siquiera de manera indirecta»⁴⁶². Así cabe aplicar esta doctrina respecto de la educación sexual [art. 17.m) o art. 23.c) LOE], asignaturas sobre Historia y cultura de las religiones o «Educación para la ciudadanía».

3.6.2. Las TICs en la enseñanza, alfabetización digital y derecho de acceso a la enseñanza no presencial mediante las TICs

Hoy día difícilmente puede lograrse pleno desarrollo de la personalidad sin la plena integración de las TICs en los procesos educativos⁴⁶³. No obstante, aún es prematuro considerar exigible como contenido del derecho a la educación la obligación de disponer de acceso a las TICs en el centro⁴⁶⁴. En todo caso, las TICs se proyectan ampliamente en la LOE⁴⁶⁵ y en 2009 se lanza un ambicioso *Plan Escuela 2.0*. A lo que habrá que estar es a los medios y los resultados.

Las TICs también plantean una cuestión para el futuro: que la enseñanza no universitaria a distancia deje de ser algo extraordinario o residual y subsidiario como lo es en la LOE⁴⁶⁶. Quizá se considere a la enseñanza no presencial como la «heredera de la enseñanza libre»⁴⁶⁷, no permitida legalmente,

460. Así, STS de 31 de enero de 1997 (RJ 1997, 597), FF JJ 2, 4 y 8.

461. STEDH *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, de 7 de diciembre de 1976, n° 53, reiterada recientemente en STEDH *Folgero y otros*, de 29 de junio de 2007, n° 84, letras g) y h), o *Hasan Zengin* contra Turquía, de 9 de octubre de 2007.

462. SSTS de 11 de febrero de 2009, en concreto recurso 905/2008, FF JJ 6 y 10.

463. Así, NACIONES UNIDAS, 2004b, n° 29 y ss. y 2006, n° 90, c), d) y k), y PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2006, ap. 4.

464. Sin determinación concreta, ver STC 140/2002, FJ 5.

465. Art. 14 para segundo ciclo de infantil, más en Primaria (arts. 17 y 19.2), en la ESO [arts. 23.e), 24.7 y 25.5 LOE], en Bachillerato y en la formación de personas adultas en la formación a distancia (art. 69 LOE). También se recoge la necesidad de formación del profesorado en TICs (arts. 102.3 y 157 LOE) y de dotación de medios de los centros (art. 112.2 LOE).

466. Así, queda reservada para quienes no pueden asistir, art. 3.9 LOE; cuando la oferta de materias se limite por razones organizativas, art. 34.5 LOE; posible en la enseñanza de idiomas, art. 60.3 LOE o en la oferta a personas adultas, arts. 67.1 y 69.3 LOE.

467. CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA, 1988, p. 77.

como se verá en el apartado de límites al derecho a la educación. No obstante, reciente legislación autonómica parece dar un impulso a la no educación presencial⁴⁶⁸. Sin dudar de las bondades de la enseñanza presencial para el libre desarrollo de la personalidad en la educación no universitaria, el Derecho habrá de abrirse a formas semipresenciales o no presenciales, convergiendo, en su caso con las ya analizadas demandas de educación en casa. Las facilidades multimedia que cada día se dan, unidas a los mismos hábitos de los jóvenes en las redes sociales, desdibujan las fronteras entre la educación presencial, semipresencial y no presencial y, sobre todo, atemperan las posibles razones de socialización que justificaban la obligatoriedad de la enseñanza presencial. Obviamente, en la educación no universitaria el principio de la presencialidad como prioritario difícilmente puede sostenerse.

3.7. OTROS DERECHOS Y FACULTADES QUE INTEGRAN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

3.7.1. El derecho y garantías de la evaluación del alumno

«Puede entenderse que el derecho a la educación conlleva la articulación del procedimiento, que, con las garantías y cautelas necesarias, haga posible las pruebas o exámenes» (ATC 855/1987, FJ 2). Asimismo, dicho procedimiento debe garantizar plenamente la objetividad y guarde una motivación suficiente que lo haga susceptible de revisión jurisdiccional, por exigencia del principio de igualdad (art. 14 CE), la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y la tutela judicial (art. 24 CE). En la enseñanza no universitaria se ha reconocido como derecho en la normativa⁴⁶⁹. En general la evaluación es función del profesorado [art. 91.1.b) LOE] y la fijación de criterios del claustro de profesores [art. 129.c) LOE]. Se considera que la evaluación continua es un instrumento que asegura la objetividad en la evaluación del rendimiento educativo del alumnado, lo cual requiere la asistencia regular a las clases y actividades programadas⁴⁷⁰. Los criterios de evaluación son «referente fundamental»⁴⁷¹ y la publicidad de los mismos se entiende como garantía necesaria de la objetividad de la evaluación⁴⁷², así como el establecimiento de procedimientos de verificación o aclaraciones a alumnos padres o tutores de la marcha del alumno o de reclamación de

468. Ley 12/2009, de Educación de Cataluña, arts. 55, 61.4, 62.2 y 9, 70.1 y DA 28.

469. Para el ámbito no universitario, art. 6.3.c) LODE, desarrollado en el art. 13 del RD 732/1995 y normas autonómicas.

470. Como ejemplo, art. 12.1 Orden ECI/2572/2007 para secundaria.

471. Art. 10 RD 1631/2006 y la Exposición de motivos del RD 929/1993.

472. Para Secundaria, art. 12.2 Orden ECI/2572/2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

calificaciones finales⁴⁷³. Es en última instancia la Inspección educativa la que supervisa el proceso de evaluación⁴⁷⁴. La evaluación del alumnado está muy relacionada tanto con la permanencia cuanto con la promoción y progresión del alumnado. La LOE señala el modo de evaluación y las decisiones de progreso y continuidad en los distintos niveles educativos⁴⁷⁵. Si no se cumplen los requisitos para la progresión y promoción educativa es posible incluso obligar al alumno a hacer repetir el curso aunque le hubiesen matriculado o ya cursase el siguiente⁴⁷⁶. La normativa de desarrollo de la evaluación en cada etapa educativa por las autonomías es muy profusa. En todo caso, no se permite que una Comunidad Autónoma determine frente al Estado que la evaluación de una asignatura pueda ser la realización de un trabajo trimestral en casa⁴⁷⁷. El derecho a la evaluación continua puede restringirse por no asistir a clase (art. 44.2 RD 732/1995) o como sanción⁴⁷⁸. Con algunas particularidades, los centros privados también deben respetar el derecho a la evaluación⁴⁷⁹.

En el ámbito universitario, la LOU reconoce el derecho a «La publicidad de las normas de las Universidades que deben regular la verificación de los conocimientos de los estudiantes» al tiempo que se afirma la garantía de derechos con procedimientos adecuados y, en concreto, «procedimientos de verificación de los conocimientos de los estudiantes» (art. 46.2 LOE). Son las normas universitarias las que regulan la evaluación y cabe señalar que aunque la realice el profesorado, no forma parte de su libertad de cátedra⁴⁸⁰, si bien acaba gozando de un amplio margen de discrecionalidad. Los tribunales han corregido excesos de algún profesorado⁴⁸¹. Caben sanciones que su-

473. *Ibidem*, art. 12.3.

474. *Ibidem*, DA 1ª.

475. «Continua y global» en Primaria (art. 20 LOE), «global, continua y formativa» en Educación infantil (art. 7 RD 1630/2006). En la ESO «continua y diferenciada» (art. 28 LOE), igual que en Bachillerato (art. 36 LOE) En la Formación profesional por módulos profesionales (art. 43 LOE). Ver art. 46 para artísticas y art. 61 para idiomas.

476. STS de 21 abril de 1997 (RJ 1997, 3008).

477. Se trata del caso valenciano del *boicot* a Educación para la ciudadanía a través de la Orden de 10 de junio de 2008, suspendida por el TSJ de la Comunidad Valenciana, Auto de 28 de julio de 2008 (recurso 1553/08) y anulada por Sentencia 1097/2009, en el procedimiento ordinario 1391/2008, de 24 de julio de 2009.

478. Ya no en el RD 732/1995 estatal (antes sí), pero sí en la regulación valenciana, artículo 32.4.a) Decreto 246/1991.

479. Ap. 1 y DA 1ª de la Orden de 28 de agosto de 1995 para ESO y Bachillerato.

480. STC 217/1992, FJ 3.

481. Ver STS de 10 febrero de 1989 (RJ 1989, 100) sobre normas para los sistemas de evaluación de los alumnos de Hacienda Pública y Derecho Tributario y STS de 10 febrero de 1989 (RJ 1989, 100), FJ 1, sobre exigencia de un manual del profesor respecto de los que tenía intereses económicos.

ponen la negación directa o indirecta del derecho a realizar los exámenes⁴⁸². Entre las críticas al proceso de Bolonia está la evaluación continua que se impone y la paralela exigencia de asistencia para ser evaluado. La normativa habrá de adecuarse a este problema.

Sobre la revisión judicial de los exámenes⁴⁸³, se ha pasado de una mera revisión de vicios formales⁴⁸⁴, a una revisión casi completa⁴⁸⁵ sobre la base de los artículos 9.3 y 24 CE. En todo caso, la revisión parte de la presunción *iuris tantum* de acierto de la decisión del órgano especializado que requiere una prueba en contrario⁴⁸⁶.

3.7.2. El derecho a la permanencia y progresión en los centros y en el sistema educativo ordinario y el particular caso de los superdotados

El «derecho de acceder al centro escolar elegido encuentra, obviamente, un imprescindible correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo» (ATC 382/1996, FJ 4). A los ojos del Tribunal Constitucional se trata de un derecho algo débil, limitable y deslegalizable⁴⁸⁷, muy flexibilizado también por los tribunales ordinarios⁴⁸⁸.

Los límites a este derecho de permanencia, se dan, de una parte, en

-
482. Reglamento de disciplina académica [Decreto de 8 de septiembre de 1954, art. 6.c).1, b).1 y 2].
483. Sobre la materia, en Alemania, IBLER, 1998. En España, los problemas suscitados han procedido en su mayoría no de la evaluación educativa, sino de los Tribunales o Comisiones evaluadoras de oposiciones.
484. Se consideraba cuestión vedada como «acto de pura docencia» y no administrativo (SSTS de 14 de marzo de 1970 y de 26 de enero de 1972). Los vicios formales se revisan en STS (Sala 3ª) de 26 de febrero de 1979 (RJ 1981, 1000) y se da en la STS de 18 de octubre de 1991 (RJ 1991, 8342). La irrecurribilidad sobre la discrecionalidad técnica se sigue en SSTS (Sala 4ª) de 22 de noviembre de 1983, 27 de junio de 1986 (RJ 1986, 4900) y 18 de noviembre de 1986 (RJ 1987, 903).
485. Alguna evolución en la STS de 13 de junio de 1988 (RJ 1988, 5327). Un paso adelante se dio gracias a la STC 215/1991 que se aplica en SSTS de 28 de enero de 1992 (RJ 1992, 110), 23 de febrero de 1993 (RJ 1993, 4956) y 29 de julio de 1994 (RJ 1994, 6601), que ya analiza la pregunta y la respuesta.
486. Recientemente, STSJ de Aragón, de 23 marzo de 2005 (JUR 2005, 198473), FJ 1.
487. Se menciona indirectamente en la STC 5/1981, FJ 28. El caso de referencia es el ATC 382/1996 que consideró cuestión de legalidad la no audiencia a los padres, reiterado en el ATC 333/1997, sobre el castigo y traslado de alumno de 8º de EGB a las dependencias del jardín de infancia del Colegio (FJ 4).
488. Han llegado a afirmar que una expulsión temporal formalmente nula no lesionaba el derecho a la educación (STSJ de Madrid, de 2 de febrero de 2005 [JUR 2005, 94173], sanción a niño de 17 años de expulsión temporal de 29 días) o han flexibilizado (en exceso a nuestro juicio), el derecho a la permanencia cuando se trata de centros plenamente privados, cuando la no renovación de la matrícula era una sanción encubierta (STSJ de Cataluña, de 10 febrero de 2003 [JUR 2003, 153746], FJ 2).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

razón de la aplicación del régimen sancionador al alumnado, regulado tanto en la enseñanza no universitaria⁴⁸⁹ como, con más problemas, para la enseñanza universitaria⁴⁹⁰. De otra parte, dependen de los requisitos de edad o rendimiento fijados, a los que se hizo referencia al respecto del acceso y admisión. Tales requisitos deben mantenerse para continuar los estudios⁴⁹¹. Cabe tener en cuenta que la enseñanza básica se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad, «No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad» (art. 4.2 LOE). El artículo 32.4 LOE reconoce la posibilidad de permanecer hasta cuatro años para realizar los dos cursos de Bachillerato. El derecho a la educación no garantiza el éxito académico, por lo que si se exceden los máximos cursos repetibles cabe remitir al alumno menor a otro tipo de programas, como de garantía social⁴⁹². Los requisitos de permanencia se hacen más complejos para alumnos con necesidades especiales, si bien es cierto que la legislación la garantiza específicamente para ellos (arts. 3.8 LOE) e incluso extiende a los veintiún años (art. 74.1 LOE). No obstante, como señala el Defensor del Pueblo⁴⁹³, no siempre es sencilla la continuidad en el mismo centro. También el Defensor señala problemas con los extranjeros que acceden al sistema educativo en el período de 16-18 años, pues debieran tener la posibilidad de mantenerse, al igual que los alumnos españoles, dentro del régimen ordinario de escolarización hasta los dieciocho años⁴⁹⁴.

Respecto de la permanencia en la universidad (pública), los tribunales ordinarios dieron por buena la anterior normativa general estatal de límites de permanencia en la universidad⁴⁹⁵. En la actualidad, cada universidad es la que regula el régimen de permanencia (art. 2.2 LOU) a cargo del Consejo

489. RD 732/1995, prohibición temporal de la asistencia o a determinadas clases (ver arts. 48 y 53), a la inhabilitación en el centro [art. 53.3.d)]. En todo caso, respetando el derecho a la educación (art. 43.2).

490. Suspensión en el art. 19 y sanciones en el art. 6, Reglamento de Disciplina Académica de 1954 (Decreto de 8 de septiembre de 1954), sanciones vigentes salvo la de perpetuidad. Así, PEMÁN GAVÍN, 1994, p. 448.

491. Al respecto, STS de 24 marzo de 1997 (RJ 1997, 2497).

492. STSJ de Andalucía, de 18 de diciembre de 2001 (JUR 2001, 66418), FF JJ 2 y 3.

493. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 382 y ss. (ref. 06039510) y pp. 391 y ss. (refs. 06004151, 05023121 y 06020298).

494. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 372 y ss. (ref. 06017484).

495. Decreto-ley 9/1975 y Real Decreto-ley 8/1976. Respecto de la primera norma, STS de 31 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4401), FJ 2 y STS de 23 marzo de 1999 (RJ 1999, 1539), FJ 2. Ambas sobre la base de lo razonable y objetivo de estas normas, el número limitado de plazas universitarias y la búsqueda de la eficacia de la institución universitaria, sin que las restricciones de permanencia se consideren contrarias al derecho a la educación ni al libre acceso a la profesión (art. 35 CE).

social en el caso de las Universidades públicas (art. 46.3 LOU). Los tribunales admiten la limitación de número de convocatorias por razones presupuestarias, aunque para evitar situaciones que generasen discriminación se permitan convocatorias de gracia⁴⁹⁶. Las normativas universitarias, obviamente, habrán de introducir criterios objetivos y razonables.

La LOE presta atención al fenómeno de los 300.000 alumnos superdotados⁴⁹⁷ (arts. 76 y 77 LOE). Según el régimen actual⁴⁹⁸, se escolarizan ordinariamente pero con atención temprana. Si las medidas ordinarias se consideran insuficientes, con el consentimiento de los padres se pueden flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo hasta un máximo de tres veces en la enseñanza básica y una sola vez en las enseñanzas postobligatorias, regla que hoy día excepcionalmente se puede también flexibilizar⁴⁹⁹. En los habituales casos de padres que requerían la flexibilización, el Tribunal Supremo ha excluido del derecho fundamental a la educación o del artículo 27.2 CE la flexibilización del período de escolarización, siendo cuestión de legalidad ordinaria⁵⁰⁰.

3.7.3. El derecho a obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes

El TEDH afirma con claridad «el derecho a obtener, conforme a las reglas en vigor en cada Estado y bajo una u otra forma, el reconocimiento oficial de los estudios cumplidos», para que el «derecho a la instrucción»

496. Así, STS de 27 de junio de 1989 (RJ 1989, 4459).

497. Datos de MEC, 2000.

498. RD 943/2003, por el que se regulan las condiciones para flexibilizar la duración de los niveles y etapas del sistema educativo para los alumnos superdotados intelectualmente. Y para el ámbito del MEC, Resolución de 29 de abril de 1996, de la Secretaría de Estado de Educación, por la que se determinan los procedimientos a seguir para orientar la respuesta educativa a los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual; Resolución de 20 de marzo de 1997, de la Secretaría General de Educación y Formación Profesional, por la que se determinan los plazos de presentación y resolución de los expedientes de los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual. Cabe tener en cuenta la Orden de 14 de febrero de 1996, por la que se regula el procedimiento para la realización de la evaluación psicopedagógica y el dictamen de escolarización y se establecen los criterios para la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales.

499. La STS de 21 de febrero de 2007 (REC. 1379/2003) confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2002 y anula una norma estatal que limitaba sin flexibilidad el máximo de cursos a adelantar.

500. Así, las SSTs de 1 junio de 1993 (RJ 1993, 4488), 19 de julio de 2002 (RJ 2002, 8005 y 8006), 13 noviembre 2006 (RJ 2006, 7811) o 21 de febrero de 2007 (REC. 1379/2003). Por todas, STS de 8 febrero de 2005 (RJ 2005, 919), FF JJ 3 y 6.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

produzca efectos y el titular del mismo tenga la posibilidad de sacar provecho de la enseñanza recibida⁵⁰¹. Para el Tribunal Supremo «El derecho constitucional a la educación se completa necesariamente con la obtención de los títulos, diplomas o calificaciones que correspondan a los estudios realizados con aprovechamiento»⁵⁰². Los títulos suponen el reconocimiento del aprovechamiento, permiten, en su caso, el acceso profesional y son el medio ordinario para el acceso a los estudios de superiores niveles. De ahí que no sólo quedan vinculados al derecho a la educación, sino al derecho al trabajo (art. 35 CE) y al mismo derecho de acceso a las funciones públicas (art. 23.2 CE), condicionado en ocasiones por la ley a la tenencia de títulos⁵⁰³. La validez de los títulos en toda España justifica la competencia estatal básica del artículo 149.1.30ª CE). De ahí la fijación por el Gobierno de «los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación de los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas» (art. 6.2 LOE). Estos títulos «serán homologados por el Estado y expedidos por las Administraciones educativas» (art. 6.5 LOE). El Tribunal Constitucional ha admitido que una Comunidad Autónoma condicione la expedición del certificado de enseñanza general a la acreditación de un conocimiento suficiente del catalán y del castellano⁵⁰⁴.

El derecho a recibir el respectivo título se expresa a lo largo de la LOE (arts. 31, 37, 44, 50, 53, 56, 57, 61 y 65). Las universidades, por su parte imparten enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional (art. 34.1 LOU), si bien, también pueden impartir enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos (DA 11, RD 1393/2007). Las enseñanzas oficiales «se estructuran en tres ciclos: Grado, Máster y Doctorado. La superación de tales enseñanzas dará derecho [...] a la obtención de los títulos oficiales correspondientes» (art. 35.1 LOU). Estos títulos habilitan, en su caso, para la realización de actividades de carácter profesional (art. 4, RD 1393/2007). Existe un Registro de Universidades, Centros y Títulos. En Grado y Máster el aprendizaje se expresa mediante calificaciones numéricas («créditos») ⁵⁰⁵ sistema que facilita la movilidad y la homogeneidad nacional (art. 36 LOU, art. 6 RD 1393/2007) y europea, con el llamado Suplemento Europeo al Título (RD 1044/2003). La cuestión de

501. Así, desde STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968. En concreto, ap. F) 4, 42.

502. STS de 11 junio de 1996 (RJ 1996, 5122), FJ 3.

503. Así se recuerda en la STC 337/1994, normalización lingüística de Cataluña, FJ 18, con referencia a los argumentos del Tribunal Supremo.

504. STC 337/1994, FJ 18.

505. Art. 5.2 RD 1393/2007, de acuerdo con lo establecido en el art. 5 del RD 1125/2003.

homologación de estudios es responsabilidad estatal (art. 36 LOU) y genera frecuentes quejas ante el Defensor del Pueblo⁵⁰⁶, especialmente respecto de los estudios de extranjeros, que han contado hasta hace poco con un sistema ineficaz y colapsado⁵⁰⁷ o la exigencia de documentación innecesaria para la identificación⁵⁰⁸.

En el ámbito de la formación profesional se reconoce el derecho al título (art. 44 LOE) y la Ley Orgánica 5/2002 regula un sistema integral y crea un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional (art. 8), desarrollado reglamentariamente⁵⁰⁹. De especial incidencia en la materia es el Derecho comunitario por su vinculación con la libre circulación de trabajadores [art. 3.1.c) TCE], debiéndose seguir la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

3.7.4. El derecho a recibir la educación en lengua comprensible, no a elegirla

Para el TEDH, el derecho a la educación garantiza que la enseñanza sea en una de las lenguas nacionales, pero no la materna ni la que elija el alumno o los padres, sino la que legítimamente establezcan las autoridades sobre bases objetivas. No es discriminatorio ni implica una «despersonalización» el hecho de obligar a un niño a estudiar en profundidad una lengua nacional que no es la suya propia⁵¹⁰. La CE no regula directamente la cuestión, pero hay una jurisprudencia bastante perfilada⁵¹¹, siendo básica la STC 337/1994, cuestión sobre la ley catalana de normalización lingüística. De esta sentencia derivan no pocas reglas de interés: el catalán puede ser lengua docente (FJ 9), así como el «centro de gravedad». La Administración competente es la que elige la lengua de comunicación (FJ 10), incluso más allá del aula, donde en todo caso no puede prohibir el uso del castellano (FJ 21). No hay ningún derecho constitucional a elegir lengua (FJ 9) y con la enseñanza en estudios básicos se satisface el deber de conocer el castellano (FJ 10). También es obligatorio conocer la lengua cooficial (FJ 14 y STC 87/1983, FJ 5) y se admite la imposición de un conocimiento suficiente de la misma para acceder al título (FJ 17). Eso sí, sobre la base del artículo 27.2 CE sí que hay

506. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 406 y ss. (ref. 06043325).

507. *Ibidem*, pp. 403 y ss. (refs. 05016452, 06002088, 06002217, 06008598, 06038024, 06041089, 06042289, etc.).

508. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 652 y ss. y 622 y ss.

509. Desarrollado en RD 1538/2006, por el que se establece la Ordenación General de la Formación Profesional del Sistema Educativo.

510. STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968.

511. Ver STC 137/1986, caso Ikastolas, FJ 1 y STC 195/1989, FJ 3.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho a «recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten». De ahí que se dan unas exigencias para asegurar un mínimo dominio, con ponderación y progresividad y medidas de apoyo, también medidas flexibles para quienes se incorporan tardíamente a las enseñanzas desde otros territorios (FJ 11).

Hay que tomar con cautelas la jurisprudencia del Tribunal Supremo previa a la referida STC 334/1994⁵¹². Si bien, parecen vigentes decisiones que afirman que «debe forzosamente existir una real intercomunicación» entre el docente y los alumnos y los poderes públicos deben asegurarla⁵¹³. Que es posible obligar a examinarse en catalán a quien ha elegido un grupo en esta lengua en la universidad⁵¹⁴ o que lesiona el derecho a la educación la imposición de una lengua sin haber sido informado previamente. A este respecto, el Defensor del Pueblo exige la información clara de la lengua de la enseñanza, detectándose problemas en los impresos de admisión y matriculación en la primera enseñanza⁵¹⁵. La materia lingüística queda expectante de lo que señale el Tribunal Constitucional respecto del nuevo Estatuto de Cataluña.

Debe señalarse que, amén de los centros extranjeros autorizados a impartir en enseñanza en su idioma, en la ESO y el Bachillerato es posible autorizar que parte de las materias del currículo «se impartan en lenguas extranjeras sin que ello suponga modificación de los aspectos básicos del currículo»⁵¹⁶. Esta opción ha sido aprovechada como uno de los medios de boicot a la polémica asignatura de Educación para la ciudadanía, al impartirse en inglés en la Comunidad Valenciana en la ESO, lo cual ha sido anulado por el TSJ Comunidad Valenciana⁵¹⁷. En la Universidad también se pueden impartir en otras lenguas enseñanzas oficiales y no oficiales.

4. SUJETOS

4.1. TITULARES

El alumno es el *sujeto* central de una enseñanza que, por medio de la

512. El Tribunal Supremo asume la doctrina del Tribunal Constitucional ya en la STS de 17 abril de 1996 (RJ 1996, 4627).

513. STS de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1260), FJ 5.

514. STS de 25 octubre de 1994 (RJ 1994, 8222).

515. Así, en DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 703 y ss. (ref. 05022672 y otras); ver Recomendación en p. 742.

516. Así, respecto de la ESO, DA 3 del RD 1631/2006. Para el Bachillerato, DA 4 del RD 1467/2007.

517. Orden de 10 de junio de 2008, suspendida por el TSJ de la Comunidad Valenciana, Auto de 28 de julio de 2008 (recurso 1553/08) y anulada por Sentencia 1097/2009, en el procedimiento ordinario 1391/2008, de 24 de julio de 2009, por dos motivos:

libertad y pluralidad, tiene por *objeto* el pleno desarrollo de su personalidad (art. 27.2 CE)⁵¹⁸. Además del reconocimiento del derecho a la educación como derecho de acceso a la misma (art. 1 LODE), la legislación educativa reconoce un estatuto de derechos en su condición de alumno (arts. 6 LODE y 46 LOU). Los menores no son los exclusivos titulares de este derecho, aunque sí sus principales beneficiarios⁵¹⁹, son los titulares naturales del derecho a la educación⁵²⁰. Este factor condiciona todo el régimen jurídico de la enseñanza y el estatuto de los miembros de la comunidad educativa. Y es que por ser los menores titulares naturales del derecho se deriva, de un lado, una presunción *iuris et de iure* de necesidad de protección y garantía particular por todos los agentes educativos⁵²¹. De otro lado, el objeto constitucional de la educación (art. 27.2 CE) se ha de lograr esencialmente en la enseñanza de menores de edad, que es cuando tiene lugar el fundamental desarrollo de la personalidad.

Centrando ya la atención en colectivos específicos, los ejemplos de discriminación en la educación son interminables, y tantos como las cláusulas típicas de no discriminación. Respecto de mujeres, discapacitados y extranjeros ya se han hecho referencias, también hay que tener en cuenta la discriminación respecto de niños con SIDA⁵²², la racial y contra minorías⁵²³ o con relación a los sistemas de clasificación temprana de los alumnos sobre la base de su capacidad, como el caso alemán⁵²⁴. La Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza y la Convención contra la discriminación de mujeres de 1979 son de especial interés. En la legislación educativa hay numerosas proclamaciones de la no discriminación⁵²⁵. Respecto de los contenidos, la igualdad en general y en particular la de sexo es elemento transversal del contenido de las enseñanzas (arts. 23-25, LO 3/2007), incluso en el ámbito universitario (art. 3.5 RC 1393/2007). En la LOE es una constante⁵²⁶.

porque no se puede exigir en la evaluación la destreza en el conocimiento de inglés y porque según la normativa aplicable, la iniciativa de impartir en otro idioma debe partir del centro educativo.

518. Mi tesis en COTINO HUESO, 1998, desarrollada en 2000b. Insiste en el individuo como beneficiario esencial, y habitualmente menor ALÁEZ CORRAL (2006, p. 8) y ello, pese a que existan otros titulares «instrumentales».

519. *Ibidem*, p. 110.

520. TOMÁSEVSKI, 2004a, p. 354.

521. ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 154.

522. Así, NACIONES UNIDAS-COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2001, n° 10.

523. *Ibidem*, n° 11.

524. Se describe y analiza en NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2007a.

525. Como derecho, p. ej., art. 46 LOU, arts. 1.2 y 72.e) LODE y arts. 2 y 12.2 de RD 732/1995.

526. En los «principios» del artículo 1 LOE, como «equidad» e inclusión en la educación (letra b), como valor a transmitir (letra c), la igualdad de oportunidades y sexos a desarrollar (letra l); forma parte de los «fines de la educación» (art. 2 LOE) así

Y todo ello se proyecta en la prolija normativa estatal y autonómica curricular así como en el proyecto educativo del centro educativo (art. 121.2 LOE). Más allá de los contenidos, en los centros ha de existir una persona que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, designada por el Consejo escolar (art. 126.2 LOE), órgano que tiene la competencia de que favorezcan la igualdad en el centro [art. 127.g) LOE]. La inspección educativa tiene también la particular misión de velar por la igualdad real de sexos [art. 151.e) LOE].

4.1.1. La no discriminación por sexo en la educación

La referida Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza prohíbe como «discriminación» las limitaciones de acceso o promoción, a personas o grupos, sistemas separados (art. 1). La discriminación por sexo es la que más atención genera mundialmente, siendo diversos datos preocupantes⁵²⁷ y muchas sus causas y formas⁵²⁸. La Convención contra la discriminación de mujeres de 1979 obliga a adoptar medidas [en especial, arts. 4.1 y 2.d) y 10] y múltiples acciones mundiales buscan erradicar la discriminación de género en la educación⁵²⁹, destacando en los últimos tiempos el informe especial del relator de Naciones Unidas para la educación en 2006⁵³⁰ con no pocas recomendaciones⁵³¹. Los países occidentales han superado básicamente los problemas de acceso femenino⁵³², al punto de que las mujeres superan a los hombres en la enseñanza postobligatoria, aunque se han detectado tasas de escolarización obligatoria menores en niñas norteafricanas, en edades obligatorias⁵³³. Persisten en todo caso preocupantes tendencias de concentración de mujeres en determinadas enseñanzas universitarias⁵³⁴.

como entre los objetivos y la organización de los cursos y la asignatura de educación para la ciudadanía, tanto en la educación primaria [arts. 17.1.d) y 18.3 LOE], como en la ESO [arts. 23.c) y 24 LOE]. En Bachillerato, Formación profesional y educación para adultos forma parte de los objetivos [arts. 33.c), 40.c) y 66.g)], respectivamente.

527. UNESCO (2006), NACCIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2006, p. 15.

528. *Ibidem*, p. 14, hace referencia a todas las carencias con cita de BENTAOUET KATTAN.

529. Plataforma de Acción aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995; Plan de Acción de la 5ª Conferencia Internacional de Educación para personas Adultas; Compromisos de la Cumbre de Dakar de 2004; Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/23, «El derecho a la educación», en su punto 4 b).

530. NACCIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2006, conclusiones.

531. *Ibidem*, pp. 26-28.

532. Así, en UNESCO, 2000b.

533. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2003b, p. 272, Recomendación 8ª.

534. En Ciencias de la Salud, el 74,2 % son mujeres, y son el 62,8 % en Ciencias sociales y jurídicas y el 62,9 % en Humanidades. Pero sólo un 27,4 % en las Enseñanzas técnicas. MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA, 2008.

Una cuestión polémica es la de la constitucionalidad de la educación separada o diferenciada⁵³⁵ frente a la coeducación conjunta de los sexos. Aunque minoritaria, en otros países, este tipo de educación está presente incluso en la red pública, como sucede en EE UU, Alemania y, más recientemente en Francia⁵³⁶. En perspectiva internacional, la educación separada no es discriminatoria «siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes» (art. 2 de la Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza), lo cual se ratifica desde el PIDESC⁵³⁷. La Convención contra la discriminación de mujeres de 1979 en su artículo 10.c) habla de estimular la enseñanza mixta, pero no niega otros modelos de educación. A nuestro juicio, en el marco constitucional cabe desde que los centros públicos optasen por la enseñanza separada, hasta que se impusiera la coeducación conjunta incluso en la enseñanza privada no subvencionada. Se trata de una decisión legítima que debe adoptar y asumir del legislador. En España, la actuación normativa y judicial al respecto ha sido un verdadero despropósito. Hasta la LOE, la legislación estatal omitía la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión, cuando sí mencionaba por raza, religión, origen social, etc. (art. 84.3 LOE). Con la introducción expresa de lo que es una exigencia constitucional se evitan más equívocos por los tribunales⁵³⁸. Además, la LOE ha optado por dar preferencia a un modelo educativo al priorizar a los centros que desarrollen la coeducación (DA 22 LOE). Esta preferencia del legislador ha sido ratificada por el Tribunal Supremo. Es más, el Tribunal Supremo ha excluido la elección del sistema educativo mixto o diferenciado del derecho de dirección de centros o del derecho de admisión.

4.1.2. El acceso a la educación por los extranjeros y su integración educativa

Respecto de la educación de los extranjeros⁵³⁹, las cuestiones básicas

535. Al respecto, no jurídicamente, SALOMONE, 2007.

536. Datos de interés en voz «Educación diferenciada»: <http://es.wikipedia.org/wiki/Diferenciada>.

537. Así, OG 13, ap. 33.

538. Hasta la LOE, la legislación española eludía a propósito mencionar la prohibición de discriminar por sexo en la admisión de alumnos (arts. 20.2 y 53 LODE, 3 del RD 366/1997 y 72.3 LO 10/2002), como si el art. 14 CE permitiese exclusiones por no ser reiterado en la legislación. Los tribunales (hasta ahora) se han acogido a los argumentos internacionales y de legislación infraconstitucional para dar por buena la educación separada y la financiación de la misma (La STS de 26 junio de 2006 [RJ 2006, 5967] ratifica la SAP de 20 de diciembre de 1999). Incluso se anularon disposiciones normativas autonómicas por incluir la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos dado que la normativa estatal no la incluía (STSJ de Andalucía, de 11 mayo de 2006 [JUR 2006, 203094]).

539. Recientemente EMBID IRUJO (2004) y PÉREZ VERA (2006), a la sazón magistrada del Tribunal Constitucional que iba a resolver la STC 237/2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que se suscitan son la extensión completa del derecho a la educación a los irregulares, la identidad de régimen jurídico educativo con los alumnos nacionales y las dificultades de integración e incorporación en el sistema educativo del alumnado extranjero.

Los refugiados y los apátridas sí que tienen internacionalmente reconocido el mismo trato que los nacionales respecto de la educación elemental y en la postobligatoria, cuanto menos, el mismo trato que los extranjeros⁵⁴⁰. Respecto de los extranjeros irregulares la normativa internacional no parece apoyar la extensión de derechos educativos⁵⁴¹, incluso se niega de forma expresa⁵⁴². Sin embargo, en 2005 el TEDH ha afirmado para toda persona el derecho de acceso a la educación elemental⁵⁴³ y, yendo más allá, el Tribunal Constitucional español ha extendido a todos el acceso a las enseñanzas no obligatorias y el acceso al sistema de becas⁵⁴⁴. De este modo son nulas las convocatorias de becas que exigen ser residente para su obtención⁵⁴⁵. Ahora bien, el derecho al estudio postobligatorio no legaliza la situación de irregularidad⁵⁴⁶. El Derecho comunitario europeo garantiza el acceso a la enseñanza general o la formación profesional a los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro que residan en el territorio⁵⁴⁷, siendo que el TJCE en su sentencia del Pleno, de 17 septiembre 2002 ha perfilado el alcance de este precepto en un sentido bastante extensivo.

Uno de los problemas básicos es el de la integración del alumnado extranjero, que en la educación no universitaria se ha multiplicado por diez

-
540. Art. 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y art. 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.
541. Así parece implícito en la Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza [art. 3.c)]. España no ha ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en el marco de Naciones Unidas (Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990), con su art. 30 para educación. Y la Recomendación de 4 de mayo de 2005 no tiene fuerza jurídica. Ver UNIÓN EUROPEA, 2005, p. 127.
542. Anexo a la CSE «las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente».
543. STEDH *Timishev*, de 13 diciembre de 2005, n° 64 y ss.
544. STC 236/2007, recurso a la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería, FJ 8.
545. Auto de octubre de 2008 (se conoce sólo por referencias periodísticas) de la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por el que suspende de manera cautelar la resolución de la Secretaría de Estado de Educación y Formación de 6 de mayo de 2008.
546. STS de 20 abril de 1999 (RJ 1999, 4527), FJ 2.
547. Art. 12 Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

Capítulo VI. El derecho a la educación

en diez años, siendo un 11,6 % en 2007. El alumnado extranjero procede mayoritariamente de América Latina (42,9 %), de Europa (28,3 %) y África (19,5 %). El racismo en la escuela es una realidad⁵⁴⁸, además los extranjeros tienen mayor fracaso escolar⁵⁴⁹ y son víctimas del acoso en doble medida que los nacionales⁵⁵⁰. Los factores que inciden en los particulares problemas del alumnado extranjero son diversos⁵⁵¹ y también las soluciones propuestas⁵⁵², a veces con eco en la normativa autonómica⁵⁵³. Las divergencias religiosas también es un elemento a tener en cuenta⁵⁵⁴. Otro problema, como desde hace años subraya el Defensor del Pueblo, es que importantes capas de la sociedad parecen querer huir de los extranjeros y los centros concertados parecen situarse como un refugio, mientras que en los centros públicos un 10, 2 % son extranjeros, sólo un 4, 6 % en centros privados (4,6 %)⁵⁵⁵. Internacionalmente, se apuesta por medidas contundentes que eviten la concentración⁵⁵⁶ y el Defensor del Pueblo propone diversas medidas, sobre todo, el establecimiento de cupos de reserva para asegurar el promedio correspondiente⁵⁵⁷. Otro problema es que, en muchas ocasiones y especialmente en su incorporación, el alumnado extranjero tiene necesidades educativas espe-

-
548. *El País*, jueves, de 24 de junio de 2008, «Dos tercios de los alumnos rechazan trabajar junto a marroquíes y gitanos», con referencia a un estudio del Observatorio Estatal de Convivencia Escolar, organismo del Ministerio de Educación.
549. La puntuación en el Informe PISA 2006 de los extranjeros es 55 puntos inferior a la de sus compañeros nativos. Y el Defensor del Pueblo señala los resultados académicos significativamente peores: *Informe 2003*, p. VIII.
550. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO, 2007, p. 254.
551. DEFENSOR DEL PUEBLO (2003b, pp. 9 y ss.), entre los más importantes son la dificultad del idioma, así como, especialmente, la concentración de extranjeros en centros públicos y especialmente en contextos sociales más conflictivos y la falta de recursos adecuados.
552. DEFENSOR DEL PUEBLO (2003b, pp. 261 y ss. recomendaciones). Las soluciones propuestas pasan, básicamente, porque la integración plena sea un objetivo prioritario, a un conocimiento particular de este alumnado, su redistribución equilibrada en los centros públicos y privados del sistema educativo, la formación del profesorado, materiales didácticos específicos, el apoyo específico lingüístico, ampliación de horarios y servicios de los centros, el aseguramiento de la escolarización en la ESO niñas de algunos países donde parece existir algún riesgo; el fortalecimiento de los contenidos transversales para la integración y, sobre todo, la potenciación en la población española de la necesaria integración.
553. Ver para la Comunidad Valenciana, Ley 12/2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, art. 35, Integración social del alumnado.
554. SÁNCHEZ FERRIZ y ELÍAS, 1995.
555. Ver, DEFENSOR DEL PUEBLO, 2003a, pp. 409 y ss., esp. pp. 414 y ss.
556. NACCIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2004, pp. 20 y ss., n° 88, 89 y 100.
557. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2003a, pp. VI-VII, y 2003b, pp. 265-266, recomendaciones. Además de la señalada, campañas específicas a los inmigrantes para informarles de la gratuidad de los centros concertados, incrementar el control de las autoridades.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

ciales. La falta de satisfacción de estas necesidades educativas especiales –ya se trate de extranjero o de cualquier sujeto con las mismas–, supone, sin duda, una lesión del derecho a la educación en su dimensión prestacional, si bien queda muy vinculado con el desarrollo legal y normativo de esta cuestión. A este respecto, la LOE contiene diversas garantías para la equilibrada distribución de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo (arts. 84 y esp. 87 LOE)⁵⁵⁸. La integración tardía en el sistema educativo es uno de los grandes retos respecto de este colectivo. En estos casos, debe favorecerse la incorporación de los mismos y «en todo caso» debe garantizarse en la edad de escolarización obligatoria (art. 78 LOE). «[A]tendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico» (art. 78.2 LOE), deben existir programas específicos a fin de facilitar su integración en el curso correspondiente (art. 79 LOE). Especialmente polémicas son las medidas de educación segregadora de extranjeros, previa a su incorporación ordinaria, como en Cataluña⁵⁵⁹. Son medidas no habituales en Europa⁵⁶⁰. Consideramos que en abstracto no son inconstitucionales, sino precisamente un medio transitorio para el logro de una mejor integración y eficaz disfrute del derecho a la educación del extranjero.

Finalmente, respecto de las enseñanzas universitarias, son habituales los problemas por la exigencia de pruebas de acceso en España, la cual ya no se da *ex art.* 38.5 LOE para alumnos procedentes de la Unión Europea o de países con acuerdos internacionales. El Defensor del Pueblo insiste en el sistema obsoleto de baremación de calificaciones según el sistema de procedencia⁵⁶¹ y los problemas que supone tanto para españoles como para extranjeros, ahora en competencia por la plaza según sus notas. En el ámbito de Ciencias de la Salud son los españoles los que se consideran perjudicados con la conversión de calificaciones⁵⁶².

558. Con reflejo en la normativa autonómica, p. ej., art. 30.4 de Decreto 33/2007 de la Comunidad Valenciana y art. 41 de la Orden del Conseller de Cultura, Educación y Deporte, de 27 de abril de 2007.

559. «Espacios de Bienvenida Educativa» en Cataluña para inmigrantes mayores de ocho años que presenten mayores dificultades, que permanecen en los mismos hasta nueve meses.

560. La segregación sólo se da en países con un índice bajo de inmigración, como Finlandia. En Francia hay clases de «equiparación de nivel», clases adicionales en Reino Unido, o el refuerzo fuera de los centros en Alemania, ver «La segregación no tiene aliados», en *El País*, de 21 de julio de 2008.

561. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, p. 401 (refs. 06044694, 06040065, 06032780, 06031474, 06040065, etc.). Cabe tener en cuenta el sistema de calificaciones europeo, desarrollado por el RD 1125/2003. La cuestión se retoma especialmente en DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 645 y ss.

562. *Ibidem*, sobre quejas de no admitidos en estas ramas (refs. 07023152, 07023274, 07028290, 07028431, 07028749, 07029899, 07035548, etc.) con relación a la aplicación de la Resolución de 7 de mayo de 2007.

4.1.3. Acceso efectivo a la educación por discapacitados y el (nuevo) derecho fundamental a una educación inclusiva

Las personas con discapacidad constituyen la minoría más extensa del mundo, alrededor del 10 % de la población mundial, es decir, 650 millones de personas, padece algún tipo de discapacidad⁵⁶³ y entre un 15 y un 20 % de todos los alumnos tienen necesidades especiales en algún momento de su itinerario educativo⁵⁶⁴. Hasta 2006 las referencias a los discapacitados en los tratados internacionales eran escasas (arts. 15 CSE y 23 CDN)⁵⁶⁵. Desde 1990, importantes documentos internacionales programáticos prestan atención a la educación inclusiva⁵⁶⁶. No obstante, el TEDH en febrero de 2006 deja al ámbito de discrecionalidad del Estado el tratamiento de las necesidades especiales tanto en centros ordinarios como en centros especiales⁵⁶⁷. Sin embargo, en diciembre de 2006, la Asamblea General en su Resolución 61/106 aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España y ya en vigor⁵⁶⁸. Este tratado obliga a la educación inclusiva (art. 24)⁵⁶⁹. En consecuencia, el derecho a la educación del artículo 27 CE se traduce vía artículo 10.2 CE en el derecho a una educación inclusiva que hace de la educación especial segregada una excepción residual⁵⁷⁰, sin perjuicio de que siga existiendo de forma subsidiaria⁵⁷¹. Este nuevo derecho

563. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, p. 758.

564. NACIONES UNIDAS–MUÑOZ VILLALOBOS (2007B) se cita el estudio de JONSSON y WIMAN.

565. En el marco de la CSE, cabe tener en cuenta la condena en Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003, Reclamación 13/2002, Autismo-Europa vs. Francia por no haber avances suficientes y la «insuficiencia crónica» de estructuras (nº 54). Se sigue JIMENA QUESADA, 2007, pp. 211-230.

566. Conferencia Mundial sobre la Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia), en 1990; «Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad», de 2003. En 1994 se aprobó la «Declaración de Salamanca de principios, política y práctica para las necesidades educativas especiales» de la UNESCO (esp., nº 2); *Vid.* UNESCO, 2000a, esp. nº 33. Sobre el tema, recientemente, LÓPEZ TORRIJO, 2009. Destaca asimismo NACIONES UNIDAS–MUÑOZ VILLALOBOS (2007b), del que cabe subrayar distintos elementos básicos a seguir (p. 5, nº 7) y no pocas recomendaciones (en «Conclusiones», pp. 24 y ss.).

567. STEDH *DH* y otros, de 7 febrero de 2006, nº 47.

568. Convención ratificada el 30 de marzo de 2007 (BOE de 21 abril de 2008) y se encuentra en vigor desde 2008 en razón de superar las 20 ratificaciones, aunque son pocas más con las que cuenta.

569. Su art. 24 reconoce expresamente el derecho a la educación de las personas con discapacidad, garantizando su no exclusión del sistema de educación general, en concreto de la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria, con calidad y en pie de igualdad con otros. Asimismo, se ha de asegurar el acceso general a la educación terciaria, capacitación profesional, educación para adultos y aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en pie de igualdad con otros.

570. Se niega por tanto el paradigma de la educación segregada, NACIONES UNIDAS–MUÑOZ VILLALOBOS (2007b, p. 7, nº 11). Ver también UNESCO, 2005, p. 9.

571. NACIONES UNIDAS–MUÑOZ VILLALOBOS, 2007b, p. 15, nº 40.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tiene un componente prestacional esencial, puesto que no sólo se trata de integrar a los discapacitados en las escuelas ordinarias, sino que exige el apoyo adicional que, de lo contrario, conllevaría al aislamiento del alumno en el sistema ordinario⁵⁷².

La normativa española es muy prolija e incide más o menos directamente en el ámbito educativo⁵⁷³. Para las enseñanzas no universitarias la LOE sitúa entre los alumnos necesitados específicamente de apoyo al «Alumnado que presenta necesidades educativas especiales» (arts. 73 y ss. LOE), entre los que están quienes padecen circunstancias de discapacidad o diferente capacidad psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de conducta. Su escolarización se «regirá por los principios de normalización [o integración escolar⁵⁷⁴] e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo». También se afirman en otras normas los principios de sectorización e individualización⁵⁷⁵. La escolarización en centros de educación especial es «excepcional»⁵⁷⁶. Periódicamente se evaluarán los resultados para revisar la modalidad de escolarización a fin de la mayor integración. El derecho a la educación de este alumnado se extiende a todos los niveles y educaciones que sean posibles (artículos 14-16 RD 696/1995) y su permanencia puede extenderse hasta los veintiún años. Para el caso de no poderse lograr los objetivos de la educación obligatoria (primaria y ESO) se fomentarán su integración sociolaboral con programas de garantía social (art. 17 RD 696/1995) con ofertas adecuadas para ellos, con reserva de plazas en la formación profesional (art. 75 LOE)⁵⁷⁷.

El reconocimiento del nuevo derecho fundamental a la educación inclusiva fortalece el carácter iusfundamental de las exigencias prestacionales en el ámbito de las necesidades educativas especiales. Estas necesidades educativas especiales se integran en la respectiva facultad prestacional del derecho a la educación, si bien, su consideración especial y la cualidad de las necesidades del sujeto hace más intenso el mandato constitucional para su cumpli-

572. *Idem*.

573. Así, las Leyes 13/1982, 51/2003, 27/2007 y 49/2007. La normativa de desarrollo de interés son los RR DD 366/2007, 505/2007, 1414/2006, 1417/2006, 1494/2007 y 1865/2004.

574. El RD 334/1985, de Ordenación de la Educación Especial, lo define en su Exposición de Motivos.

575. *Idem*, que se reciba la educación que se necesita según individuo.

576. Art. 13 del RD 696/1995, de Ordenación de la Educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, art. 74 LOE y art. 1 del RD 334/1985.

577. Esta reserva de plazas no será inferior al 5 % en razón de la DA 2ª del RD 1538/2006, por el que se establece la Ordenación General de la Formación Profesional del Sistema Educativo.

miento. Se fortalece, pues, la importancia de su regulación y, sobre todo, de la obligatoriedad de dar respuesta efectiva a tales necesidades. El artículo 6.1.h) LODE (reformado por la LOE) no es sino una expresión clara de esta percepción al reconocerse el derecho de los alumnos: «A recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo».

También hay que tener en cuenta las exigencias de accesibilidad y el cumplimiento de la legislación al respecto (art. 110 LOE, Ley 51/2003). En las universidades, frente al práctico olvido de la normativa anterior, la LOU incluye referencias específicas: la no discriminación en el ingreso en los centros, permanencia en la Universidad y ejercicio de sus derechos académicos [art. 46.2.b)] y una amplia disposición adicional 24 LOU que entre otras cosas se reconoce «el derecho a la exención de tasas y precios públicos» (cuestión polémica que denunciaba el Defensor del Pueblo⁵⁷⁸). También se menciona expresamente la adopción de «medidas de acción positiva», apoyo legal que puede facilitar su admisibilidad constitucional.

4.1.4. Las particularidades respecto de alumnos gitanos, presos y trabajadores

La segregación de gitanos en la educación ha sido una cuestión especialmente polémica en el marco europeo⁵⁷⁹. El TEDH⁵⁸⁰ en su STEDH *D. H. y otros* de 7 febrero 2006 considera dentro del ámbito de discrecionalidad del Estado el tratamiento de la inclusión educativa, permite el tratamiento de las necesidades especiales tanto en centros ordinarios como en centros especiales (ap. 47). Entiende asimismo que las escuelas especiales no son sólo para los gitanos, sino para los que tengan las necesidades especiales y que se probó que no acudían por criterios de raza, sino en razón de pruebas psicológicas objetivas y profesionales (aps. 48 y 49) y que, además, se contaba con un consentimiento paterno suficiente (aps. 50 y 51). En el caso de España no se da esta polémica, si bien se detecta (como en Grecia) una alta tasa de deser-

578. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 319 y ss. e *Informe 2008*, pp. 682 y ss.

579. En diversos países se escolarizan a los niños romaníes en escuelas especiales para niños con ligera discapacidad mental (Hungría, Eslovaquia República Checa). Ello ha generado una grave preocupación en ámbitos internacionales mundiales y europeos: UNIÓN EUROPEA, 2005 y 2006, y Recomendación CONSEJO DE EUROPA, 2000.

580. Previamente, la STEDH *Coster*, de 18 enero 2001, señaló que una medida de ordenación urbanística de emplazamiento de caravanas de gitanos no había lesionado el derecho a la educación de los niños.

ción escolar y el absentismo de los niños romaníes⁵⁸¹. Como recuerda ESCOBAR⁵⁸², en algunas Comunidades Autónomas se dan medidas especiales para la integración social de los niños gitanos en el sistema educativo⁵⁸³. Asimismo se apunta la tendencia de las familias no gitanas a cambiar de colegio a sus hijos cuando en éste ingresa un número importante de alumnos gitanos⁵⁸⁴.

Respecto de los presos, el Tribunal Constitucional afirma su derecho a la educación pero «sujeto a las modulaciones y matices derivadas de su situación»⁵⁸⁵, que, pueden conllevar que dejen de tener acceso a los medios informáticos en razón de un cambio de centro penitenciario, por ejemplo⁵⁸⁶. El Defensor del Pueblo ha recomendado que los cambios de módulo en un mismo centro no interrumpan su asistencia a clase⁵⁸⁷.

Por cuanto al derecho a la educación de los trabajadores, en su sentido amplio hay que vincularlo a la formación profesional y su tratamiento, obviamente, excede el marco de este estudio. De otra parte cabe, el Tribunal Constitucional ha excluido que las obligaciones que comporta la dimensión subjetiva prestacional del derecho a la educación recaigan sobre los particulares y empresarios⁵⁸⁸. Sin embargo, en el ámbito de la dimensión objetiva de este derecho, legalmente se han reconocido «derechos» en el artículo 23.1 ET a permisos, preferencias en turnos, adecuación de jornada, etc⁵⁸⁹.

4.2. OBLIGADOS

4.2.1. Los padres u otras personas responsables de la educación del menor

El TEDH afirma que los padres «tienen el deber natural de asegurar la educación de sus hijos»⁵⁹⁰. Los padres u otras personas responsables de la

581. Así, UNIÓN EUROPEA, 2005 y 2006.

582. FIO, 2005, pp. 212 y ss.

583. La Ley de Madrid 4/2002 prevé el fomento de la incorporación temprana del alumnado gitano.

584. Al respecto, COMISIÓN EUROPEA, 2004, p. 19.

585. STC 140/2002, caso del preso que pide ordenador en la cárcel de «El Dueso», FJ 4, con remisión a la STC 175/2000, por cuanto a las modulaciones de derechos de los presos.

586. *Ibidem*, FJ 5.

587. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, p. 1430, ref. 06009268.

588. En este sentido, STC 129/1989, caso estudiantes de Derecho que trabajan en Ciudad Sanitaria «Virgen del Rocío» en turno fijo de noche, FJ 5.

589. Conflictividad en Sentencias del STSJ de Madrid (Social) de 21 mayo de 2002 (AS 2002, 2373) y del STSJ de Navarra (Social), de 25 julio de 2001 (JUR 2001, 271188), FJ 3.

590. STEDH *DH y otros*, de 7 febrero de 2006, n° 51.

Capítulo VI. El derecho a la educación

educación del menor⁵⁹¹ son los «primeros educadores»⁵⁹², al tiempo de responsables de que sus hijos reciban la educación a la que tienen derecho. «Su preocupación fundamental será el interés superior del niño» (art. 18 CDN). Los padres son los primeros destinatarios de la obligación y al Estado le corresponde una función supervisora y aseguradora⁵⁹³, como ratifica el artículo 39.3 CE. Las facultades de la patria potestad, lejos de ser derechos van orientadas al cumplimiento de una función constitucional⁵⁹⁴. De este modo se explica que la patria potestad «se ejercerá siempre en beneficio de los hijos» «y comprende» el deber de «educarlos y procurarles una formación integral» (art. 154 CC). Como señala el TEDH, la negación del derecho a la educación de los hijos causada por los padres puede llegar a acarrear la pérdida de la patria potestad, es decir, llegar a justificar una injerencia tan grave en el derecho a la vida privada y familiar⁵⁹⁵. Según se dijo al determinar el concepto constitucional de educación, los padres tienen la obligación prestacional de brindar una formación integral a sus hijos. Como consecuencia, queda comprendido en el derecho a la educación la garantía jurídica por el Estado del cumplimiento de este deber por los padres. Sin perjuicio de sus deberes y obligaciones, los padres también tienen reconocido derechos subjetivos en el ámbito de la educación. Así, la Constitución reconoce el «derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3 CE)⁵⁹⁶. Ahora bien, los tribunales recuerdan que este derecho no ampara un pretendido derecho a la no escolarización bajo el pretexto de los padres de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente⁵⁹⁷. También la ley reconoce facultades a los padres que, además, tienen cobertura constitucional. Así, el artículo 4.b) y c) LODE reconoce su derecho a la información y la participación en el proceso educativo y en los centros⁵⁹⁸ o el derecho a la asociación para el contexto específico de la educación (art. 5.1 LODE). En ocasiones, los padres suplen la falta de capacidad de obrar y

591. Se sigue en este sentido a DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 24) y EMBID IRUJO (1981, p. 673). También, ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 122.

592. TOMÁSEVSKI, 2004a, p. 354.

593. ALÁEZ CORRAL, 2003a, pp. 90-91.

594. *Ibidem*, p. 12.

595. En este sentido, STEDH *Olsson*, de 24 de marzo de 1988.

596. Buena parte de la doctrina en mi contra, como ALÁEZ en diversos de sus trabajos aquí citados. También, EMBID IRUJO (1981, p. 674); NOGUEIRA (1988, pp. 159-160). DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 27) consideran que no es un derecho subjetivo sino un interés legítimo con tutela privilegiada.

597. SAP de Málaga de 6 junio (AC 2005, 1654), FJ 3.

598. Ver también art. 50 del Proyecto de Decreto valenciano de 2007, sobre la convivencia en los centros docentes no universitarios.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ejercen en beneficio de menor sus derechos⁵⁹⁹, no ya como derechos, sino como deberes (art. 5.2 LODE): la efectiva escolarización, el disfrute de las ayudas y becas existentes, la dotación de los recursos y condiciones posibles para el progreso escolar, así como el compromiso y estímulo del progreso de sus hijos (art. 5.2 LODE)⁶⁰⁰. El incumplimiento más grave de estos deberes puede tener consecuencias civiles e incluso penales.

4.2.2. Los poderes públicos responsables del derecho a la educación

Sin perjuicio de los deberes de los padres, el derecho a la educación obliga principalmente a los poderes públicos y más por cuanto su dimensión prestacional. En ello están implicados los parlamentos estatal y autonómicos, no sólo en lo normativo, sino también en las funciones presupuestarias y de asignación de recursos, tan importantes para la educación, así como el control parlamentario. El Ejecutivo y la Administración estatal retiene un papel regulador de lo básico, muy importante en la educación, también es organizador e impulsor de la cooperación educativa autonómica en materia no universitaria, puesto que esta cooperación se organiza particularmente en el ámbito universitario. Sin embargo, el Estado retiene escasas atribuciones ejecutivas (evaluación y calidad, alta inspección y algo en becas) frente a las Administraciones autonómicas. También el desarrollo infralegal autonómico es muy importante en el desarrollo concreto de las disposiciones estatales y para la puesta en marcha efectiva de la actividad prestacional y de la dotación de recursos. Por cuanto al Poder judicial, la garantía básica del derecho a la educación no se hace depender en la realidad de jueces y tribunales, sin perjuicio de un importante *corpus* jurisprudencial en materia educativa (sobre todo en conciertos educativos y lengua y en los últimos tiempos «Educación para la ciudadanía»). Como se ha adelantado, el grueso de la garantía del derecho a la educación queda en los docentes y centros mismos, en los órganos de escolarización, la inspección educativa y los servicios de la administración educativa, dependientes por lo general de las Comunidades Autónomas. También los *ombudsmen* estatal y autonómicos tienen una actividad significativa en este derecho.

Por cuanto a las competencias en el ámbito educativo cabe remitir a lo señalado *infra* en el ámbito de las fuentes.

4.2.3. Docentes y centros

Los docentes y los centros están en la primera línea del ejercicio del derecho a la educación, que finalmente depende del buen hacer de los do-

599. ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 93.

600. Ver, art. 52 del Proyecto de Decreto valenciano de 2007.

Capítulo VI. El derecho a la educación

centes. La educación queda, pues, en manos de más de 700.000 docentes en España⁶⁰¹ integrados en más de 25.000 centros educativos⁶⁰² y 71 universidades⁶⁰³. El Título III (arts. 91 y ss.) de la LOE incluye una amplia regulación de la función docente. Entre otros aspectos se regulan diversos deberes jurídicos en sus funciones de programación, evaluación, orientación, tutoría e información, así como su deber de implicación y participación en la actividad docente y del centro, «bajo el principio de colaboración y trabajo en equipo». Sin perjuicio de la regulación jurídica de sus cometidos, de la posibilidad del control jurídico del cumplimiento de sus deberes jurídicos, el logro del objetivo de la educación va mucho más allá de los mínimos exigibles jurídicamente. De ahí se explica que se den expresiones normativas del reconocimiento y estima de la función social del profesorado (Cap. IV, arts. 103 y ss. LOE), lo cual en ocasiones se canaliza en el reconocimiento del mismo como autoridad, como la Ley de Autoridad del Profesor finalmente aprobada en junio de 2010 por la Comunidad de Madrid. Bien es cierto que estas expresiones normativas tienen un sentido más simbólico y político que jurídico.

Tanto docentes como centros quedan particularmente garantizados por las libertades de la enseñanza⁶⁰⁴ [libertad de cátedra, art. 20.1.c) CE]; creación y dirección de centros privados, carácter propio (art. 27.6 CE); autonomía legal de centros públicos (art. 120 LOE) y las universidades gozan de autonomía (art. 27.10 CE). Que al alumno (o sus padres) no le gusten los medios o modos del docente no necesariamente lesiona el derecho a la educación u otros derechos del alumno, quien no puede dejar de asistir a las clases de un profesor por sus discrepancias de este tipo⁶⁰⁵. Al mismo tiempo, centros y docentes tienen unas facultades de ordenación que pueden fundamentar diversos límites a las libertades y derechos de los alumnos. En el caso de los centros privados, la aceptación del ideario, conocido previamente, es una obligación jurídica para el alumno (y sus padres) (art. 115 LOE), que tiene que respetarlo y no atacarlo, si bien no hay que «convertirse en apologista del mismo»⁶⁰⁶. En el caso de los

601. El profesorado total en Enseñanzas de Régimen General es de 613.082 (449.012 –73,2 %– en centros públicos y 164.070 –26,8 %– en privados). En la universidad, en 2004-2005, suman un total de 98.710 (90.309 de Universidades públicas), de los cuales 52.238 son funcionarios (57,85) (Catedráticos y profesores titulares) frente a 38.071 contratados (42,2 %): MEC, 2008.

602. En 2006-2007 hay un total de 23.233 centros de educación de régimen general, de los que 16.500 (71 %) son públicos y 6.733 (29 %) privados. En enseñanzas de régimen especial hay 2.052 centros, de los que 1.277 (62 %) son públicos y 775 (38 %) privados. *Ibidem*.

603. El alumnado universitario se distribuye en 71 universidades, 48 públicas (67,6 %) y 23 privadas (32,4 %): MEC–CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA, 2008.

604. La doctrina es muy abundante, por su claridad, RODRÍGUEZ COARASA, 1997.

605. STSJ de Madrid, de 15 de septiembre de 2004.

606. STC 5/1981, FJ 10.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

centros públicos, el proyecto educativo del centro (art. 121 LOE) y su proyección en las normas de convivencia y la aplicación de las mismas podría, en su caso, suscitar conflictos concretos con el derecho a la educación de los alumnos, que de forma concreta cabría enjuiciar.

5. INTERVENCIONES Y LÍMITES

5.1. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS LÍMITES

Los límites al derecho a la educación⁶⁰⁷ deben tratarse tanto como derecho fundamental de la máxima protección⁶⁰⁸ cuanto como derecho de libertad así como, y especialmente, como derecho social prestacional⁶⁰⁹. Esta segunda perspectiva es la que más interesa y la que más requiere de elaboración dogmática. Pues bien, para el juicio de la constitucionalidad de un límite a un derecho, el punto de partida es determinar si efectivamente se trata de una restricción. Ello se realiza a través de un juicio de relevancia constitucional⁶¹⁰ pues «no basta con cualquier vulneración de la legalidad para considerar producida la de ese derecho fundamental. Deberá ser una infracción constitucionalmente relevante, es decir, que por su naturaleza o alcance produzca efectivamente esa lesión»⁶¹¹. Habrá de afectarse negativa y significativamente a una o más de las facultades que integran el contenido descrito del derecho, al suponer una dificultad, una prohibición o reacciones o castigos por su ejercicio. Y no hay que olvidar que como derecho prestacional es un derecho a resultados, por lo que será posible inferir jurídicamente cuándo el resultado efectivo es que no se logre el contenido obligado del derecho a la educación⁶¹². «El derecho subjetivo se torna reconocible debido a las consecuencias de su no reconocimiento»⁶¹³.

607. Ver DÍAZ REVORIO, 2002a, pp. 64 y ss.

608. Al respecto, ESCOBAR ROCA (2005), BASTIDA (2004), MEDINA GUERRERO (1996) y COTINO HUESO (2007), entre otros.

609. Sobre las restricciones a los derechos sociales, destacan los Principios de Limburgo, aps. 46-73. y en particular para educación, OG 13, aps. 42, 44, 45 y 59.

610. Como pauta, sígase el desarrollo de los nuevos artículos 49.1 y 50.1.b) LOTC.

611. STS de 13 marzo de 2006 (RJ 2006, 1108), FJ 5.

612. Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, ap. 15: «por no adoptar las medidas apropiadas; por no reformar o no derogar disposiciones legislativas incompatibles con una obligación; por no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las obligaciones; por no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales; por no velar por la efectividad, entre otros medios con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento; por no eliminar con prontitud los obstáculos así como por no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales». Ver OG 13, aps. 45 y 49.

613. ARANGO, 2005, p. 129.

La vulneración de los derechos prestacionales por lo general se produce «cuando un Estado, por acción u omisión, desarrolla una política o práctica que vulnera deliberadamente o pasa por alto las obligaciones»⁶¹⁴ que el derecho comporta. Puede haber una regresión por comisión directa⁶¹⁵, aunque lo más frecuente es que las vulneraciones del derecho a la educación se produzcan a través de actos de omisión⁶¹⁶ o incapacidad⁶¹⁷. Si se trata de educación privada, hay responsabilidad por la omisión de la diligencia debida para corregir el comportamiento de actores no estatales⁶¹⁸. Finalmente, si se alega que la violación del derecho es por incapacidad y no por voluntad de incumplimiento, el Estado «tiene la obligación de probar que así ocurre en realidad»⁶¹⁹ y, en todo caso, tiene la obligación de corregir de inmediato la medida⁶²⁰. Hay que remitir a lo ya señalado en razón de las regresiones en educación en razón de la crisis económica, especialmente desde 2011, que no siempre supondrán una lesión del derecho fundamental, pero que sí que es posible una fiscalización jurídica de tales regresiones que conduzca a determinar que la resolución sí que es inconstitucional.

Bien es cierto que en la realización de este juicio de admisibilidad de los límites, cabe introducir criterios de «razonabilidad» para valorar la infracción constitucional. Y, por ello, podrá aducirse una «reserva de lo posible» en el sentido de aquello que el individuo puede exigir razonablemente a la sociedad.⁶²¹

La mayoría de las restricciones del derecho a la educación serán vulneraciones constatables de la dimensión prestacional del derecho sobre la base de datos de la realidad. También, para que la restricción sea admisible habrá

614. Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, ap. 11.

615. Se tratará de «la derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias; la denegación activa; una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza; el apoyo activo a medidas adoptadas por terceros; disposiciones legislativas o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes; medidas deliberadamente regresivas; la obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo de un derecho; la reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos». Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, ap. 14.

616. Tampoco será nada frecuente una omisión absoluta de acción, que supusiera la total inactividad para la satisfacción del derecho: ESCOBAR ROCA, 2008.

617. Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, ap. 15.

618. *Ibidem*, ap. 18.

619. *Ibidem*, ap. 13.

620. NACIONES UNIDAS, 2004, p. 30.

621. Así formulada por ARANGO, 2005, p. 333.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de contar con suficiente base legal⁶²², certeza y previsibilidad⁶²³. Si así es, habrá de realizarse el oportuno juicio de constitucionalidad de la restricción. Y sólo son admisibles los límites deben proceder de otro derecho o bien constitucional, que tengan una justificación objetiva y razonable y sean proporcionales, en el sentido de idóneos, los menos gravosos para el derecho y ponderados⁶²⁴. Finalmente, «tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la educación»⁶²⁵, esto es, el «contenido esencial» del derecho⁶²⁶. De este tipo de restricciones puede considerarse las limitaciones de acceso a enseñanzas no obligatorias y, en particular, a la universidad, que ya fueron analizadas (*supra*, 3.4.2) o las medidas disciplinarias que luego se analizan.

5.2. EL SUPUESTO ESPECIAL DE COLISIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

El tratamiento de los límites es especial en los supuestos de colisión del derecho a la educación con otros derechos fundamentales, como los de los miembros de la comunidad educativa (ideario o carácter propio de los centros privados o la libertad de cátedra⁶²⁷ o el derecho de huelga de trabajadores de centros docentes⁶²⁸, p. ej.). En estos casos, no es necesaria una previsión legal del límite o restricción, por proceder directamente de la Constitución⁶²⁹. Así, que sólo cabe acudir a una ponderación sin jerarquía alguna de derechos, todo lo más, cierta posición preferente o garantía institucional de las libertades de la enseñanza⁶³⁰, y siempre dando solución al caso concreto. En el caso del derecho de huelga en educación, la autoridad responsable debe hacer la previsión de los servicios mínimos de centros y docen-

622. «[L]a Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental»: STC 292/2000, FJ 11.

623. STC 292/2000, FJ 15.

624. STC 120/1990, FJ 8.

625. STEDH *Mürsel Eren*, de 7 febrero de 2006 (ap. 44), con remisión a STEDH *Régimen lingüístico belga*, de 23 de junio de 1968, ap. 5.

626. Art. 53.1 CE. Sobre este concepto, por todos, STC 11/1981, FJ 8.

627. P. ej., STSJ de Madrid, de 15 de septiembre de 2004, sobre el caso de los padres de una alumna que afirman el comportamiento inmoral de un profesor. Se sigue por GIL CASTELLANO, 2009.

628. Sobre la huelga, STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), de 2 octubre de 2001 (AS 2001, 4285) y STS de 16 octubre de 2001 (RJ 2001, 8605), que ratifica la STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 1996.

629. Así, expresamente la STC 77/1985, recurso LODE (FJ 9).

630. Un rastreo del confuso uso de estas categorías respecto de las libertades de la enseñanza, en COTINO HUESO, 1998.

tes⁶³¹. No determinar los servicios mínimos (y no la huelga en sí) puede ser la causa de la lesión del derecho a la educación. Esta fijación de servicios no supone una afectación de las libertades de los docentes, puesto que no determina el contenido y la forma de la enseñanza⁶³². En razón del artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977 es la autoridad gubernativa quien habrá de fijar los servicios mínimos. En el caso de las Universidades será el Rector de la Universidad y en el ámbito no universitario y por lo general, serán las Consejerías de educación competentes.

5.3. LAS RESTRICCIONES DISCIPLINARIAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La necesidad del adecuado orden y la convivencia en el centro educativo a fin de posibilitar el derecho a la educación y el ejercicio de los derechos por todos los agentes educativos generan deberes concretos cuyo incumplimiento puede suponer la aplicación del Derecho sancionador. Así, la existencia de un régimen disciplinario es una de las garantías del respeto de los derechos de los miembros de la comunidad educativa, incluidos los propios derechos del alumnado, como señala el TEDH⁶³³ o el Tribunal Supremo⁶³⁴. En el Derecho sancionador educativo⁶³⁵, algunas sanciones no afectan al derecho a la educación⁶³⁶, pero muchas sí que lo hacen en mayor o menor

631. Así, en el caso que resuelve la STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), de 2 octubre de 2001 (AS 2001, 4285), el Tribunal señala que la Universidad SEK podía haber previsto medidas para garantizar los derechos a ser examinados los alumnos.

632. Así, la STS de 16 octubre de 2001 (RJ 2001, 8605), que ratifica STSJ de Madrid de 11 de diciembre de 1996, recurso de la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras contra un Acuerdo del rector de la UNED de 11 de marzo de 1992, que fijó los servicios mínimos para la huelga convocada el personal laboral.

633. La aplicación de sanciones disciplinarias constituye uno de los procedimientos por los que la escuela se esfuerza en alcanzar la finalidad para la que se le ha creado, incluido el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos: STEDH *Valsamis*, de 18 de diciembre de 1996.

634. La STS de 12 mayo de 1995 (RJ 1995, 5286), relativa a sanción a un joven de 16 años impuesta por el Consejo Escolar del Instituto ED de Logroño, de expulsión (primero perpetua) y después de inhabilitación por dos años para cursar enseñanzas en el centro donde venía recibéndose, que había sido anulada, recuerda que el respeto al profesorado es un bien protegible: «El respeto al profesorado a quien incumbe la enseñanza es parte de esa convivencia en el centro y sin el cual la educación no pueda propia y eficazmente ni impartirse ni recibirse» (FJ 1).

635. La doctrina es bien escasa: para el ámbito no universitario, AGOÚES MENDIZÁBAL (2001); para el ámbito universitario, PEMÁN GAVÍN (1994) y COTINO (2000).

636. P. ej., a partir del art. 48 RD 732/1995, sanciones leves: amonestaciones, comparecencia ante el Jefe de estudios, realización de trabajos o tareas, suspensión de participación en actividades extraescolares o el cambio de grupo como sanción grave [art. 53.c)]. En la normativa autonómica puede destacarse las actividades para ONGS en el Decreto 292/1995 canario o la prohibición aparatos electrónicos (art. 36, proyecto valenciano de Decreto).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

medida, al suponer la negación o restricción del derecho a la evaluación⁶³⁷, la suspensión en la recepción del servicio educativo o el cambio de centro o la expulsión⁶³⁸. Estas restricciones en abstracto están admitidas por el TEDH⁶³⁹, por el Tribunal Constitucional⁶⁴⁰ y el Tribunal Supremo⁶⁴¹. Obviamente, las sanciones tampoco pueden afectar al derecho a no sufrir torturas (arts. 28.2, 19 y 37 CDN, art. 43.2 RD 732/1995), correcciones vedadas tanto en España como a nivel europeo⁶⁴² e internacional, sin «espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños»⁶⁴³. La clave jurídica reside en la intensidad y finalidad de la medida correctora (ATC 333/1997, FJ 5).

El Tribunal Constitucional viene a admitir la regulación autonómica de los deberes de los alumnos⁶⁴⁴, aunque considera «muy oportuno» que la regulación de medidas de posible expulsión fuera por ley orgánica⁶⁴⁵. Ahora bien, podrá discutirse si es necesario una ley orgánica o basta una ley autonómica⁶⁴⁶, pero no se puede eludir la necesaria legalidad sancionadora en razón del artículo 25 CE⁶⁴⁷. La LODE tan siquiera menciona el régimen disci-

-
637. Para la Universidad, de forma más o menos directa, art. 6.c).1, b).1 y 2 del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954). En no universitarias, «Pérdida del derecho a la evaluación continua. El alumno se someterá a las pruebas finales que se establezcan al efecto» (art. 32 Decreto 246/1991 Comunidad Valenciana).
638. Ver arts. 48 y 53 y medidas cautelares en art. 54 del RD 732/1995. La «expulsión» queda regulada expresamente en la norma catalana. En todos los casos de la educación obligatoria, su aplicación conlleva medidas de nueva escolarización.
639. Se admite la expulsión en la STEDH *Valsamis*, de 18 de diciembre de 1996.
640. ATC 382/1996, FJ 4 y ATC 333/1997, FF JJ 4 y 5.
641. Ver, STS de 7 junio de 1999 (RJ 1999, 5018), FJ 2 y STS de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4370), FJ 6. Sobre la sanción y libre residencia, STS de 7 marzo de 2002 (RJ 2002, 5077), FJ 4.
642. SSTEDH *Tyren*, de 25 de abril de 1978; *Campbell y Cosans*, de 25 de febrero de 1982 y *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993. También, Comité Europeo de Derechos Sociales, Decisiones de condena en las Reclamaciones 17/2003 (Grecia), 18/2003 (Irlanda), 19/2003 (Italia), 20/2003 (Portugal) y 21/2003 (Bélgica).
643. NACIONES UNIDAS—COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, 2006), aps. 18 y 44 y ss.
644. STC 5/1981, recurso LOECE, FJ 24: «No se habla en él [art. 37 LOECE] de derechos, sino de deberes de los alumnos. Su conexión con materia de derechos fundamentales es muy débil. No hay inconveniente en permitir su modificabilidad por leyes de las Comunidades, siempre que la alteración que se introduzca sea de índole semejante a los deberes, muy genéricos y de naturaleza no política, que aquí se contienen».
645. STC 5/1981, FJ 28.
646. Se exige ley orgánica si se entiende que las conductas y las sanciones son límites directos «no meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos» (entre otras, SSTC 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3; 173/1998, FF JJ 7 y 8, 292/2000, FJ 11 y 53/2002, FJ 12).
647. Entre otras muchas, STC 133/1987, FJ 4. El enfoque de ALÁEZ CORRAL (2003a, pp. 157-158) permitiría escapar del art. 25 CE, pero aquí no se comparte.

plinario y no hay ni ley orgánica, ni ordinaria estatal ni autonómica alguna que dé cobertura a la regulación del régimen disciplinario no universitario, regulado desde antiguo por un reglamento estatal (RD 732/1995 antes RD 1543/1988), convive con numerosos reglamentos autonómicos⁶⁴⁸. También será inconstitucional por falta de base legal la fijación de tipos sancionadores y sanciones por los reglamentos de régimen interior de los centros sin la correspondiente cobertura legal. Cualquier juez podría inaplicar tales reglamentos por vicio de legalidad sancionadora, si bien, los tribunales no tienen preocupación alguna por la cuestión⁶⁴⁹. En el caso de la enseñanza universitaria la situación también es inconstitucional. La LOU (art. 46.1) remite a la regulación de cada Universidad, siendo una remisión en blanco inconstitucional pues en ningún caso la norma universitaria tendrá forma de ley⁶⁵⁰. Aunque se flexibilizara la legalidad sancionadora en razón de la autonomía universitaria (como ha sucedido en el ámbito local) sería preciso fijar por ley los criterios mínimos de antijuridicidad y las bases para establecer las sanciones⁶⁵¹. Ahora bien, si lo que se aplica es el aún vigente Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954) no se requiere el rango de ley por ser previo a la Constitución y resulta salvada la inconstitucionalidad⁶⁵². La referencia a una relación especial de sujeción⁶⁵³ en el ámbito educativo no sirve para salvar esta anómala situación, máxime mediando una regulación legal tan extensa y actual del fenómeno educativo. Cabe matizar que para centros privados y privados concertados y universidades privadas, al no tratarse de Derecho sancionador no se exige la legalidad sancionadora del artículo 25 CE. No obstante, en razón de los artículos 53 y 81 CE, aunque se trate del ámbito jurídico privado, al tratarse de límites a un derecho fundamental, en la ley habrían de contenerse al menos elementos y presupuestos mínimos de certeza respecto de la restricción del derecho a la educación. Y ello no se da hoy día.

Además de la legalidad, en la aplicación del régimen sancionador deben

-
648. Comunidad Valenciana, Decreto 246/1991; Navarra, Decreto foral 417/1992; Canarias, Decreto 292/1995; Andalucía, Decreto 85/1999; Cataluña, Decreto 279/2006; Madrid, Decreto 15/2007.
649. Abiertamente se elude la alegación en STS de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4370), FJ 3.
650. Aunque el régimen sancionador se regulara en los Estatutos, son aprobados por Decreto (art. 6.2 LOU).
651. STC 25/2004.
652. STS de 7 marzo de 2002 (RJ 2002, 5077), FJ 2. Recientemente se ha venido a reconocer la necesidad de Ley Sancionadora: DA 2ª del RD 1971/2010, del Estatuto del Estudiante Universitario.
653. En el ámbito educativo, COTINO HUESO (2000b); en general, entre otros muchos, COTINO HUESO, 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

respetarse las diversas garantías propias de este ámbito⁶⁵⁴, que en principio la regulación educativa recoge⁶⁵⁵. Para el Tribunal Constitucional las garantías procedimentales son cuestión de legalidad, no de constitucionalidad y no parece muy escrupuloso⁶⁵⁶. En el ámbito de la enseñanza privada la exigencia de estas garantías puede flexibilizarse, si bien la arbitrariedad lesiva del derecho a la educación podrá ser advertida por la justicia ordinaria y, en su caso, por la constitucional⁶⁵⁷.

5.4. LA OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA COMO LÍMITE DE LA LIBERTAD DE RECIBIR EDUCACIÓN

5.4.1. El deber de educación del menor como obligatoriedad de la enseñanza reglada

En este sentido, hay que tener en cuenta el fenómeno de la enseñanza libre y de la «educación en casa»⁶⁵⁸ admitida históricamente en España⁶⁵⁹. El CC⁶⁶⁰ exige formación integral del menor sin especificar que ello implique la necesaria escolarización. No obstante, desde la Ley 14/1970 la legislación asume que la obligatoriedad de la educación sólo se satisface con la escolarización, sin prever sistemas que garanticen la educación sin la escolarización ordinaria⁶⁶¹. Asimismo, la legislación estatal, autonómica, e incluso local impone el deber general de comunicar a las autoridades una posible no escola-

654. Doctrina desde STC 18/1981. Para el ámbito educativo EMBID IRUJO (1981, pp. 654 y ss.); FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 172).

655. COTINO, 2000. Cabe tener en cuenta las puntualizaciones de PEMÁN GAVÍN, 1994, pp. 451 y ss.

656. ATC 382/1996, FJ 4. Nada escrupulosa la STS de 9 de mayo de 1994 (RJ 1994, 4370).

657. Según el ATC 382/1996, y sobre la doctrina de la *Drittwirkung*, se requieren una «base razonable» y «requisitos mínimos exigidos» (FJ 4). La flexibilidad de lo tribu-

nales se aprecia en la STSJ de Cataluña de 10 febrero de 1999 (JUR 2003, 153746).
658. Un movimiento emergente, con bastante implantación y soporte en algunos países, especialmente anglosajones. La mejor documentación cabe seguirla en internet: <http://en.wikipedia.org/wiki/Homeschooling>. Desde el punto de vista jurídico, www.hslda.org. Los referentes son <http://www.home-education.org.uk/>; <http://homeschooling.about.com/> y <http://www.homeschool.com/>. En España, <http://www.educacionlibre.org/>. Cabe destacar jurídicamente, en todo caso, <http://madalen-homeeducation.blogspot.com> a cargo de GOIRIA. Entre la doctrina, por todos, REDONDO GARCÍA, 2003.

659. Al respecto de la historia de la enseñanza libre en España, y con una visión muy crítica del sistema actual, CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA, 1988, pp. 73. y ss.

660. Art. 154 respecto de la patria potestad o art. 142 respecto de los alimentos.

661. Ello, sin prever sistemas que compatibilicen la educación prestada fuera del sistema a través de comunicaciones previas, autorizaciones, controles, enseñanzas a distancia, etc.

Capítulo VI. El derecho a la educación

rización⁶⁶². Así sucede en España, a diferencia de otros países europeos⁶⁶³, frente a una posición muy liberal en EE UU⁶⁶⁴ y una posición proclive desde instancias internacionales⁶⁶⁵. En todo caso, el TEDH admite la escolarización forzosa, dejando su elección a los Estados⁶⁶⁶. Penalmente, la no escolarización puede considerarse dejar «de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad» (art. 226 CP), cabiendo denuncia del Ministerio Fiscal, además del menor o de los mismos padres (art. 228 CP). Ante la no escolarización, los jueces suelen dar una respuesta muy diferente se trate de un supuesto de desamparo⁶⁶⁷ o de «objeción» al sistema educativo. Cuando no es por abandono, el Tribunal Supremo ha excluido la criminalización de los padres o tutores⁶⁶⁸, aunque se afirma que la no escolarización lesiona el derecho a la educación⁶⁶⁹. El Tribunal Constitucional hasta 2010 había huido la cuestión frontalmente. En 1994 ya parecía inclinarse hacia la escolarización obligatoria⁶⁷⁰ pero intentando evitar la privación de tutela

662. Art. 13.2 LOPJM. En la legislación autonómica, p. ej., la Ley 12/2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana (art. 31, Del deber de los padres y representantes legales). La Administración local tiene atribuido «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria» [art. 25.2.n) LBRL].
663. En efecto, en otros países como Portugal, Reino Unido, Italia o Francia, bajo requisitos de comunicación a las autoridades y, en su caso, la superación de diversos controles periódicos. Ver <http://madalen-homeeducation.blogspot.com>.
664. Caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), asunto en el que se otorgó el amparo a los padres *amish* de no escolarizar a sus hijos por encima de los 14 años, a pesar de que la escolaridad es obligatoria hasta los 16 años. Véase http://en.wikipedia.org/wiki/Wisconsin_v._Yoder y ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 343.
665. NACIONES UNIDAS—MUÑOZ VILLALOBOS, 2007, p. 16.
666. En este sentido, primero la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (*Renata Leuffen* contra Alemania, de 9 de julio de 1992) y más recientemente el TEDH (STEDH *Konrad de Fritz y otros*, de 11 de septiembre de 2006), afirmando la falta de consenso en la materia, por lo que deja la cuestión al ámbito de discrecionalidad de los Estados.
667. Como en el caso de la SAP Valencia n° 238/2002 (Sección 10), de 30 abril (JUR 2002, 185690).
668. La interesante STS de 30 de octubre de 1994 (Penal, 1669/1994) excluye la vía penal frente a modelos de enseñanza familiares o de comunidades cerradas. También, ver SAP de Granada 112/1996, de 29 febrero (ARP 1996, 88).
669. La SAP de Málaga 548/2005, de 6 de junio (AC 2005, 1654), estima la situación de desamparo por la no escolarización, a pesar de que se consideraba suficiente la enseñanza impartida por los padres. En algún supuesto se ha señalado que el internamiento en una Colonia en vez de una vida familiar «normal» no es causa de situación de desamparo, quedando la escolarización garantizada (SAP de Sevilla 829/1999 —Sección 6—, de 23 noviembre [AC 1999, 2211]).
670. Siendo cuestión medular de la STC 260/1994, caso secta «Niños de Dios», la sentencia parece inclinarse por la escolarización obligatoria, con afirmaciones indirectas de la «debida escolarización» y el «derecho a ser escolarizados» los menores «y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables» (FJ 3). El voto particular de GIMENO SENDRA claramente niega el derecho a la no escolarización.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

paterna. El Defensor del Pueblo, aun tímidamente, en 2007 adoptó una línea favorable a la educación en casa⁶⁷¹. En la doctrina cabe destacar una posición contundente a favor de la escolarización obligatoria por parte de ALÁEZ⁶⁷². La STC 133/2010 parte de que la escolarización obligatoria no es una imposición del artículo 27 CE, pero que el legislador «puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político» (FJ 7). Y el legislador ha optado por la escolarización obligatoria sin que ello lesione el derecho a la educación. De un lado, para el Alto Tribunal, a través de una «correcta delimitación del contenido de los derechos» se excluye que la obligación de escolarización afecte a ningún derecho o libertad del artículo 27 CE (FF JJ 5 y 6). De otro lado, aun para el caso de que se considerase que la escolarización obligatoria afecta a algún derecho fundamental, se entiende que la restricción legal es admisible por contar con finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El mejor logro del objeto constitucional de la educación del artículo 27.2 CE por el contacto del alumno en clase parece poder con cualquier otra alternativa⁶⁷³. La sentencia es contundente, tanto que pone difícil que el legislador adopte otra decisión puesto que el objetivo del artículo 27.2 CE parece que sólo puede lograrse con el contacto social del alumno en las aulas. A pesar de la sentencia, y aun reconociendo que es un terreno de fuerte discrecionalidad para el legislador, la dimensión de libertad del derecho a la educación exige adoptar soluciones flexibles como las de otros países. Y ello sin que el objetivo constitucional de la educación quede en juego.

El deber de educación también implica el deber de estudio, aprovechamiento y la evitación de la deserción escolar frente a lo cual hay que adoptar medidas [art. 28.1.e) CDN]. El deber de asistencia tiene su diverso reflejo normativo⁶⁷⁴, a veces incluso con restricciones de la libertad de circulación

671. Ver DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 374-375.

672. ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 344.

673. Así, se afirma la finalidad legítima es hacer eficaz el objeto constitucional de la educación del art. 27.2 CE. En lo que es la decisión nuclear de la sentencia, respecto del juicio de indispensabilidad de la medida el TC insiste en que la finalidad del art. 27.2 CE «se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización». Ya por cuanto la proporcionalidad estricta de la medida, se expone que los padres pueden educar fuera del horario escolar y que si quieren pueden fundar un centro docente (FJ 8).

674. El art. 35 LODE dispone que «El estudio constituye un deber básico de los alumnos y se concreta en las siguientes obligaciones: a) Asistir a clase con puntualidad y participar en las actividades orientadas al desarrollo de los planes de estudio». Las diversas normativas de derechos y deberes lo detallan.

del menor⁶⁷⁵. Frente a estos deberes cabe tener en cuenta el posible derecho de huelga del alumnado, negado por el Tribunal Supremo⁶⁷⁶ y que ALÁEZ considera «inviabile»⁶⁷⁷. Ahora bien, que no se trate en puridad del derecho a la huelga del artículo 28 CE no excluye que se reconozca un derecho legal a la inactividad o inasistencia reivindicativa del alumno, y que de ello no puedan derivarse consecuencias disciplinarias. De hecho, así se comenzó a reconocer en la normativa autonómica, vinculado a la libertad de expresión⁶⁷⁸. La reforma de la LODE por la LOE supone dar acogida a modo de un derecho de huelga vinculado con el de reunión (art. 8 LODE).

Finalmente, respecto del deber de aprovechamiento del estudio cabe remitir a lo que se ha dicho respecto de la progresión y permanencia educativa.

5.4.2. El límite del trabajo infantil como garantía de la escolarización del alumno

Como recuerda ESCOBAR⁶⁷⁹, la edad mínima para trabajar y la escolarización del niño son dos caras de la misma moneda: el trabajo merma sus posibilidades de escolarización, con el irreversible efecto para el desarrollo de su personalidad. De ahí que la prohibición y límites del trabajo de menores se vincule al mandato de la existencia de una educación básica y obligatoria. No son pocas las prevenciones internacionales al respecto⁶⁸⁰. En general se fija la edad de 15 años para la admisión en el trabajo, siendo de 18 para trabajos peligrosos. Diversas las previsiones en el ámbito de la Unión Europea garantizan la finalización de la escolarización obligatoria y prohíben el trabajo antes de los 16 años⁶⁸¹. Ya en el ámbito español⁶⁸² la edad mínima para trabajar está establecida en los 16 años (art. 6.1 ET), coincidente con el término de la escolarización obligatoria. El TEDH ha apoyado la vulneración del artículo 4 CEDH porque una niña de 15 años, de nacionalidad togolesa trabajó como empleada doméstica en una situación sin ser escolarizada⁶⁸³.

675. Comenta algún caso local Fio, 2005, pp. 62-63).

676. STS (Sala 3ª) de 6 de mayo de 1991 (RJ 1991, 4318), FJ 6.

677. ALÁEZ CORRAL, 2003a, p. 117.

678. Hay fórmulas muy reglamentadas en Canarias (art. 29 del Decreto 292/1995). Algo más restrictivo resulta el art. 14 del Decreto foral 417/1992, de 14 de diciembre. Idéntico a éste en Andalucía, art. 18 del Decreto 85/1999.

679. Fio, 2005, p. 37.

680. Convenios de la OIT 29, 138 y 182 y Recomendación adoptada en la 87ª Sesión de la OIT en 1999. Asimismo, art. 32.1 y 2 CDN; TOMÁSEVSKI, 2004b, pp. 39-56.

681. Art. 32 CDF, punto 8.39 de la Carta europea de los Derechos del Niño y art. 7 CSE. Especialmente la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994.

682. Fio, 2005, pp. 202 y ss.

683. STEDH *Siliadin*, de 6 de julio de 2005, aps. 128 y ss.

6. GARANTÍAS

6.1. LAS GARANTÍAS Y SU EJERCICIO POR EL MENOR

Se analizan ahora las «garantías» del derecho a la educación en un sentido amplio, como medios de realización del derecho⁶⁸⁴ e institutos jurídicos para facilitar su ejercicio y reaccionar ante los diversos incumplimientos. Dada esta amplitud en la noción de garantías, ya se han examinado muchas garantías (reserva de ley, programación educativa y creación de centros, conciertos educativos, becas y ayudas, gratuidad de la enseñanza, garantías de la evaluación del alumnado, régimen disciplinario del alumnado, etc.) y a lo dicho cabe remitir. Asimismo, se examinan ahora como garantías lo que son derechos autónomos que se integran en el general derecho a la educación (p. ej., la participación educativa, acceso a diversa información y orientación).

Como se dirá, los docentes, los centros educativos y las administraciones responsables son las garantías naturales y más efectivas de las facultades que contiene el derecho a la educación. Como sucede con otros derechos prestaciones, la actuación de otras instituciones y, en especial, de la jurisdicción queda en un plano bastante más residual y subsidiario y para las patologías más acuciantes o singulares. Asimismo, al igual que con otros derechos sociales, la inmediatez de la relación educativa y de las necesidades son elementos inhibitorios para que los titulares del derecho a la educación ejerzan efectivamente las garantías de las que disponen. De este modo, pese a las severas dificultades reales por las que atraviesa en la realidad el derecho a la educación muchas posibles lesiones del derecho llegarán, si acaso al ámbito del centro educativo o a la administración responsable, mas no a los tribunales. Debe recordarse especialmente en el ámbito de las garantías, que cuando el alumno es un menor o un incapaz, su representación administrativa o procesal se ejerce por lo general por sus padres o tutores (arts. 7.1 y 2, 8.1 y 2 y 9 LECiv)⁶⁸⁵, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Fiscal en interés del menor, a la que se hará referencia. En el ámbito educativo la normativa reconoce su capacidad de obrar del menor o en ámbitos determinados⁶⁸⁶, lo

684. Así, p. ej., DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 55) y DÍAZ REVORIO (2002a, pp. 68). Ambos hacen referencia a creación de centros docentes, ayudas a los centros, programación de la enseñanza, inspección y homologación del sistema educativo.

685. Sobre el tema, en general, ALÁEZ CORRAL, 2003a, pp. 196 y ss.

686. Seguimiento de la docencia, realización de exámenes y actividades, impugnación de exámenes, participación educativa, elección de asignaturas (como religión o especialidades según la edad), audiencia, participación y denuncia en procedimientos de convivencia escolar, mediación y sancionadores, etc.

cual tiene alcance administrativo (art. 30 LPC). Asimismo, el menor cuenta con la posibilidad de audiencia en todo procedimiento en razón de su madurez (arts. 12 CDN y 9 LOPJM). De igual modo, puede instar directamente el aseguramiento del cumplimiento de los deberes de educación (art. 158 CC).

6.2. INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN A ALUMNOS Y PADRES

Entre las diversas obligaciones de información⁶⁸⁷, está la de dar a conocer el proyecto educativo del centro público o privado (arts. 121.3 y 6 LOE) y los centros privados también el carácter propio del mismo y cualquier modificación que éste tenga (art. 115 LOE). Una obligación reconocida «derecho» (art. 16 RD 732/1995) que debe considerarse como integrante del derecho a la educación por ser garantía tanto del derecho a la elección de centro, de elección de enseñanza religiosa y moral, de la libertad de conciencia de alumnos y padres, de los derechos de los docentes y de los centros privados así como la autonomía de los centros públicos⁶⁸⁸.

También la «información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales» [art. 28.1.d) CDN, integrado *ex* art. 10.2 CE en el contenido exigible del derecho a la educación]. La Ley ha reconocido este «derecho básico» del alumno [artículo 6.3.d) LODE] que queda concretado reglamentariamente⁶⁸⁹ y se refuerza para la formación profesional (arts. 14 y 15 LO 5/2002). Por cuanto a la información educativa, la LODE reconoce a los padres el derecho «a estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos» [art. 4.1.d)], lo cual se concreta reglamentariamente⁶⁹⁰. Para las universidades, la LOU reconoce a los alumnos el derecho a «el asesoramiento y asistencia por parte de profesores y tutores en el modo en que se determine» (art. 46.2), quedando reglamentariamente fijadas un mínimo de horas de tutoría y asistencia semanales (art. 9, RD 898/1985).

687. Cabe señalar la obligación de informar del Reglamento de régimen interior y la prohibición de informar sobre «el nivel socioeconómico y cultural de las familias con hijos ya escolarizados» (art. 5 RD 366/1997 y ap. 2 de la Orden de 26 de marzo de 1997). También, la obligación de dar a conocer las plazas disponibles para la elección de centro (art. 13.2 Real Decreto 366/1997). También la LOE obliga al acceso a la información sobre las ofertas de aprendizaje permanente (art. 5.6). Especialmente polémica la información sobre los derechos lingüísticos: DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, pp. 703 y ss.

688. El Magistrado Díez-PICAZO en voto particular a la STC 5/1981, ap. 8, afirma esta obligación.

689. Como derecho, art. 14 del RD 732/1995. Como obligación, la normativa es múltiple: p. ej., art. 19 RD 1631/2006 y de forma detallada, art. 12 de la Orden ECI/2220/2007.

690. Art. 11.1 Orden ECI/2571/2007 y art. 12.3 Orden ECI/2572/2007.

La garantía de la publicidad de los criterios de evaluación se integra en el derecho fundamental a la objetividad de la evaluación y se recoge como «derecho»⁶⁹¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha considerado «esencial para el ejercicio del derecho a la educación por parte de los alumnos» «publicar al comienzo de cada curso el calendario académico»⁶⁹², por lo que debe entenderse integrada la obligación en el ámbito constitucional del derecho.

6.3. PARTICIPACIÓN

En lo que para NICOLÁS fue una concesión al partido socialista⁶⁹³, la Constitución garantiza la participación en la enseñanza a través de dos instancias participativas diferenciadas⁶⁹⁴: la participación en la programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE) y, de mayor relevancia, la participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE).

Se trata de un principio vinculado a otras normas constitucionales (arts. 1.1, 9.2, 48 y 105 CE) del que dimanan obligaciones que se han acabado configurando como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional⁶⁹⁵. La intensa protección constitucional puede justificarse por tratarse, la educativa de una «función [que] afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general» (art. 129 CE), también como garantía del reforzado estatuto de derechos y libertades de los miembros de la comunidad educativa. La LOE afirma en general el valor de la participación y los deberes de garantía y fomento de la misma (arts. 118 y 119 LOE).

Respecto de la participación en la programación general de la enseñanza (art. 27.5 CE), en el ámbito no universitario, está regulada básicamente en la LODE (Título II, arts. 27-35), sin perjuicio de un ámbito de regulación autonómico muy amplio. Se opta por una participación más orgá-

691. No debe olvidarse, como se señaló, que la normativa autonómica sobre evaluación es muy prolija. En todo caso, art. 16 del RD 83/1996; art. 12.2 y 3 de la Orden ECI/2572/2007 y art. 11 de la Orden ECI/2571/2007.

692. STC 235/1991, FJ 4.

693. NICOLÁS MUÑOZ, 1983, p. 337.

694. Así lo subraya la STS de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 2505), reiterada en STS de 26 abril de 1990 (RJ 1990, 3566), FJ 1. Sobre el tema, monográficamente, GARCÍA HERRERA (1997), GARCÍA SORIANO (2000) y DÍAZ LEMA (2002).

695. STC 47/1999, FJ 6 respecto del art. 27.7 CE. Para DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 182) «erróneamente como derecho fundamental, lo que no es otra cosa que un principio, una regla objetiva que debe informar nuestro sistema educativo». Lo consideran principio DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 182), EMBID IRUJO (1981, p. 667), PRIETO DE PEDRO (1978, p. 521) y (derivado de las libertades de la enseñanza), DÍAZ REVORIO (2002a, p. 42). Como algo autónomo, con acierto a nuestro juicio, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO, 1996, pp. 172-173.

nica que funcional⁶⁹⁶, en los diferentes niveles estatal, autonómico. Se instituyen órganos colegiados (art. 29 LODE), como el Consejo Escolar del Estado (RD 694/2007) con composición tanto de agentes educativos como sectores afectados⁶⁹⁷ (art. 30 LODE). Tiene funciones consultivas y realización de informes anuales (arts. 32 y 33 LODE), la omisión de la consulta supone una vulneración de la participación⁶⁹⁸. Hay consejos autonómicos (art. 34 LODE) y se pueden establecer en otros ámbitos territoriales (art. 35 LODE). En las universidades, la participación social se canaliza orgánicamente a través del Consejo Social de cada universidad (art. 14 LOU). La verdadera eficacia de estos mecanismos de participación en la programación se ha puesto en entredicho⁶⁹⁹.

El principio de participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE) es el que más interés y proyección real tiene. El Tribunal Constitucional lo concibe como «un derecho sustantivo y no [...] la garantía de una situación jurídica» (STC 47/1990, FJ 6). Se lesiona si se usurpan las competencias de los órganos de participación⁷⁰⁰. La legislación regula este derecho «básico» para los alumnos (art. 6.3 LODE), la regulación reglamentaria estatal y autonómica determina la Junta de delegados, elecciones de los representantes y sus garantías frente a sanciones, asociaciones de alumnos, derechos de información, etc. La participación también es un deber para el alumno (art. 40 RD 732/1995), especialmente en materia de convivencia⁷⁰¹ [art. 6.4.e) LODE]. La ley también reconoce los diversos derechos participativos de los padres (art. 4.1 LODE), siendo que la participación se torna «deber» a favor del hijo (art. 4.2 LODE). Las Asociaciones de padres y de alumnos (arts. 5.2 y 7.2 LODE) tienen gran relevancia en la práctica, pero sería inconstitucional que se obligue a formar parte de las mismas para poder participar en los órganos colegiados electivos (STC 5/1981, FJ 19). Conforme los alumnos gradualmente van adquiriendo la madurez y capacidad sus facultades de participación van desplazando a la de sus padres. Las normas fijan las edades y facultades reconocidas, mayormente, en reglamentos⁷⁰², pese a que recae reserva de ley⁷⁰³.

696. Distinción conceptual que se sigue de GARCÍA DE ENTERRÍA, 1989.

697. STS de 17 de octubre de 1997.

698. STS de 20 de septiembre de 1993.

699. BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 198), con remisión a GUERRA.

700. STS de 26 mayo de 1992 (RJ 1992, 5366).

701. Al respecto, ver DEFENSOR DEL PUEBLO, 2000, p. 269.

702. Sobre factor edad, cabe remitir a nuestro estudio, COTINO HUESO (2000b). Ejemplos de tal regulación de la participación se ven en el art. 126.5 LOE y en el art. 58 LODE (art. 8 para la «huelga»). En primaria, RD 82/1996 (art. 8); en secundaria, RD 83/1996 (art. 7).

703. Ya se ha señalado la actual insuficiencia de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales: ALÁEZ CORRAL, 2003a, pp. 165 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El legislador tiene un muy amplio margen de discrecionalidad para concretar el modelo y alcance de la participación y respecto de qué centros sostenidos con fondos públicos debe darse, sin más límites que la reserva de ley y el respeto del contenido esencial y otros derechos fundamentales⁷⁰⁴. Respetando lo que se considera «básico» y, por tanto, competencia estatal⁷⁰⁵, las Comunidades Autónomas pueden crear órganos distintos de los estatales⁷⁰⁶, u optar por una mayor «dosis de autogestión» o representación municipal⁷⁰⁷, pero sin llegar a un modelo de participación «radicalmente diferente al contenido en la Ley Orgánica»⁷⁰⁸. En el ámbito universitario siempre dentro del marco de la LOU hay que seguir los estatutos y normas internas universitarias.

La Constitución no exige la participación en los centros privados no sostenidos con fondos públicos, pero tampoco se prohíbe que el legislador imponga la participación en los centros privados (STC 77/1985, FJ 28). Así, si la hay (la LODE dice que «podrán», art. 26) no tendrá naturaleza constitucional⁷⁰⁹.

Hoy día la participación en el gobierno de los centros por la comunidad educativa se realiza a través del Consejo Escolar (art. 119.2 LOE). La LOE regula para los centros públicos la composición del Consejo Escolar y sus competencias, así como el Claustro de profesores y la selección del Director (arts. 126 y ss. LOE). La participación en los privados concertados y la elección del Director afecta al derecho a la dirección del centro (art. 27.6 CE, STC 77/1985, FF JJ 21 y ss.). El Tribunal Supremo ha admitido que se regule por el poder público⁷¹⁰ el procedimiento de constitución y designación de los órganos de gobierno de los centros concertados y el control de dicho procedimiento⁷¹¹, pese a que admite que ello implica la regulación de «múltiples y delicados aspectos» para el centro, así como facultades de control para que la normativa se cumpla⁷¹². La regulación principal se mantiene en la LODE (arts. 55 y ss.) y el incumplimiento de normas de participación

704. STC 5/1981, FJ 15; STC 77/1985, recurso LODE, FJ 21.

705. STC 137/1986, caso Ikastolas, FJ 4: «El carácter de la participación que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos y, de otra parte, la determinación genérica y general, para todo el territorio del sistema de órganos en que esa participación haya de expresarse».

706. *Ibidem*, FJ 5.

707. *Idem*.

708. STC 5/1981, FJ 25. Sentencias posteriores intentan atemperar esta afirmación.

709. MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ, 1979, pp. 281-282.

710. La regulación principal se ha mantenido en la LODE, si bien el desarrollo puede tener procedencia autonómica o supletoriamente estatal (reglamentos orgánicos).

711. Interesa la STS de 24 marzo de 1997 (RJ 1997, 2447), en especial FF JJ 2, 3 y 5.

712. *Ibidem*, FF JJ 2 y 5.

puede suponer un incumplimiento leve, e incluso grave, del concierto educativo [art. 62.1.b) y 2.a) LODE].

Sobre la base del «derecho» de participación reconocido en la LOU (art. 46.2), las normas internas universitarias tienen gran margen para la concreción de la participación del alumnado, donde, obviamente, los padres no tienen derechos participativos⁷¹³. El alumnado conforma el cuerpo electoral del que surgen los órganos colegiados, integrando los mismos: Consejo Social (art. 14.3 LOU), Consejo de Gobierno (art. 15.2), Claustro (art. 16.3 y 4), Junta de Facultad o Escuela (art. 18), Consejo de Departamento (art. 19). En el caso de los órganos unipersonales, sólo en el caso del Rector (art. 20.2) el alumnado puede tomar parte en la elección⁷¹⁴. En las Universidades debe quedar «asegurada, mediante la participación adecuada de la comunidad universitaria, la vigencia efectiva en las mismas de los principios y libertades» (art. 6.5 LOU) con representación de sectores y equilibrio de género (art. 27.1 LOU). Aunque con cautelas, puede decirse que en el ámbito no universitario la participación queda en manos de unos pocos padres y madres voluntariosos, habitualmente comprometidos con la enseñanza pública, con escaso interés (y seriedad) en la participación por parte de los alumnos⁷¹⁵. Desgraciadamente, aún es menor la participación e implicación de padres y alumnos extranjeros⁷¹⁶. En el ámbito universitario, la atonía generalizada del alumnado (su participación en elecciones no supera ni de lejos el 10 %) ⁷¹⁷ se combina con una vinculación muy partidista y politizada de las asociaciones y representantes de alumnos.

6.4. CONTROL ADMINISTRATIVO

6.4.1. Inspección educativa

Aunque la inspección educativa no supone todo el control administrativo de la educación, bien es cierto que concentra el mismo. El derecho a la educación exige, como se recomienda a los Estados por la Federación Iberoamericana de Ombudsmen, «[e]stablecer normativa y materialmente un sistema público, permanente y sistemático, de supervisión y control de

713. En el mismo sentido, EMBID IRUJO, 1982, p. 210.

714. No sucede así respecto del resto: Decanos, Directores de Escuela, Directores de Departamento o Directores de Institutos Universitarios de Investigación, que son elegidos por el profesorado.

715. FERNÁNDEZ ENGUITA (1992, pp. 87-88), citado por DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 185), quienes afirman incluso que la participación de alumnos es una «farsa» en la que el alumno no «pinta casi nada» (p. 186).

716. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO, 2003b, pp. 16, 253 y 274 y ss.

717. A partir de los datos de la Universidad de Valencia.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

todos los centros educativos, públicos y privados. Prever y aplicar sanciones eficaces en los casos de vulneración de las obligaciones legalmente impuestas»⁷¹⁸. La necesidad de cumplir y hacer cumplir las obligaciones que comporta el derecho a la educación por su especial componente prestacional está presente en la Constitución (arts. 27.8 y 149.1.1ª y 30ª CE). Las bases de la materias son reguladas por el Estado cabiendo un muy amplio margen normativo y ejecutivo a las Comunidades Autónomas (art. 148 LOE)⁷¹⁹ que son las que establecen el modelo de organización y funcionamiento de la inspección. Al Estado sólo corresponde la «Alta inspección educativa»⁷²⁰ vigilante de los principios y normas constitucionales así como de las normas y decisiones de competencia estatal, como pueda ser la vigilancia de los currículos educativos (arts. 149 y ss. LOE, DA 23 LOU) y además debe aceptar la colaboración con la Administración autonómica⁷²¹. La Alta Inspección hoy día se dedica a la homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros en enseñanza no universitaria así como a la entrega de títulos universitarios⁷²².

El control educativo real se da por la «inspección educativa» de las Comunidades Autónomas, que vigila el cumplimiento de la legalidad y supervisa y controla pedagógica y organizativamente a los centros, la dirección, la práctica docente, la evaluación educativa (art. 151 LOE). Se ejerce por funcionarios públicos del Cuerpo de Inspectores de Educación (art. 152 LOE), que cuentan con facultades de conocimiento directo, examen y comprobación de documentación y entrevistas (art. 153 LOE). Para los centros concertados la LODE incluye un particular régimen sancionador (arts. 72 y ss. LODE), las diversas infracciones pueden dar lugar a apercibimientos, multas e incluso la rescisión del concierto y, con ella, muy probablemente al cierre del colegio. La inspección y control administrativos se extienden también a los centros privados no concertados⁷²³.

Más allá de la inspección educativa, los titulares del derecho o sus representantes instarán el ejercicio de sus derechos frente a las administraciones (solicitudes de escolarización, matrículas, solicitudes de becas y ayudas, revisiones de exámenes, expedición de títulos u homologaciones) o bien serán

718. «Recomendaciones a los Estados», en Fio, 2009, p. 728.

719. Destaca la STC 235/1991, FJ 4.

720. Nace con el RD 480/1981. Hoy regulada por RD 1330/1997, que se extiende por RD 2535/1998 y RD 1448/2000. Está integrada en el MAP, funcionalmente depende del MEC: GALVÁN PALOMO, 2009.

721. SSTC 6/1982, 32/1983, 42/1983 y 194/1984. Cabe seguir a DÍAZ REVORIO, 2002a, pp. 177-179.

722. GALVÁN PALOMO, 2009.

723. STSJ de Cataluña, de 10 febrero de 1999 (JUR 2003, 153746), FJ 2.

las administraciones quienes acometan numerosas actividades en la prestación del servicio educativo o revisarán las actuaciones practicadas por los centros privados y concertados. Ante afectaciones del derecho a la educación o de la legislación educativa podrá el afectado (o sus representantes) interponer los correspondientes recursos (art. 107 LPC) y reclamaciones con la posibilidad de acudir a la revisión judicial que luego se examina. A nuestro juicio, la administrativa es la garantía ordinaria y natural para hacer valer las diversas facultades que integra el derecho a la educación.

6.4.2. Los órganos de escolarización y las especiales garantías de la igualdad en la aplicación de las normas de admisión en la escolarización

Una parte relevante del contenido del derecho a la educación es la escolarización misma y el cumplimiento de las normas aplicables en igualdad requiere una particular garantía. La legislación establece un sistema de áreas de influencia y de Comisiones de escolarización obligatorias compuestas por la Administraciones y los diversos agentes educativos (art. 86.2 LOE). La normativa autonómica es la que perfila estas garantías (p. ej., Comunidad Valenciana: Decreto 33/2007), determinando los diversos órganos de escolarización (arts. 12 y 14 Decreto 33/2007) y entre ellos las Comisiones de Escolarización diversas, fijando las competencias en la admisión de los Centros (art. 12.2, 3 y 4) y de las Comisiones de escolarización (art. 14) y señalando las vías de recurso posibles (art. 31). Pese a la existencia de estas garantías, la percepción social sigue siendo la de la falta de transparencia y la práctica imposibilidad de fiscalización de la correcta aplicación de las normas de admisión, especialmente en los centros concertados que llevan a cabo la gestión del procedimiento de admisión. La protección de datos del menor, la grave dificultad para contar con elementos que permitan demostrar la vulneración de las normas y la avocación al recurso jurisdiccional que durará años son formidables barreras inhibitorias para los padres del alumno no admitido. Y ello pese a que la vulneración de las normas de admisión es una infracción grave, cuya comisión puede salir muy cara al centro educativo.

6.4.3. Las crecientes garantías frente al acoso escolar entre alumnos («bullying»)

Aunque se trata de un problema ancestral y desgraciadamente asumido culturalmente, la violencia, abuso y acoso entre iguales⁷²⁴ en el ámbito escolar, esto es, entre alumnos, es objeto de preocupación en los últimos años, y

724. Sobre el concepto, FGE (2005) y DEFENSOR DEL PUEBLO, 2007, pp. 33 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de interés creciente por las instituciones⁷²⁵. Los datos son llamativos⁷²⁶, aunque se detecta un descenso en los últimos años⁷²⁷, con permiso del *ciberbullying* que se propaga geométricamente entre nuestros jóvenes⁷²⁸. El acoso suele ser cometido en la clase⁷²⁹ por chicos sobre chicos⁷³⁰, entre 12 y 14 años⁷³¹. Esta lesión de la integridad física y moral del alumnado es también un ataque al derecho a la educación mismo, puesto que la enseñanza en este contexto dificulta si no imposibilita el logro del objeto constitucional de la educación del artículo 27.2 CE y tanto la CDN como la Constitución contienen obligaciones diversas para la protección del niño de estas conductas y toda clase de maltrato. Frente al acoso la respuesta jurídica descansa en tres ejes: protección de la víctima con cesación inmediata del acoso, respuesta educativa-sancionadora al agresor, modulada según sus circunstancias psicosocio familiares y según la entidad de los hechos cometidos y, en su caso, reparación de daños y perjuicios⁷³². En todo caso, se podrá exigir al centro educativo responsabilidad civil por el acoso escolar cometido *ex* artículo 1903.5 CC⁷³³ (o patrimonial administrativa, según se trate) a la que luego se hace mención.

Más allá de la respuesta estrictamente jurídica, las vías de solución del

725. Al respecto, FIO, 2005, y la especial atención del DEFENSOR DEL PUEBLO, 2000 y 2007. Jurídicamente destaca, por su calidad, FGE, 2005.

726. Uno de cada cuatro alumnos afirma ser víctima de insultos (27 %) o de moteos ofensivos (26,6 %). La exclusión social se da activa (no dejar participar) o pasivamente (ignorar). Un 10,5 % afirma ser víctima por ser «ignorado» o de «esconder cosas de otros» (16 %), amenazado (6,4 %). Sólo un 0,9 % de «acoso sexual». Casi un tercio y más de un décimo afirman «ignorar» o «no dejar participar» a compañeros, un tercio les insultan (32,4 %), o «ponen moteos ofensivos» (29 %) y uno de cada veinte afirman «pegar» (5,3 %) o «meten miedo» (4,3 %). Por cuanto a los testigos, nueve de cada diez presencian insultos (89,8 %) o «moteos ofensivos» (88,9 %), y cuatro de cada cinco presencian que se «ignora» a compañeros (82,9 %) o casi la mitad afirma ver robos (45,5 %). Ver DEFENSOR DEL PUEBLO, 2007, pp. 237 y ss., sobre conclusiones de los resultados de encuestas.

727. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2007, pp. 237 y ss.

728. Ver SAP de Sevilla (Secc. 4ª) 150/2004, de 4 de marzo. Tuenti cuenta con cuatro millones de jóvenes usuarios en España. Sobre el tema, por todos, INTECO-AGPD, 2009.

729. *Ibidem*, p. 172.

730. *Ibidem*, p. 156.

731. Así, según datos de FGE (2005), lo cual imposibilita la persecución penal.

732. *Ibidem*.

733. También se puede exigir esta responsabilidad aun en el marco de un procedimiento penal (arts. 120 y 121 CP), ver SAP de Álava (Secc. 1ª) de 27 de mayo de 2005 para un supuesto de *bullying*. Un caso bastante conocido ha sido resuelto por la interesante SAP de Madrid, de 18 de diciembre de 2008 (Secc. 10ª), que revoca sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Alcobendas de noviembre de 2007 que exculpó al Colegio Suizo de Alcobendas (Madrid) por el acoso que sufrió uno de sus alumnos.

problema propuestas por el Defensor del Pueblo son muy variadas⁷³⁴. En los últimos años se han desarrollado los observatorios estatal (RD 275/2007) y autonómicos de convivencia escolar (Comunidad Valenciana: Decreto 233/2004) y el problema se recibe transversalmente en la LOE⁷³⁵ y en la LODE para los centros privados (art. 57) y todo puede quedar desarrollado por la normativa autonómica. Por cuando al derecho a la educación, se afirma la necesidad de asegurar «la escolarización inmediata de las alumnas o alumnos que se vean afectados por cambios de centro derivados de actos de violencia de género o acoso escolar. Igualmente, facilitarán que los centros educativos presten especial atención a dichos alumnos» (DA 21 LOE). El cambio de centro puede darse tanto respecto de la víctima como del acosador⁷³⁶. Entre la abundante normativa autonómica sobre derechos y deberes de los alumnos y convivencia escolar es generalizada la regulación de comisiones de convivencia en Comunidad Valenciana (Decreto 246/1991 y Proyecto de Decreto 2007), Canarias (arts. 6, 8, 28 y 29 Decreto 292/1995), Andalucía (arts. 4 y 5 Decreto 85/1999) y más recientemente Cataluña (art. 6 Decreto 279/2006) o Madrid (art. 7 Decreto 15/2007), entre otras. Destaca especialmente la regulación catalana más reciente de la «mediación como proceso educativo de gestión de conflictos»⁷³⁷ pudiéndose evitar la reacción disciplinaria si se cumple el acuerdo adoptado. Además de la mediación, las tendencias de actuación son la creación de archivos de registros que recojan todo tipo de incidencia de violencia (Comunidad Valenciana, Orden de 4 de octubre de 2005, Orden de 12 de septiembre de 2007), que facilite el conocimiento para poder diagnosticar un tratamiento, los planes de convivencia y el reflejo de la materia en el Proyecto educativo, según se refiere en la LOE como elementos de reflexión y prevención (Comunidad Valenciana: Orden de 31 de

734. El DEFENSOR DEL PUEBLO (2007, pp. 256 y ss.), destaca la prevención y recientes mecanismos de detección y resolución de conflictos, a través de órganos de encuentro de profesorado, padres y alumnos, así como planes y programas de intervención conjuntos, equipos de orientación psicopedagógica y una participación activa en la definición del reglamento de régimen interior de sus centros y la posible concreción de medidas a adoptar.

735. El interés en la convivencia y solución de conflictos, siendo finalidad general y particular de la educación, al tiempo que se señala la existencia de Plantes de Convivencia integrados en los proyectos educativos de los centros públicos o privados (art. 121.2 LOE). Asimismo se obliga a que las «normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia» (art. 124.1 LOE). El art. 127 LOE atribuye al Consejo Escolar competencias en la resolución de conflictos y cumplimiento de normativa con facultades en cuestiones de lesión de la convivencia. La propuesta de medidas de mejora de la convivencia pueden partir del Consejo Escolar, del Claustro de profesores o del Director.

736. Ver DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2007*, p. 385, ref. 05032206.

737. Así se intitula el Título III del citado Decreto 279/2006, de Cataluña (arts. 23 y ss.).

marzo de 2006). También se incluyen propuestas de regulación de «Unidades específicas», aulas para atender integralmente a alumnos con problemas de personalidad o conducta para su integración social (art. 9 Proyecto valenciano 2007), «aulas de convivencia» (art. 10) para favorecer la reflexión de problemas así como planes de formación.

6.5. CONTROL POR LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LOS CENTROS DOCENTES

Los centros docentes universitarios o no universitarios tienen atribuciones importantes en la garantía de los derechos y facultades que contiene el derecho a la educación. Se trata de órganos participados por la comunidad educativa que cuentan con autonomía, ya sea legal, ya sea constitucional en el caso de centros privados (art. 27.6 CE) y las Universidades (art. 27.10 CE). Sin perjuicio de las competencias de las administraciones educativas, la primera garantía de los derechos educativos y el primer lugar de exigencia de los mismos serán ante los órganos de gobierno de los centros.

En el caso de los centros no universitarios, sin perjuicio del amplio desarrollo legal (autonómico) y reglamentario (estatal y autonómico), la LOE regula los centros docentes en su Título IV (arts. 107 y ss.) y también la LODE, especialmente para centros privados y concertados. En general, la existencia y actuación misma de todos los órganos, con la planificación y organización mismas, son una garantía de los derechos educativos. Cabe destacar instrumentos como el proyecto educativo (art. 121 LOE), proyecto de gestión donde se expresa la ordenación y uso de recursos de los centros públicos (art. 123 LOE), el establecimiento de las normas de organización y funcionamiento (art. 124 LOE), incluidas las normas de convivencia o la programación general anual (art. 125 LOE) y docente. Asimismo, los centros son los responsables primeros de la admisión de alumnos, elemento esencial de la efectividad del derecho a la educación (art. 127 LOE, respecto del Consejo escolar).

Los distintos órganos de gobierno tienen expresamente atribuidas funciones de control y garantía. Así, el Consejo Escolar del centro (art. 127 LOE, art. 57 LODE para centros concertados) entre otras funciones es en general el responsable de adoptar los instrumentos antedichos; conoce de conflictos y puede revisar decisiones disciplinarias del director [art. 127.f) LOE], proponiendo medidas para la mejor convivencia y derechos en el centro [ap. g)]. El claustro de profesores (art. 129 LOE) formula propuestas y en especial aprueba el currículo y aspectos educativos de la programación [ap. b)], fija criterios sobre orientación, tutoría, evaluación y recuperación de los alumnos [ap. c)]. El Director del centro educativo (art. 132 LOE, art. 54 LODE para

centros privados) asume la dirección pedagógica [art. 132.c) LOE], garantiza el cumplimiento de las normas [art. 132.d) LOE], impone las medidas disciplinarias y agiliza la resolución de conflictos [art. 132.f) LOE].

En el ámbito de las Universidades, además de la regulación general, el Consejo de Gobierno establece las líneas estratégicas y programáticas de la Universidad, así como las directrices y procedimientos para su aplicación (art. 15 LOU), que desarrolla el Rector (art. 20 LOU). Los centros, institutos y departamentos y la dirección de los mismos tienen las atribuciones que se vinculan en muchos casos con la efectividad misma de los derechos educativos en el ámbito universitario.

6.6. PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES. LA ACTUACIÓN DE FISCALÍA, DEFENSORES Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

La Fiscalía de menores es un puente entre el control administrativo y las garantías jurisdiccionales⁷³⁸. Puede asumir, o en su caso promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos (art. 3 de la Ley 50/1981). En virtud de la LOPJM pueden adoptar medidas cautelares o acciones judiciales civiles y penales, de oficio, a instancia del menor afectado o de sus representantes legales, para la protección de sus derechos fundamentales, y en particular de su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, o de su derecho de asociación (arts. 4.2 y 4.4 y 7.2 LOPJM). Asimismo, puede defender los derechos del menor, velar por sus intereses y por el respeto de las garantías procesales que redunden en su beneficio (art. 6 LORPM). Para todo ello, pueden adoptar medidas de atención inmediata, declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por ministerio de la Ley de la entidad pública competente (arts. 5.5, 14, 18 y 21.4 LOPJM). Todas estas actuaciones podrán traer causa de lo sucedido en el ámbito escolar.

En el ámbito educativo cobran especial interés las actuaciones extrajudiciales a través de defensorías tanto generales como especializadas en menores o en el ámbito educativo y universitario por la naturaleza de la relación educativa, la inmediatez de las soluciones requeridas y que muchas reclamaciones no tengan soporte jurídico. En el ámbito universitario la LOU ha recogido la experiencia creciente en los últimos años de las figuras del Defensor o Síndicos universitarios y los ha hecho obligatorios en las estructuras universitarias (art. 46 y DA 14 LOU). En el ámbito no universitario no son habitua-

738. ALÁEZ CORRAL, 2003a, pp. 186 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

les estas figuras especializadas para el ámbito de la educación, si bien existe algún supuesto regulado de «Defensor del Estudiante» (Canarias: arts. 60 y ss. Decreto 292/1995, de 3 de octubre).

Entre un 20 a un 40 % de las actuaciones individuales del Defensor del Pueblo están vinculadas a la educación⁷³⁹, constituyendo un apartado diferenciado en sus memorias anuales. La institución dedica estudios monográficos, de gran interés, como los relativos al acoso escolar o al alumnado extranjero en España⁷⁴⁰. A esta frenética actividad hay que añadir la no menos interesante que realizan las figuras afines autonómicas⁷⁴¹ y los defensores del menor⁷⁴².

El uso generalizado de las nuevas tecnologías, internet y la telefonía móvil suscitan para el menor enormes peligros para su privacidad así como su integridad, con actividades ilícitas frecuentemente vinculadas con el ámbito escolar. Frente a los ilícitos, a las anteriores garantías cabe sumar la creciente atención del fenómeno por la Agencia Española de Protección de Datos y las agencias autonómicas⁷⁴³. Las actuaciones van desde las denuncias particulares, hasta las actuaciones de oficio y los interesantes estudios monográficos y guías de tratamiento de datos para el ámbito escolar y universitario⁷⁴⁴. Cada vez es más frecuente acudir a esta garantía frente a supuestos que podrían vehicularse por la vía civil, penal o disciplinaria. No debe olvidarse que las sanciones de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, por lo general, son muy elevadas (art. 45 LOPD).

6.7. CONTROL JUDICIAL, RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PROTECCIÓN PENAL

Al menos en teoría, los tradicionales problemas de justiciabilidad de los derechos sociales⁷⁴⁵ no habrían de afectar al derecho a la educación, reconocido con las máximas garantías en la Constitución y, sin lugar a dudas, el

739. Se afirma un 40 % en ESCOBAR ROCA, 2009, p. 611. Mi examen de la Memoria de 2006 supone 3.289 quejas individuales de un total de 14.903 (22 %).

740. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2000, 2003a, 2003b y 2007.

741. Estas figuras existen en Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra, País Vasco y Rioja.

742. En Madrid (Ley 5/1996) y Comisionado del Menor-Pare d'Òrfens en Comunidad Valenciana (Ley 12/2008, arts. 162 y ss.).

743. En la actualidad, la de la Comunidad de Madrid, la de Cataluña y País Vasco. Su competencia se limita al control de las Administraciones, en nuestro caso, educativas y universitarias.

744. APDCM (2004, 2005 y 2008) e INTECO-AGPD (2009).

745. NACIONES UNIDAS, 2004, p. 25. En general, ABRAMOVICH (2004) y ABRAMOVICH y COURTIS (2002) y PISARELLO (2007 pp. 111-138).

Capítulo VI. El derecho a la educación

derecho a la educación es un derecho justiciable⁷⁴⁶. Todo ello a partir del contenido bastante perfilado del derecho a la educación que se ha expuesto. En todo caso, diversos ejemplos internacionales ilustran cómo se van superado algunos problemas y cómo se «explora aspectos que se hallan en la frontera entre los procesos políticos y los jurídicos»⁷⁴⁷: jueces que concretan obligaciones de número suficiente de docentes y empleados, tamaño de clases y edificios adecuados y accesibles, planes de estudios apropiados, con recursos y seguridad⁷⁴⁸. Se dan juicios sobre la razonabilidad de los esfuerzos administrativos y presupuestarios realizados⁷⁴⁹ o valoraciones judiciales de si el esfuerzo en educación había sido la prioridad presupuestaria más amplia, tal y como se exigía constitucionalmente⁷⁵⁰ o el alcance de la «gratuidad» educativa⁷⁵¹. En Colombia se ha afirmado por los tribunales que la educación no debe regirse solamente por argumentos económicos⁷⁵². Cuestión diferente es que la grave dilación judicial en España casa muy mal con la inmediatez de las necesidades educativas. Ello inhibe acudir a los tribunales a pesar de la posible adopción de medidas cautelares (art. 129 LJCA) o la posible tramitación por la más rápida vía especial de derechos fundamentales. Es por ello que interesa dar protagonismo a las ONGs u otras entidades del ámbito de la educación. Como Recomendación a los Estados la Federación Iberoamericana de Ombudsmen, el derecho a la educación implica «Garantizar el acceso a los Tribunales de Justicia [...] a las organizaciones no gubernamentales de defensa de los Derechos Humanos en general y del derecho a la educación en particular, en especial para la defensa de los derechos e intereses colectivos asociados a la educación»⁷⁵³.

Los supuestos relativos a la educación tienden a concentrarse en el ámbito contencioso administrativo, puesto que son los poderes públicos los primeros obligados y también lo son del control y fiscalización de los centros públicos y privados. Los mecanismos procesales dependen de la situación

746. Textualmente, NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2007b, p. 12.

747. TOMÁSEVSKI, 2003, p. 11.

748. *Campaign for Fiscal Equity et al. v. The State of New York et al.* [719 NYS 2d 475], citado por NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS, 2004, n° 55.

749. Caso inglés *R. c. Inner London Education Authority, ex parte Ali* [1990] C.O.D. 317, [1990] 2, Admin° L.R. 822, 828B, citamos por TOMÁSEVSKI, 2003, pp. 10-11.

750. Tribunal Supremo de Filipinas, *Guingona, Jr. c. Carague*, G.R. N 94571, 22 de abril de 1991, *ibidem*.

751. Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa, sentencia US 25/94 del 13 de junio de 1995, *ibidem*.

752. STS de Colombia, de 6 de noviembre de 1997, C-560/97 solicitud de Andrés de Zubiria Samper de que se declarara inconstitucional parte del art. 203 de la Ley 115 de 1994.

753. «Recomendaciones a los Estados», en Fio, 2009, p. 729.

jurídica concreta. Cuando se trate de obligaciones jurídicas insatisfechas, se realiza una reclamación formal previa y si no hay cumplimiento en tres meses queda expedita la vía contenciosa (art. 29.1 LJCA) donde se podrá obtener la pretensión y, en su caso, los daños y perjuicios (art. 31.2 LJCA). Ahora bien, esta vía ante la inactividad «no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho»⁷⁵⁴, pero sí que puede obligar al resultado y efectivo reconocimiento del derecho, incluso a través de los instrumentos de ejecución de sentencia de condenas a actuar (art. 108 LJCA). En otras situaciones jurídicas, una vez agotada la vía administrativa previa (art. 25 LJCA), se solicitará la nulidad, en su caso de pleno derecho por lesión del derecho fundamental (art. 62.1 LPC). Además de la nulidad, podrá lograrse el reconocimiento de la «situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda» (art. 31.2 LJCA). En todos los casos, el recurso podrá plantearse por la vía ordinaria correspondiente o por el procedimiento especial de derechos fundamentales, más ágil y que no precisa agotar la vía administrativa previa (arts. 114 y ss. LJCA). Si el recurso es directo frente a una disposición general, no cabe recurso administrativo previo (art. 107 LPC) sino directamente ante la jurisdicción contenciosa. La sentencia podrá lograr la nulidad de la disposición, pero no determinar el contenido de ésta (art. 71.2 LJCA).

Respecto de la responsabilidad por daños producidos en los centros escolares o universidades. En el procedimiento penal se puede dilucidar la responsabilidad civil⁷⁵⁵ o patrimonial de la Administración (art. 146.1 LPC). Cuando se trate de centros o universidades privados se dará el parámetro de responsabilidad *ex* artículo 1903.5 CC, una responsabilidad casi objetiva donde «se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad»⁷⁵⁶. En los centros escolares y universidades públicas la responsabilidad patrimonial será objetiva y directa (art. 106 CE, arts. 139 y ss. LPC y RD 429/1993)⁷⁵⁷. La

754. Exposición de Motivos de la LJCA, IV y SSTs de 26 febrero de 1993 y 16 de enero de 1998.

755. La posibilidad de demandar al Centro docente en la aplicación supletoria de los arts. 120 y 121 CP, en SAP de Álava (Secc. 1ª), de 27 de mayo de 2005, referida específicamente a un supuesto de *bullying*.

756. Con referencias al Tribunal Supremo, SAP de Madrid, de 18 de diciembre de 2008 (Secc. 10ª), caso Colegio Suizo de Madrid, texto disponible en la red.

757. Entre otras muchas, SSTs de 23 de junio de 1995 (RJ 1995, 4782), 29 de enero (RJ 1998, 1103), 10 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1786), 9 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2656), 28 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9967): «no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño». Asimismo, SSTs 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4338) y 22 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1986); esta última señala que es para «toda actuación, gestión, actividad, o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad, con resultado lesivo».

resolución administrativa de la reclamación de responsabilidad podrá ser objeto de recurso contencioso [art. 2.e) LJCA].

Por cuanto a la responsabilidad criminal, en el ámbito escolar bien pueden producirse la mayoría de los tipos penales. Si la víctima es un docente, éste no se ha considerado autoridad pública (art. 24 CP)⁷⁵⁸. Para el ámbito sancionador administrativo la Comunidad autónoma de Madrid ha aprobado en junio de 2010 la Ley de autoridad del profesorado, sin repercusiones para el ámbito penal, pero sí el disciplinario. Si las conductas se cometen por el profesorado pueden ser de aplicación diversas circunstancias agravantes (art. 22.2 y 7 CP). De otra parte, cabe tener en cuenta los delitos de abandono de familia, menores o incapaces por los padres o tutores (art. 226 CP), que pueden ser cometidos por los padres o tutores ante la no escolarización de sus hijos, causada por abandono malicioso o conducta desordenada⁷⁵⁹. Como se dijo, los tribunales han excluido la criminalización de los padres o tutores que no escolarizan voluntariamente por objetar al sistema educativo y facilitar la educación en casa⁷⁶⁰, sin perjuicio de que ello lesione el derecho a la educación⁷⁶¹.

6.8. GARANTÍAS INTERNACIONALES

En el plano internacional⁷⁶², es obligada la cooperación y asistencia internacionales y en la negociación y la ratificación de acuerdos internacionales y su actividad en las organizaciones internacionales (también las financieras), los Estados deben tener en cuenta el derecho a la educación⁷⁶³. Pese a que las obligaciones que dimanen de los tratados en educación son muy importantes, su garantía depende de «si las normas internacionales se incorporan paulatinamente a las estructuras jurídicas nacionales»⁷⁶⁴. Sólo sobre base, cabe observar las garantías internacionales. En el ámbito mundial son típicos los sistemas de informes periódicos o puntuales ante comités de expertos: así en el marco de la CDN, de la que emanan observaciones generales y finales respecto de cada país, lo que también sucede en el marco del PIDESC (con quejas individuales) u otros convenios que transversalmente afectan a la edu-

758. SAP de Barcelona (Secc. 3ª), de 23 de mayo de 2008.

759. SAP de Valencia (Secc. 10), de 30 abril de 2002 (JUR 2002, 185690).

760. Interesante la STS de 30 de octubre de 1994 (Penal, 1669/1994). Asimismo, SAP de Granada, de 29 febrero de 1996 (ARP 1996, 88).

761. SAP de Málaga, de 6 de junio de 2005 (AC 2005, 1654) y SAP de Sevilla, de 23 noviembre de 1999 (AC 1999, 2211).

762. Sin falta, FIO (2009), CHACÓN MATA (2007) y los trabajos de TOMÁSEVSKI.

763. OG 13, ap. 56.

764. NACIONES UNIDAS, 2004, p. 25.

cación⁷⁶⁵. La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza tiene su propio protocolo encaminado a resolver las diferencias e inobservancias surgidas en la aplicación de este instrumento, a través de una comisión conciliadora. En el marco de Naciones Unidas es significativa la labor del relator especial para el derecho a la educación, a partir de mandatos a un experto independiente en 1998 y 2004⁷⁶⁶ por parte del Consejo de Derechos Humanos (antigua Comisión de Derechos Humanos) y el Consejo Económico y Social. Sus informes son obligado referente que aquí se ha manejado. También en el ámbito de Naciones Unidas no debe obviarse la confluencia de órganos, como UNICEF con oficinas en muchos países para la puesta en marcha de las observaciones o recomendaciones del Comité DESC. De igual modo, agencias especializadas convergen en materia educativa, como la OIT, la UNESCO, ACNUR y la OMS.

Ya en el ámbito regional europeo, en el marco de la CSE caben las reclamaciones colectivas⁷⁶⁷, significativas en los últimos años en materia de protección de castigos físicos del menor y del autismo. En todo caso, destaca la fiscalización propiamente jurisdiccional del TEDH del derecho a la instrucción, con más de veinte sentencias aquí examinadas. La educación excede en principio de las competencias de la Unión Europea, si bien hay una gran expansión e importante institucionalización⁷⁶⁸. Y la actividad realizada puede ser objeto de revisión jurisdiccional.

765. Comités correspondientes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la Convención contra la discriminación de mujeres de 1979. También, téngase en cuenta la reciente CDPD, de diciembre de 2006. Respecto de España, cabe tener en cuenta las Observaciones Finales del Comité DESC, de 7 de junio de 2004 (Cuarto informe); Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 28 de abril de 2004; Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 7 de julio de 2004.

766. En su Resolución 1998/33, la Comisión de Derechos Humanos se nombró a Katarina TOMÁSEVSKI (Croacia) relatora especial en educación. Los trabajos de esta autora (en publicaciones científicas) constituyen un referente de interés. En agosto del 2004, la Comisión, por su resolución 2004/25, prorrogó el mandato por un período de tres años, siendo esta vez el Sr. Vernor MUÑOZ VILLALOBOS (Costa Rica).

767. Ver JIMENA QUESADA, 2007.

768. En el seno de la Comisión Europea existe la Dirección General de Educación y Cultura. El Parlamento Europeo tiene una Comisión de Cultura y Educación. Una de las formaciones en que se reúne el Consejo de la Unión Europea es el Consejo de Educación, Juventud y Cultura. Es relevante la acción del Defensor del Pueblo Europeo. Asimismo, se ha creado el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, Fundación Europea de Formación, la EURYDICE (Red de información sobre la educación en Europa). Inciden también en la materia el Banco Europeo de Inversiones y Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural.

Capítulo VII

El derecho a un trabajo digno*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

Desde hace tiempo, el impulso natural del hombre a emplear su fuerza de trabajo a fin de procurarse los medios para subvenir a sus necesidades de índole personal y familiar, ha llevado a reconocer un derecho al trabajo a los ciudadanos¹. Tal pretensión tiene una larga historia². Por vez primera, la Revolución francesa proclamó el derecho al trabajo como un deber de la sociedad y una modalidad de la asistencia social³. Los primeros socialistas atribuyeron a tal derecho una dimensión principal, y el socialismo lo incluyó en una visión más general de la sociedad sin clases⁴. Asimismo, a finales del

* Por José Luis GIL Y GIL.

1. NIKISCH, 1961, p. 43.
2. *Vid.* NIKISCH, 1961, pp. 43 y ss.; RATH, 1974, pp. 24 y ss.; SCHMINCK-GUSTAVUS, 1978; GAMILLSCHEG, 2001, pp. 25 y ss.; HUFEN, 2007, pp. 589 y 590; BORGETTO, 1993, pp. 143 y ss. y 280 y ss. y 2001, pp. 128 y ss.; y VÉRICEL, 2007, p. 180. En la doctrina española, ALARCÓN, 1979, pp. 14 y ss. y SASTRE, 1996, pp. 23 y ss. *Vid.*, asimismo, REVET, 2007, pp. 749 y ss., acerca de la libertad de trabajo.
3. El artículo 21 de la Declaración de derechos de 24 de junio de 1793 proclamaba un deber de la sociedad con respecto a quienes no podían obtener un trabajo para subvenir a sus necesidades: «Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler».
4. NIKISCH (1961, p. 43) menciona las obras: *Traité de l'association domestique-agricole* (1822), de Charles FOURIER; *Théorie du droit de propriété et du droit au travail* (1839), de Victor CONSIDÉRANT, y *Le socialisme, droit au travail* (1848), de Louis BLANC. Por su parte, BORGETTO (2001, p. 130) cita la misma obra de Charles FOURIER, *Organisation du travail* (1845), de Louis BLANC; *Théorie nouvelle d'économie sociale et politique* (1842), de PECQUEUR, y *Le droit au travail et le droit de propriété* (1848), de PROUDHON. *Vid.* también PECES-BARBA (1990), sobre el socialismo y el derecho al trabajo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

siglo XVIII, J. G. FICHTE trató de fundamentar ese derecho en Alemania⁵. La proclamación del derecho al trabajo en la Constitución de la República de Weimar, de 1919, no pasó de ser una mera promesa⁶. En 1933, la cifra de desempleados alcanzó los seis millones. A la vista de los acontecimientos de aquella época, el constituyente alemán renunció a incluir el derecho al trabajo o a un salario suficiente en la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. Poco antes, sin embargo, el párrafo 5 del Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 estableció el deber de trabajar, y reconoció el derecho al trabajo como un derecho del individuo y una prerrogativa inherente a la cualidad de hombre y de ciudadano⁷. Con distintos matices, otras Constituciones europeas recogen también el deber de trabajar y el derecho al trabajo⁸.

En España, la Constitución de 1876 reconoció ya la libertad de elección de la profesión u oficio⁹. El Fuero del Trabajo de 1938, el Fuero de los Españoles de 1945 y la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 1958 proclamaron el derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como el derecho a un salario suficiente y a unas condiciones de trabajo dignas¹⁰. Además de garantizar la libertad de elección de la profesión u oficio, la Constitución de 1931 protegía también la dignidad en el trabajo¹¹.

5. Vid. la obra *Grundlagen des Naturrechts*, de 1797, cit. por NIKISCH, 1961, p. 43.
6. El art. 163.2 de la Constitución de la República de Weimar declaraba: «Jedem Deutschen soll die Möglichkeit gegeben werden, durch wirtschaftliche Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben. Soweit ihm Arbeitsgelegenheit nicht nachgewiesen werden kann, wird für seinen notwendigen Unterhalt gesorgt».
7. El precepto dispone: «Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi». Y añade: «Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances». Sobre el derecho al trabajo en Francia, vid. LYON-CAEN (1988), BORGETTO (1993, pp. 280 y ss. y 2001), PÉLISSIER, SUPLOT y JEAMMAUD, 2008, pp. 199 y ss., y VÉRICEL, 2007.
8. Vid. SAGARDOY, 1983, pp. 470 y 471.
9. El art. 12 de la Constitución de 1876 dispuso: «Cada cual es libre de elegir profesión y de aprenderla como mejor le parezca».
10. El art. 8 de la parte I del Fuero del Trabajo declaraba que «todos los españoles tienen derecho al trabajo». Las Partes II y III reconocían el derecho del trabajador a unas condiciones de trabajo dignas, en materias tales como la jornada, el descanso semanal, las vacaciones anuales pagadas o el salario suficiente. Según el art. 24 del Fuero de los Españoles, «todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en alguna actividad socialmente útil». El art. 27 añadía que «todos los españoles serán amparados por el Estado en su derecho a una retribución justa y suficiente, cuando menos, para proporcionar a ellos y a sus familias el bienestar que les permita una vida moral y digna». Por su parte, el Principio X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional establecía: «Se reconoce al trabajo como origen de jerarquía, deber y honor de los españoles, y a la propiedad privada en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social». En fin, en virtud del principio XII, «el Estado procurará por todos los medios a su alcance [...] asegurarles las más dignas condiciones de trabajo».
11. El art. 33 de la Constitución preceptuaba: «Toda persona es libre de elegir profesión.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

El artículo 35.1 CE dispone que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo», así como «a la libre elección de profesión u oficio»¹². A su vez, al referirse al condenado a pena de prisión, el artículo 25.2 CE prescribe que, «en todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social»¹³. Junto a esos preceptos básicos, otros inciden en aspectos complementarios. Así, el artículo 40.1 CE establece que los poderes públicos «de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo»¹⁴. Asimismo, en el artículo 41 CE, la protección contra el desempleo aparece como un elemento básico del régimen público de Seguridad Social. Por otra parte, la CE menciona algunos de los aspectos de la dignidad en el trabajo. Así, el artículo 35.1 CE recoge los derechos del trabajador a la promoción a través del trabajo y a un salario suficiente para subvenir a sus necesidades y a las de su familia, y establece también una prohibición específica de discriminación en estas materias por razón de sexo¹⁵. Además, el artículo 40.2 CE precisa que los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, y velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacacio-

Se reconoce la libertad de industria y comercio, salvo las limitaciones que, por motivos económicos y sociales de interés general, impongan las leyes». Asimismo, el art. 46.2 señalaba que «la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna», y añadía que su legislación social regularía, entre otras materias, «el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores».

12. *Vid.*, en particular, ALARCÓN (1979), REVUELTO (1979), MARTÍN VALVERDE (1980), RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980), SAGARDOY (1983), IBARRECHE (1996), GÁLVEZ (2001A), MONEREO Y MOLINA (2002A), MARTÍNEZ ABASCAL (2003), BAYLOS (2005), REY (2007, pp. 121 y ss.) y NOGUEIRA (2009).
13. *Vid.* COBO Y BOIX (1983, pp. 96 y ss.), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, pp. 15-16), SASTRE (1996, pp. 84 y ss. y 137 y ss.), SERRANO (2001), MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1307-1308 y 1330-1331) y SÁNCHEZ (2009).
14. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 199 y ss.), ECHEVARRÍA (1983 y 1996), GÁLVEZ (2001b), MONEREO Y MOLINA (2002b) y MATÍA (2009).
15. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, pp. 27 y ss.), MONTOYA (1980, pp. 289 y ss.), SAGARDOY (1983, pp. 473 y ss.), ALONSO OLEA (1990, pp. 36-37), VALLE (2002) y GARCÍA MURCIA (2002 y 2003). Tal y como señala MARTÍN VALVERDE (1988, p. 61), en una primera aproximación, puede considerarse modesta la incidencia de la CE sobre el derecho individual del trabajo: el art. 35.1 CE sobre los derechos profesionales de los trabajadores no parece introducir grandes innovaciones en relación con los textos vigentes en el momento en que se aprobó la Constitución.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados¹⁶. En fin, el artículo 35.2 CE dispone que «la ley regulará un estatuto de los trabajadores»¹⁷.

En la elaboración parlamentaria de los artículos 25, 35 y 40 CE, cabe reseñar tres momentos de interés¹⁸. El primero, la presentación de dos enmiendas idénticas al artículo 30 del anteproyecto de la Ponencia (art. 35 del texto definitivo), con los números 254 y 342, por el Grupo de Socialistas de Cataluña y por el Grupo Socialista del Congreso. Pretendían la inclusión del derecho «a la estabilidad en el empleo». Las rechazó la Ponencia, y no volvieron a plantearse. En segundo lugar, la presentación de una enmienda al mismo artículo del anteproyecto, presentada con el número 483 por el Grupo Mixto del Congreso, con la firma de los diputados Morodo y Caa-maño, a tenor de la cual se pretendía incluir el siguiente párrafo: «Los poderes públicos protegen el derecho de todos los trabajadores a un puesto de trabajo digno y de acuerdo con su aptitud profesional». Aun prometedora, la fórmula corrió igual suerte que la anterior. Por último, cabe mencionar la enmienda defendida en el seno de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas el 23 de mayo de 1978 por el diputado López Rodó. Tendía a eliminar el párrafo del artículo 24 (25 del texto definitivo) en que se reconoce el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado, lo que para dicho diputado constituía, o una reiteración innecesaria, o una invitación a entrar en prisión al millón de españoles parados¹⁹.

El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance del derecho general

-
16. *Vid.* ECHEVARRÍA (1996, pp. 83 y ss.), GÁLVEZ (2001b), PEDRAJAS (2002), MOLINA NAVARRETE (2002) y MATÍA (2009). Tampoco el art. 40.2 CE, que contempla como deberes de los poderes públicos algunas instituciones clásicas del derecho del trabajo, llama la atención por su novedad o por su grado de exigencia: *vid.* MARTÍN VALVERDE, 1988, pp. 61-62.
 17. *Vid.* RODRÍGUEZ-PINERO (1980, pp. 23-24 y 1990), SAGARDOY (1983, pp. 476 y ss. y 1990) y MORENO (2002). En palabras de MARTÍN VALVERDE (1988, p. 62), la parquedad de la CE se compensa, en buena medida, con el encargo del constituyente al legislador para que apruebe una ley del estatuto de los trabajadores, destinada a perfilar y concretar la tabla de derechos y deberes profesionales.
 18. *Vid.* ALARCÓN (1979, p. 28) y, asimismo, GÁLVEZ (2001, pp. 808-809).
 19. En concreto, el diputado afirmó: «Este texto, una de dos: o es un texto reiterativo respecto del artículo 33 [hoy 35] del proyecto constitucional... o si lo que se pretende es reconocer a los presos un derecho privilegiado... entonces esto me parece injusto. ¿Qué quiere decir este "derecho" a un trabajo remunerado? ¿Quiere decir que el Estado está obligado a facilitarles un puesto de trabajo? Pues entonces, podríamos, por reducción al absurdo, pensar que el millón de parados que desgraciadamente tenemos en España van a estar todos dispuestos a ingresar en prisión para que se les facilite un puesto de trabajo remunerado, y esto, señores, es verdaderamente grotesco» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1978, n° 72, p. 2591).

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

al trabajo²⁰ y del derecho al trabajo de los penados²¹, y ha justificado la desigualdad de trato entre los españoles y los extranjeros que establece el artículo 35.1 CE²². Asimismo, ha interpretado el sentido de la encomienda al legislador para que regule un estatuto de los trabajadores²³, ha deducido del derecho al trabajo una protección contra el despido injustificado²⁴, y ha declarado la inconstitucionalidad de la fijación de un límite de edad para la prestación de servicios y de una jubilación obligatoria incondicionada del trabajador²⁵.

En la materia laboral propiamente dicha²⁶, el artículo 149.1.7ª CE atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas²⁷. En esa disposición, el término legislación se usa en sentido amplio o material, y comprende tanto las leyes como los reglamentos, puesto que a las Comunidades Autónomas se confieren, tan sólo, potestades de ejecución, no reglamentarias, para el desarrollo de las leyes²⁸.

Aparte de la asistencia social, las Comunidades Autónomas pueden ejer-

-
20. SSTC 22/1981 y 192/2003. El primer párrafo del art. 35.1 CE configura el trabajo con la doble vertiente del deber y del derecho (STC 223/1992, FJ 3).
 21. Las SSTC 127/1989, 172/1989 y 17/1993 señalan que el derecho al trabajo y a la Seguridad Social no es exigible de manera inmediata y general, aunque la Administración penitenciaria está obligada a crear y ofertar cuantos puestos de trabajo permitan sus disponibilidades presupuestarias.
 22. STC 107/1984.
 23. STC 227/1998.
 24. SSTC 22/1981, 20/1994 y 192/2003.
 25. STC 22/1981.
 26. La legislación laboral no es la que se refiere, de forma genérica, al mundo del trabajo. En sentido concreto y restringido, por tal hay que entender la que regula directamente la relación laboral, es decir, «la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes se prestan estos servicios» (STC 35/1982, FJ 2). Sin embargo, la STC 195/1996 parece ampliar esta delimitación estricta, al considerar que las materias de colocación, empleo, ayudas de fomento del empleo y formación profesional ocupacional se insertan también, sin dificultad, en la «legislación laboral» (FJ 5).
 27. El Tribunal Constitucional ha precisado el alcance del precepto, entre otras muchas, en las sentencias 18/1982, 35/1982, 39/1982, 7/1985, 17/1986, 249/1988, 86/1991 y 360/1993. Sobre las competencias en materia de formación profesional ocupacional, *vid.* las SSTC 95/2002, 190/2002 y 230/2003.
 28. De este modo, la materia laboral es inaccesible al poder legislativo de las Comunidades Autónomas. El Estado es la fuente única de las normas laborales, lo que significa que a las Comunidades Autónomas no les queda ningún espacio de regulación externa (STC 195/1996, FJ 11), habida cuenta de la exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre la legislación laboral (STC 227/1998, FJ 9).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cer competencias legislativas en materias no estrictamente laborales, pero conexas con éstas. Así sucede, por ejemplo, en materia de empleo. El empleo está estrechamente ligado a las competencias comunitarias económicas sobre industria y sobre reestructuración o reconversión industrial, o al desarrollo socioeconómico y a la ordenación del territorio autonómico, que deben ejercerse con respeto de las competencias del Estado sobre las bases y la coordinación de la actividad económica (art. 148.1.13ª CE). Las Comunidades Autónomas disponen de Planes de Empleo. La intervención autonómica puede tener una gran relevancia, al afectar el desempleo de modo diverso a las distintas regiones españolas y al hallarse las políticas públicas en una relación estrecha con las peculiaridades de cada territorio. Las Comunidades Autónomas también pueden asumir competencias legislativas en otros terrenos, como la formación profesional no comprendida dentro de la legislación laboral²⁹, las sociedades cooperativas u otras materias³⁰. Asimismo, en la lucha contra la exclusión social, las Comunidades Autónomas llevan a cabo distintas acciones de fomento del empleo y de la ocupabilidad. En el marco de sus competencias, algunas Comunidades Autónomas han elaborado Planes de inclusión social o de lucha contra la exclusión social; otras disponen de leyes específicas en ese ámbito. De este modo, pese a la aparente claridad de la Constitución, resulta un sistema complejo, en el que actúan los distintos poderes públicos.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Diversos instrumentos de derecho internacional reconocen el derecho fundamental al trabajo. En el plano universal, la DUDH de 1948, consagra el derecho de toda persona al trabajo, a la libre elección del mismo, a la protección contra el desempleo, a un salario igual por trabajo igual, a condiciones equitativas y satisfactorias en el trabajo y a una remuneración equitativa y satisfactoria que asegure al trabajador y a su familia una vida digna (art. 23). Asimismo, el PIDESC proclama el derecho al trabajo en un sentido general en su artículo 6³¹ y desarrolla, de modo explícito, la dimensión individual

29. *Vid.* las SSTC 95/2002, FF JJ 8, 9 y 10, y 190/2002, FF JJ 6 y 7, sobre la formación profesional permanente o continua como bloque material de la legislación laboral.

30. Así, no es legislación laboral la regulación de la contratación obligada de empleados laborales cualificados (guardas de caza) al servicio de titulares de cotos privados de caza con el fin de vigilar el cumplimiento de las normas autonómicas sobre caza (STC 14/1998, FJ. 9), ni la relativa al mantenimiento de los puestos de trabajo ante el cambio de autorización administrativa para las oficinas de farmacia (STC 109/2003, FJ 10 c).

31. El art. 6 del Pacto define el derecho al trabajo de manera general y no exhaustiva. Según el párrafo primero, los Estados Partes reconocen «el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

del derecho al trabajo mediante el reconocimiento, en el artículo 7, del derecho de toda persona a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en especial la seguridad de las condiciones de trabajo³². La dimensión colectiva del derecho al trabajo se aborda en el artículo 8, que estipula el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, así como el derecho de los sindicatos a funcionar libremente. Cuando se redactó el artículo 6 del Pacto, la Comisión de Derechos Humanos afirmó la necesidad de reconocer el derecho al trabajo en sentido lato y de estipular obligaciones jurídicas precisas, y no un simple principio de alcance filosófico³³. El 24 de noviembre de 2005, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aprobado la Observación General n° 18, sobre «El derecho al trabajo» (OG 18).

Otros instrumentos universales y regionales de derechos humanos reconocen el derecho al trabajo. Así, el derecho al trabajo figura en el apartado artículo 8.3.a) PIDCP de 1966; en el artículo 5.e), i) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el artículo 11.1.a) de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; en el artículo 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, y en los artículos 11, 25, 26, 40, 52 y 54 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, de 1990, no ratificada por España. Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado normas sobre el empleo y para proteger a los

para garantizar este derecho». En el párrafo segundo, los Estados Partes reconocen que, «para lograr la plena efectividad de este derecho», habrán de adoptar medidas, entre las que deberán figurar «la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana».

32. El art. 7 dispone que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto; b) La seguridad y la higiene en el trabajo; c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos».
33. Comisión de Derechos Humanos, 11° período de sesiones, tema 31 del programa, A/3525, 1957.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

trabajadores en los casos de despido. Así, por ejemplo, el Convenio n° 122, de 1964, sobre la política de empleo, habla de «pleno empleo, productivo y libremente elegido», y vincula la obligación de los Estados Partes en lo relativo a crear las condiciones de pleno empleo con la obligación de velar por la eliminación del trabajo forzoso. El Convenio n° 2, de 1919, se ocupa del desempleo, y el Convenio n° 88, de 1948, del servicio del empleo. De gran importancia es el Convenio n° 158, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

En el ámbito regional, varios instrumentos reconocen el derecho al trabajo en su dimensión general, y reafirman el principio de que el respeto de tal derecho impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas dirigidas al logro del pleno empleo. Así, cabe mencionar la Carta Social Europea, de 1961³⁴ y la Carta Social Europea Revisada, de 1996, firmada pero no ratificada por España, que regula además el derecho a la protección contra el despido injustificado³⁵.

De igual modo, el Derecho de la Unión Europea reconoce el derecho al trabajo, a la libre elección de la profesión u oficio y a la libertad de circulación de trabajadores, así como a unas condiciones de trabajo dignas, y protege contra el despido injustificado³⁶. La libertad profesional la reconoce la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁷. La libertad de circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios son libertades fundamentales que reconoce el derecho originario³⁸. La CDF garantiza también estos derechos³⁹, en el capítulo dedi-

34. El art. 1 de la Parte I establece que «toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegidos». Bajo el epígrafe «derecho al trabajo para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo», el art. 1 de la Parte II señala: «Las partes contratantes se comprometen: 1) A reconocer como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado posible del empleo, con el fin de lograr el pleno empleo. 2) A proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. 3) A establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. 4) A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas».

35. El art. 1 de la Parte II regula el derecho el trabajo, y el art. 24, la protección contra el despido injustificado.

36. *Vid.* SEMPÉRÉ y CANO, 2002, pp. 23 y ss., y ARASTÉY, 2005.

37. SSTJCE de 14 de mayo de 1974, asunto 4/73, *Nold*; 13 de diciembre de 1979, asunto 44/79, *Hauer*; y 8 de octubre de 1986, asunto 234/85, *Keller*.

38. Arts. 45, 49 y 56 y ss. TFUE.

39. El art. 15 CDF dispone: «1) Toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. 2) Todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro». *Vid.* un comentario al precepto en CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 33; BRAIBANT, 2001, pp. 133 y ss., y PRADOS y SÁEZ, 2004, pp. 208 y

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

cado a los derechos de libertad, y no en los derechos de solidaridad. Además, prohíbe el trabajo forzado⁴⁰ y el trabajo infantil, y obliga a proteger a los jóvenes en el trabajo⁴¹. A su vez, recoge el derecho de toda persona a acceder a un servicio gratuito de colocación⁴² y a unas condiciones de trabajo justas y equitativas⁴³.

El Derecho de la Unión Europea protege también al trabajador contra el despido injustificado⁴⁴. Así, el artículo 30 CDF reconoce el derecho a la protección en caso de despido injustificado, «de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales»⁴⁵. El derecho derivado desarrolla esta garantía. Así, las directivas sobre despidos colectivos⁴⁶, protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁴⁷ y transmisión de empresa⁴⁸ contienen reglas que inciden en la garantía del trabajador frente al despido. Junto a ellas, la protección frente al despido deriva también de las disposiciones comunitarias sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo y la conciliación de la vida

ss., y, en general, GIL y USHAKOVA, 2003, sobre los derechos sociales en la CDF y PRADOS y SÁEZ, 2004, sobre tales derechos en el proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa. En la redacción dada por el Tratado de Lisboa, el art. 6.1 TUE dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de abril de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

40. El párrafo segundo del art. 5 CDF señala que «nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, pp. 18-19, y BRAIBANT, 2001, p. 102 y ss.
41. El art. 23 preceptúa: «Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas». Y añade: «Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 49, y BRAIBANT, 2001, pp. 184 y ss.
42. El art. 29 precisa que «toda persona tiene derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 47, y BRAIBANT, 2001, p. 179.
43. El art. 31 establece: «1) Todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad. 2) Todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas». *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 48, y BRAIBANT, 2001, pp. 181 y ss.
44. *Vid.* ARASTEY, 2005, pp. 372 y ss., y GIL y SAGARDOY, 2007, pp. 59 y ss.
45. *Vid.* CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, 2001, p. 47, y BRAIBANT, 2001, pp. 180-181.
46. Directiva 98/59/CE, de 20 de julio.
47. Directiva 2008/94/CE, de 22 de octubre.
48. Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

familiar y laboral⁴⁹, y sobre la discriminación por razones de origen racial o étnico⁵⁰, o de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual⁵¹. Así pues, el derecho social europeo ofrece una protección indirecta frente al despido, al prohibir los despidos discriminatorios o por represalia o ciertas causas de despido, como la transmisión de empresa o la negativa a pasar de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa⁵². En fin, la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores garantiza también la libertad profesional⁵³.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

De acuerdo con el artículo 35.2 CE, la ley regulará un estatuto de los trabajadores. Como ha subrayado la STC 227/1998, el artículo 35.2 CE no sólo contiene una reserva de ley en materia de relaciones laborales, sino también una garantía de instituto de la categoría de trabajador. El legislador no puede desnaturalizar el concepto de trabajador⁵⁴. Aprobado en 1980, y modificado en varias ocasiones, el Estatuto de los Trabajadores (ET) es la ley básica que regula los derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral. El texto en vigor es el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. El artículo 4.1.a) ET reitera que los trabajadores tienen, como derechos básicos, con el contenido y alcance que disponga su normativa específica, el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio. El ET contempla también distintos aspectos de la dignidad en el trabajo, como la protección frente al acoso discriminatorio y al acoso sexual y por razón de sexo [art. 4.2.e) ET], el derecho a la promoción a través del trabajo (arts. 22, 24 y 25 ET) y a un salario mínimo (art. 27 ET), a la igualdad de remuneración por razón de sexo (art. 28 ET), y a la limitación de la jornada y a descansos, permisos y vacaciones (arts. 34 y ss. ET). Cuestiones tales como

49. Directivas 2006/54/CE, de 5 de julio; 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, de 3 de junio.

50. Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio.

51. Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre.

52. Para mayores detalles, *vid.* GIL y SAGARDOY, 2007, pp. 60 y ss.

53. El art. 4 señala que «toda persona tiene derecho a la libertad de elección y de ejercicio de una profesión, con arreglo a las disposiciones que rigen cada profesión».

54. En palabras de Díez-PICAZO (2005, p. 488), «la ley no puede prescindir del concepto jurídico de trabajador, ni regularlo de manera irrazonable o discriminatoria». El autor citado añade que «tal vez cupiera también ver en el artículo 35.2 CE un mandato constitucional de que haya un estatuto, en singular», lo que «equivaldría a afirmar que sobre el legislador pesa la obligación de mantener codificado el derecho del trabajo, que es competencia exclusiva del Estado [art. 149.1.7ª CE]».

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

las modalidades del contrato de trabajo o las relaciones laborales de carácter especial se hallan desarrolladas en normas reglamentarias.

Por otro lado, la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, regula las cualificaciones y la formación profesional, y el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, el subsistema de formación profesional para el empleo. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, se ocupa de la prevención de riesgos laborales (LPRL). Distintos reglamentos han desarrollado esa materia. Pueden citarse: el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el reglamento de los servicios de prevención de riesgos laborales; el Real Decreto 688/2005, de 10 de junio, sobre el régimen de funcionamiento de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como servicio de prevención ajeno, y la Orden TAS/3623/2006, de 28 de noviembre, acerca de las actividades preventivas en el ámbito de la Seguridad Social y la financiación de la Fundación para la Prevención de Riesgos Laborales.

A su vez, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, perfila el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo que hace al ejercicio de las políticas activas y pasivas de empleo⁵⁵. Las prestaciones por desempleo, en los niveles contributivo y no contributivo, se hallan reguladas en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)⁵⁶. En general, la protección por desempleo sólo se otorga a quienes han trabajado.

55. Según la exposición de motivos, la ley tiene por objetivo incrementar la eficiencia del funcionamiento del mercado de trabajo y mejorar las oportunidades de incorporación al mismo para conseguir el objetivo del pleno empleo, lo que se traduce en ofrecer a los desempleados, bajo los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación, transparencia, gratuidad, efectividad y calidad en la prestación de servicios, una atención preventiva y personalizada por los servicios públicos de empleo, con especial atención a los colectivos desfavorecidos, entre los cuales ocupan un lugar preferente las personas con discapacidad. Añade la exposición de motivos que las políticas de empleo deben funcionar como instrumentos incentivadores para la reincorporación efectiva de los desempleados al mercado de trabajo, estimulando la búsqueda activa de empleo y la movilidad geográfica y funcional. La ley regula el Sistema Nacional de Empleo, integrado por el Servicio Público de Empleo Estatal –que sustituye al Instituto Nacional de Empleo– y los Servicios Públicos de las Comunidades Autónomas. Sus órganos son la Conferencia Sectorial de Asuntos Laborales y el Consejo General del Sistema Nacional de Empleo, y sus instrumentos, el Plan nacional de acción para el empleo, el Programa anual de trabajo del Sistema Nacional de Empleo y el Sistema de información de los Servicios Públicos de Empleo. En fin, la ley define y regula la intermediación laboral, instrumento básico de la política de empleo, en la que cabe la colaboración con la sociedad civil, con respeto a los principios constitucionales y de acuerdo a criterios de objetividad y eficacia. La ley establece también un concepto más moderno de las políticas activas de empleo, que se complementan y relacionan con la prestación económica por desempleo y se articulan en torno a itinerarios de atención personalizada a los demandantes de empleo, en función de sus características y requerimientos personales y profesionales.

56. Arts. 203 y ss. LGSS. En lo que no se oponga a la ley, sigue en vigor el RD 625/1985,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Ley 20/2007, de 11 de julio, regula el estatuto del trabajador autónomo⁵⁷. En el preámbulo de la ley, el legislador invoca los artículos 38, 35.1, 40.2 y 41 CE, y señala que esas referencias constitucionales no tienen por qué circunscribirse al trabajo por cuenta ajena, pues la propia CE así lo determina, cuando emplea el término «españoles» en el artículo 35 o el de «ciudadanos» en el artículo 41, o cuando encomienda a los poderes públicos, en el artículo 40, la ejecución de determinadas políticas, sin precisar que sus destinatarios deban ser tan sólo los trabajadores por cuenta ajena⁵⁸. Entre las novedades de la ley, destaca el reconocimiento de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente. Tal y como sucede en otros países, como Alemania o Italia, el legislador dota de ciertos derechos profesionales a los trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata.

2. CONCEPTO

El término «trabajo» tiene varios sentidos o acepciones que, aunque no coincidan de forma exacta, guardan entre sí un parentesco muy próximo⁵⁹. Habitualmente, se habla de «trabajo» («desempeñar un trabajo», «desarrollar un trabajo») como actividad productiva, como aplicación o ejercicio de facultades humanas para la producción de medios y condiciones de vida. Otras veces se habla de «trabajo» («encargar un trabajo», «entregar un trabajo») como resultado de esa actividad productiva, como materialización o concreción de un esfuerzo laboral. En otras ocasiones, la palabra «trabajo» («encontrar o perder un trabajo») se utiliza como sinónimo de empleo u ocupación en la esfera mercantil del sistema de producción. En fin, en una acepción frecuente en el análisis económico, como sucede en la expresión «división del trabajo», «trabajo» equivale a veces a producción o actividad productiva agregada o globalizada. De todas esas acepciones, la de uso más frecuente, y también la que emplea el término con más propiedad, es la de trabajo-actividad. De todas maneras, las acepciones trabajo-resultado, trabajo-empleo y

de 2 de abril, por el que se desarrolla la ya derogada Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo.

57. Ya antes, *vid.* el estudio esencial de SAGARDOY, 2004.

58. También NOGUEIRA (2009, p. 930) señala que muchos de los derechos que reconoce el art. 35 CE no se ciñen de forma exclusiva al trabajo dependiente y, en principio, son predicables fuera de éste, en ausencia de una regulación constitucional específica.

59. En lo que queda de párrafo, seguimos a MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, 2010, pp. 46-47.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

trabajo-producción desvelan también aspectos interesantes desde el punto de vista jurídico-laboral.

Los principales tipos de prestación de trabajo, con trascendencia jurídica, pueden clasificarse en: trabajo por cuenta propia y trabajo por cuenta ajena; trabajo autónomo y trabajo dependiente; trabajo libre y forzoso y, en fin, trabajo a título oneroso y trabajo benévolo⁶⁰. Según el punto de vista doctrinal que se adopte, la clasificación más importante es la que contrapone el trabajo por cuenta propia al trabajo por cuenta ajena, o bien la que distingue entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente. En efecto, existe una discusión permanente entre los autores que consideran la ajenidad, o bien la dependencia, como el criterio distintivo del trabajo que se presta mediante un contrato de trabajo. La clasificación que distingue entre el trabajo libre y el trabajo forzoso es decisiva para el estudio de la historia del derecho y, aunque ha perdido un papel protagonista, sigue conservando virtualidad en los ordenamientos contemporáneos, pues su consideración permite apreciar las implicaciones del principio de libertad de trabajo. A su vez, el tipo del trabajo a título oneroso y del trabajo benévolo suele estar normalmente en función de los términos de la clasificación básica, que, en mi opinión, es la que diferencia entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente.

El objeto del derecho al trabajo es el trabajo humano y productivo. El bien jurídico que protege el derecho al trabajo es la *vita activa*, entendida como el despliegue de las energías individuales a fin de producir bienes y servicios de cualquier índole, tanto para ganarse el sustento, como para desarrollar la propia personalidad⁶¹. Según las distintas visiones, el trabajo es un derecho o un deber, un acto de libertad y creación o un sufrimiento y un castigo, un bien de la persona o un bien de la colectividad. El trabajo es una noción ambivalente, que evoca tanto la libertad y la creación, como el padecimiento y la fatiga de una actividad que no constituye su propio fin⁶². Así, ya desde los primeros versículos, la Biblia pone de relieve la dualidad del trabajo⁶³: por un lado, permite la creación y transformación del mundo⁶⁴; por otro, supone un castigo y una maldición por la tentación y caída⁶⁵; así-

60. Vid. MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO y GARCÍA MURCIA, 2010, pp. 49 y ss.

61. Díez-PICAZO, 2005, p. 485.

62. SUPLOT, 1994, p. 3.

63. Vid. PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ», 2005, pp. 133 y ss., acerca del trabajo humano en la doctrina social de la Iglesia.

64. Gén. 1, 28 y 31, y 2, 2-3.

65. Gén. 3, 17-19.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mismo, es tanto un derecho como un deber⁶⁶. Pese a algunas apariencias contrarias⁶⁷, la Biblia valora positivamente el trabajo⁶⁸. De ese modo, en la tradición judeo-cristiana, ha prevalecido la idea de que el trabajo es una parte integrante de la condición humana, y de que resulta esencial, tanto para el individuo como para la sociedad. El trabajo permite al hombre vivir con dignidad, desarrollarse como persona e integrarse en la sociedad. Sobre todo en la ética protestante, el trabajo es el modelo de la realización del hombre en la tierra⁶⁹. Así pues, en la civilización occidental, el trabajo es una fuente de realización personal y de integración social⁷⁰.

En el ordenamiento jurídico español, el derecho al trabajo es un verdadero derecho fundamental, al que resulta aplicable el régimen jurídico general de los derechos fundamentales, tal y como lo formula el artículo 53.1 CE⁷¹.

El artículo 35.1 CE agrupa la libertad de elección de la profesión u oficio, el derecho al trabajo y el deber de trabajar⁷². En el precepto, el orden

66. La Biblia impone también el deber de trabajar. En sus cartas, San Pablo exhorta a los cristianos a no vivir a expensas de los demás: *vid.* 1 Tes. 4, 11 y 2 Tes. 3, 6-12. Y afirma, con contundencia: «El que no trabaje, que no coma» (2 Tes. 3, 10).
67. Gén. 3, 17-19; Sal. 90, 10; Qo. 2, 11, y Si. 38, 24 ss.
68. Gén. 1, 28 y 31; 2, 2-3 y 15; Éx. 20, 9; Dt. 5, 12; Prov. 6, 6; 10, 4-5; Sab. 14, 2; Si. 7, 15 y 38, 32 y 34. Dios bendice el trabajo (Dt. 14, 29; 16, 15; 28, 12, y Sal. 128, 2).
69. WEBER, 1905.
70. *Vid.* SUPLOT, 1994, pp. 45 y ss. Tal concepción se inspira en ADAM SMITH, que concebía el trabajo como una fuente de valor; en MARX, para quien el trabajo es un medio de realización, y en DURKHEIM, que consideraba el trabajo como un vehículo de integración: *vid.* GIL, 1996, p. 16.
71. La doctrina ha mantenido una concepción amplia de los derechos fundamentales, que engloba también a los contenidos en la sección segunda del capítulo segundo del título I de la CE: *vid.* CRUZ (1989, pp. 36 y ss.; 1991, pp. 126 y ss. y 1993, pp. 413 y ss.), MEDINA (1996, pp. XIII-XIV), BALAGUER y otros (1999, pp. 52-53), PÉREZ ROYO (2002, pp. 284-285) y Díez-PICAZO (2005, pp. 63 y ss.). Así, CRUZ (1989, p. 39) escribe: «La tesis que aquí se sostiene es la de que "derechos fundamentales" en el sentido de nuestra Constitución, y con la sola reserva de su significado más restringido en el artículo 81.1 CE, son los derechos contenidos en el capítulo segundo del título I de la misma. En otras palabras: nuestros derechos fundamentales son, básicamente, los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce a lo largo de sus artículos 14 a 38. Entiendo, pues, que el significado restringido, que por lo demás me parece inobjetable, de los "derechos fundamentales" es absolutamente excepcional y operativo sólo en relación con la reserva de ley orgánica y que cuantas veces –fuera de este supuesto– el Tribunal se pronuncia acerca de los "derechos fundamentales" lo hace refiriéndose a los derechos y libertades del capítulo segundo del título I de la Constitución».
72. En opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, p. 24), el precepto agrupa tres nociones distintas, pero conexas. Para ALARCÓN (1979, p. 5), «si el derecho al trabajo impone al Estado la tarea de procurar ocupación a todos sus ciudadanos, la libertad profesional acentúa esa carga de los poderes públicos en el sentido de que la ocupación propor-

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

sistemático es el contrario, lo que ha suscitado algunas críticas doctrinales⁷³. Desde un punto de vista conceptual, y al margen de la quizá no muy feliz redacción, la premisa de la que debe partirse es la libertad de trabajo, que supone la prohibición del trabajo forzoso y la libertad de elección de la profesión u oficio⁷⁴. Pero el texto constitucional no se limita a proteger la libertad de trabajo, sino que reconoce también, y de forma separada, un derecho al trabajo⁷⁵. Según una interpretación sistemática de la Constitución, el derecho al trabajo no se agota en el reconocimiento de la libertad de trabajo, o en el establecimiento de prestaciones de desempleo o de una política encaminada al pleno empleo. Aun englobando esos aspectos, el derecho al trabajo tiene un contenido normativo más amplio, que deben respetar, proteger y realizar los poderes públicos⁷⁶. Con la atribución del derecho al trabajo, no sólo se pretende asegurar la existencia de los que no poseen otra riqueza productiva que su fuerza de trabajo, sino también reconocer que el trabajo mismo forma parte de la personalidad del hombre, y que éste no puede desarrollar plenamente su personalidad sin la posibilidad efectiva de realizar un trabajo⁷⁷. El reconocimiento constitucional del deber de trabajar y del derecho al trabajo puede analizarse, *prima facie*, como la imposición de un deber moral de trabajar y de un derecho correlativo a obtener y a conservar una ocupación remunerada o, en su caso, una prestación por desempleo⁷⁸. El deber de trabajar debe entenderse con carácter relativo: no puede

cionada habrá de respetar la libertad de opción del individuo; pero, al propio tiempo, éste no podrá sustraerse al trabajo, que queda así configurado como un derecho-deber». Por su parte, BAYLOS (2005, p. 19) señala que el art. 35 CE relaciona tres conceptos, pero que el conjunto gira en torno a la noción central del derecho al trabajo.

73. Vid. MANCINI, 1980, pp. 51-52, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, pp. 24-25.

74. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 24. En el Derecho francés, *vid.* REVET, 2007, acerca de la libertad de trabajo.

75. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, pp. 24-25.

76. Según la STC 192/2003, FJ 3, la libertad de trabajo está comprendida en el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE.

77. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 25.

78. Vid. BORGETTO, 2001, pp. 133 y ss., y VÉRICEL, 2007, p. 180. Tal y como señala REVET (2007, p. 757), el deber de trabajar no existe como una obligación jurídica; la afirmación de ese deber marca, tan sólo, la importancia social del trabajo. En nuestro ordenamiento jurídico, ALONSO OLEA (1990, p. 34) habla de un «complejo derecho-deber», y añade que el deber de trabajar es relativo e incoercible. También Díez-PICAZO (2005, p. 486) considera que, en la imposición del deber de trabajar, es difícil ver algo más que una admonición moral. Por su parte, MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 187-188) escribe que el derecho al trabajo y el deber de trabajar pueden presentarse, o fundidos en una misma posición jurídica subjetiva –el derecho-deber de realizar una ocupación productiva–, o vinculados por razón de la materia, como dos posiciones jurídicas de los ciudadanos, de distinta naturaleza y problemática, que recaen sobre el mismo objeto de la actividad profesional: la posición de pretensión frente al Estado de un puesto de trabajo, y la posición de deuda (moral o jurídica) de una contribución

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obligarse a trabajar mediante compulsión o fuerza, ni mediante pena, lo que equivaldría a implantar un sistema de trabajo forzoso⁷⁹. El deber de trabajar no puede configurarse como una obligación coercible⁸⁰, ni constituye, en rigor, un deber constitucional⁸¹. Aun así, el incumplimiento del deber de trabajar posee una trascendencia jurídica⁸², y legitima eventuales medidas legales contrarias a la holganza⁸³. Así, no puede aspirar a la protección por desempleo quien, pudiendo y teniendo oportunidad de trabajar, deja de hacerlo de forma voluntaria⁸⁴. También pierde las prestaciones por desempleo quien rechaza una oferta de empleo adecuada⁸⁵.

La idea de la dignidad en el trabajo hunde también sus raíces en la tradición cristiana⁸⁶. La Biblia impone el descanso sabático como algo sa-

personal al esfuerzo laboral de la colectividad. MARTÍN VALVERDE (pp. 193 y ss.) opina que el ordenamiento constitucional español ha acogido la segunda configuración. Para el autor citado, el deber de trabajar no es un deber jurídico propiamente dicho, sino un simple deber moral, como decía el art. 163 de la Constitución de Weimar, o una mera obligación social, como señalaba el art. 46 de la Constitución de la II República española.

79. ALONSO OLEA, 1990, p. 34.

80. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, p. 196), quien añade que tal imposición violaría los derechos de libre actividad (art. 17 CE) y de libertad de residencia y desplazamiento (art. 19 CE), y la prohibición expresa de los trabajos forzados en el ámbito de las instituciones penitenciarias y preventivas (art. 25.1 CE). ALONSO OLEA (1990, p. 34) acoge esta idea. *Vid.* también SASTRE, 1996, pp. 91 y ss.

81. *Vid.* Díez-PICAZO (2005, pp. 486-487), para quien el deber de trabajar no puede justificar restricciones legales de la libertad de las personas, consistentes en la imposición de trabajos forzados, porque vulnerarían la dignidad humana (art. 10.1) y, sobre todo, los arts. 4 CEDH y 8 PIDCP, que prohíben expresamente el trabajo forzado.

82. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, p. 195) y ALONSO OLEA (1990, pp. 34-35) en la doctrina española y LYON-CAEN (1988, p. 206), BORGETTO (2001, pp. 134-135) y VÉRICEL (2007, p. 189) en la doctrina francesa.

83. *Vid.* Díez-PICAZO (2005, pp. 486-487). El autor escribe: «Con todo, que el deber de trabajar del artículo 35.1 CE no sea un genuino deber constitucional no priva de cualquier significación jurídica a esta fórmula, pues siempre cabe entender que la cláusula general de libertad –todo lo no prohibido está permitido– no equivale a un hipotético "derecho a la pereza". Ciertamente, nadie puede ser forzado a trabajar; pero la mención de un deber de trabajar en el artículo 35.1 CE da cobertura a eventuales medidas legislativas –p. ej., de índole fiscal– desfavorables para la holganza. El libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), sobre el que se apoya la cláusula general de libertad, ha de encauzarse a través de la *vita activa* (art. 35.1 CE), de manera que no cabe invocar la Constitución para tutelar la pereza».

84. Arts. 203, 207.c) y 208 LGSS.

85. Art. 213.1.c) LGSS y arts. 25.4 y 47 LISOS.

86. *Vid.* JUAN PABLO II (1981, pp. 25 y ss. y 46 y ss.) y PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ» (2005, pp. 139 y ss., y 154). LANARI (2005, pp. 114-115) constata que el término *trabajo digno* lo usan con mayor frecuencia quienes poseen creencias religiosas, como los sindicatos de raíz cristiana.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

grado⁸⁷, y reconoce al trabajador el derecho a un salario justo⁸⁸, que el empresario ha de pagar sin dilación⁸⁹. La doctrina social de la Iglesia ha reafirmado esa exigencia. Aun así, otras concepciones, como el socialismo, postulan también el reconocimiento de la dignidad del hombre en el trabajo. El derecho del trabajo es el producto de diversas ideologías o visiones del mundo⁹⁰.

En el logro de la justicia social, resulta decisiva la lucha de la clase trabajadora por superar los esquemas del derecho privado decimonónico. En los comienzos de la Revolución industrial, prevalecía el individualismo jurídico, que consagró el dogma de la autonomía de la voluntad y la abstención normativa en la regulación de los aspectos contractuales. Las partes de un contrato eran libres para realizar los pactos que tuviesen por conveniente, con el solo límite del respeto a la ley, a la moral y al orden público⁹¹. Premisa de tal regulación era el concepto de igualdad formal ante la ley, y el rechazo explícito de la desigualdad material. Los Códigos civiles que se inspiran en el de Napoleón adoptan, pues, como modelo antropológico, al ser libre, independiente, autónomo, igual ante la ley, que dispone de una propiedad que lo sustenta y es capaz de defender por sí mismo sus intereses en la negociación, conclusión y ejecución del contrato. Los conceptos jurídicos del derecho civil se ajustan a dicho modelo, y buscan la satisfacción de los intereses privados del hombre. Al no tomar en cuenta el poder social y la dependencia que el mismo produce, el derecho civil tenía muy poco que ofrecer al trabajador, cuyo único bien era su fuerza de trabajo.

En nuestro país, la Ley de 6 de diciembre de 1836 y, previamente, en cierta forma, el Decreto de 20 de enero de 1834, establecieron definitivamente la libertad de trabajo. A partir de ese momento, la relación de trabajo se rigió conforme a la libertad contractual de las partes, así en su nacimiento, como en su contenido, desarrollo y extinción. La supresión de la regulación heterónoma, antes llevada a cabo por los gremios, motivó la miseria de la clase obrera. Acuciados por la necesidad y el régimen de libre competencia, los trabajadores se veían obligados a aceptar las condiciones de trabajo que

87. Éx. 20, 8-11; 23, 12; Lev. 23,3; n° 15, 32-36; Dt. 5, 12-15; Heb. 4, 9-10, y Ef. 2, 10. Gen. 2, 1-3 presenta a Dios creando el mundo al ritmo de la semana israelita.

88. Jer. 22, 13; Mal. 3,5; Lc. 10, 7, y Sant. 5, 4.

89. Lev. 19, 13; Dt. 24, 14-15, y Tob. 4, 14.

90. En palabras de HEPPLÉ (1986, p. 47), «el Derecho del Trabajo no es el resultado de la aplicación de una única ideología, sino el producto de diversas ideologías en conflicto, entre las que podríamos destacar como más importantes la ideología del mercado, la de la autodefensa, la de la tutela estatal, la del patriarcado, la del cristianismo social, y la del socialismo».

91. *Vid.*, en nuestro Derecho, el art. 1255 CC.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el empresario imponía unilateralmente. El trabajador era libre para decidir si se sometía o no a un régimen de explotación y miseria, de jornadas agotadoras, de ambientes de trabajo insalubres, de salarios de mera subsistencia. El trabajador era libre para decidir si pasaba a formar parte de una organización autoritaria, en que el empresario ejercía de hecho, y de forma omnímoda, cual monarca absoluto, un poder normativo, directivo y disciplinario que no le reconocía el ordenamiento jurídico.

Aplicados a una situación de dependencia real, personal y colectiva, como la que el trabajador padece en el sistema de producción capitalista⁹², los esquemas del derecho liberal e individual del trabajo no tenían más valor que el de una justificación ideológica de la desigualdad material que separaba a las partes de la relación laboral. La historia enseña, por ejemplo, que no dejaba de ser una utilización ideológica de la autonomía de la voluntad, destinada a legitimar el poder de hecho que ya ejercía el empresario, la ficción por la que el trabajador aceptaba, mediante un pacto expreso o tácito, el elenco de faltas y sanciones que preveía unilateralmente el empresario, en el reglamento de taller⁹³. En tales condiciones, el contrato de trabajo no aseguraba una protección adecuada de la persona del trabajador. En este sentido, el derecho del trabajo procede de la incapacidad del derecho civil de obligaciones para aprehender una relación dominada por la idea de subordinación de una persona a otra: mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación de trabajo la misma se somete; el compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega⁹⁴. Por eso, el fin esencial del derecho del trabajo es asegurar el respeto de la dignidad del trabajador⁹⁵. No existiría un verdadero Estado social sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan.

Con el paso del tiempo, ha evolucionado el alcance de la dignidad en el trabajo. En nuestros días, la expresión condiciones de trabajo dignas, de carácter genérico, engloba distintos derechos del trabajador, como el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales y libertades públicas, la tutela de la seguridad y salud laboral, el derecho a un salario suficiente, la promoción a través del trabajo y la limitación de la jornada y el derecho a descansos, permisos y vacaciones retribuidas⁹⁶.

92. SINZHEIMER, 1930, pp. 81-82 y 1933, p. 113.

93. GIL, 1994, pp. 47-48.

94. SUPLOT, 1990, p. 487.

95. *Vid.*, al respecto, las consideraciones de SINZHEIMER, 1927, p. 73.

96. *Vid.*, con distintos matices, PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ» (2005, p. 154), AMNISTÍA INTERNACIONAL (38 y 39) y OG 18, aps. 6 y 7.

3. FUNDAMENTO

En sentido primario, el derecho al trabajo designa un derecho del individuo frente al Estado, dirigido a obtener y a conservar una ocupación remunerada o, en su defecto, una prestación en caso de desempleo⁹⁷. El derecho al trabajo es una manifestación concreta de la libertad del hombre, y se fundamenta en la propia dignidad humana (art. 10.1 CE)⁹⁸. En efecto, el derecho al trabajo contribuye al libre desarrollo de la personalidad y, para la mayoría de los ciudadanos, es una condición inexcusable para obtener los medios de subsistencia, que permiten llevar una vida digna (art. 10.1 CE)⁹⁹. La obtención de un salario suficiente por medio del trabajo permite el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Si no se garantiza a las personas el acceso a ciertos recursos económicos, no se les permite el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, que se convierten en ilusorios. En suma, el trabajo permite al ser humano vivir con dignidad, desarrollarse como persona e integrarse en la sociedad y, si va acompañado de un salario digno, hace innecesarios otros derechos sociales de prestación, como la garantía de un mínimo vital. Por eso, es la base de los derechos sociales. Es uno de los «puntos neurálgicos» de las sociedades democráticas modernas¹⁰⁰.

Pero, además, el ordenamiento jurídico debe proteger la dignidad en el trabajo. El trabajo debe dignificar al hombre, no degradarlo. El trabajador tiene derecho a un trabajo digno, que respete los derechos fundamentales y libertades públicas del ciudadano y, en particular, el derecho a una remuneración suficiente, a la limitación de la jornada y a descansos, permisos y vacaciones retribuidas, así como a unas condiciones adecuadas de seguridad y salud laboral, a fin que de la prestación de servicios no suponga un menos-

97. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 187 y 203). Por su parte, SAGARDOY (1983, p. 471) ha caracterizado el derecho al trabajo como un derecho subjetivo público, pleno en su formulación y variable en su contenido, que posee una dimensión primaria, referida al trabajo mismo, y otra secundaria o sustitutiva, referente a la protección por desempleo. En el Derecho francés, LYON-CAEN (1988, p. 205) subraya que nos hallamos ante una obligación alternativa: el Estado debe procurar un trabajo, o asegurar los medios de asistencia a quienes carecen de trabajo. A su vez, BORGETTO (2001, pp. 135 y 144-145) considera que el deber de trabajar es el fundamento teórico del derecho a obtener un empleo o, en su defecto, una renta de sustitución en caso de desempleo.

98. *Vid.*, por todos, GÁLVEZ (2001^a, p. 809), OG 18, ap. 1 y MOLINA (2007, pp. 168 y 177 y ss.).

99. *Vid.* ALARCÓN (1979, pp. 31 y ss.) y MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 190 y ss.) sobre las conexiones del derecho al trabajo con otros preceptos constitucionales y OG 18, ap. 1.

100. ALARCÓN, 1979, pp. 5-6, y BAYLOS, 2005, p. 18.

cabo de la salud o de la integridad física y mental¹⁰¹. De otro modo, el ejercicio del trabajo se torna vejatorio, peligroso o inhumano. Presente en las primeras leyes laborales, e impulsada por distintas corrientes de pensamiento, como la doctrina social de la iglesia o el socialismo, la vieja idea de la dignidad del trabajador ha adquirido una nueva relevancia en los últimos años, en la controversia sobre la eficacia de los derechos fundamentales y libertades públicas en la relación laboral¹⁰², en las propuestas sobre la humanización del trabajo a principios de los años setenta¹⁰³ y en los debates actuales sobre el trabajo decente en la OIT¹⁰⁴ y sobre la calidad del empleo en la Unión Europea¹⁰⁵.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El derecho al trabajo puede concebirse como una garantía de instituto,

101. Vid. OG 18, ap. 7; AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2005, pp. 38-39, y PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ», 2005, p. 154.
102. Vid. en GIL, 2003b, pp. 94 y ss. y 230 y ss., un resumen del estado de la cuestión.
103. Vid. el resumen de DÄUBLER, 2004, pp. 217-218.
104. En 1999, en la 87ª sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo, el Director General de la OIT presentó el informe *Trabajo decente*. Desde entonces, la finalidad primordial de la OIT es promover oportunidades para que los hombres y mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo, en condiciones de libertad, seguridad y dignidad humana. La noción de trabajo decente reúne las aspiraciones del trabajador durante su vida laboral. Significa contar con oportunidades de un trabajo que sea productivo y que conlleve un ingreso digno, seguridad en el lugar de trabajo y protección social para toda la familia, mejores expectativas de desarrollo personal e integración en la sociedad, libertad para expresar las opiniones, organización y participación en las decisiones que afecten a sus vidas, e igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres. La acción normativa de la OIT debe inscribirse en el objetivo del trabajo decente para todos, lo que supone, en particular: la promoción y cumplimiento de las normas y la realización de los principios y derechos fundamentales en el trabajo; la creación de mayores oportunidades para las mujeres y los hombres, con objeto de que dispongan de un empleo y unos ingresos dignos; la mejora de la cobertura y la eficacia de la protección social para todos y, en fin, el fortalecimiento del tripartismo y del diálogo social. Así, pues, en el concepto de trabajo decente, confluyen los cuatro objetivos estratégicos de la OIT. Vid. más detalles en OIT, 1999; 2001, ap. 7, y 2007, así como LANARI, 2005.
105. Vid. las Comunicaciones de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. *Políticas sociales y de empleo – Un marco para invertir en la calidad*, de 20 de junio de 2001 [COM (2001) 313 final], y *Mejora de la calidad del empleo: examen de los progresos recientes*, de 26 de noviembre de 2003 [COM (2003) 728 final]. La *Fondation Européenne pour l'Amélioration des Conditions de Vie et de Travail* (2002, p. 7) identifica cuatro aspectos esenciales de la calidad en el empleo: garantizar la seguridad del empleo y de las trayectorias profesionales; mantener y promover la salud y el bienestar; desarrollar las competencias, y permitir la conciliación de la vida laboral y personal.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

una norma de organización, una norma programática, una norma objetiva o un derecho subjetivo¹⁰⁶, o como un derecho objetivo o subjetivo, absoluto o relativo, subsidiario o directo, cuyo sujeto obligado sea el Estado o el empresario, y consistente en realizar cualquier trabajo o sólo un trabajo productivo en la propia profesión¹⁰⁷.

El derecho al trabajo es un derecho fundamental, que comprende una faceta subjetiva y otra objetiva. Es, sobre todo, un derecho de libertad, pero incluye algunas prestaciones constitucionalmente exigidas. Según el sistema económico, el grado de intervención del legislador y las perspectivas ideológicas o de política del derecho, el derecho al trabajo puede resultar más o menos utópico o rico en contenido (4.1). De igual modo, también puede variar el alcance de la dignidad en el trabajo (4.2).

4.1. DERECHO AL TRABAJO

Lejos de suponer una simple formulación de carácter retórico o pedagógico, el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo vincula a todos los poderes públicos, que se hallan comprometidos de modo formal y solemne a la consecución de la efectividad y plenitud de los derechos constitucionales (art. 9.2 CE)¹⁰⁸. El derecho al trabajo es un derecho social de prestación necesitado de una acción estatal activa¹⁰⁹.

Para analizar la vinculación de los poderes públicos, puede ser útil seguir la tipología de obligaciones de los Estados que prevé el derecho internacional, y que han elaborado los órganos de vigilancia de los tratados internacionales y los organismos regionales encargados de hacer cumplir los derechos humanos¹¹⁰. Desde ese punto de vista, la obligación principal de los poderes públicos consiste en velar por la realización progresiva del derecho al trabajo¹¹¹. Al igual que todos los derechos humanos, *el derecho al trabajo impone a los poderes públicos obligaciones de respeto, protección y realización*. Las obligaciones de respeto y protección son de carácter defensivo; la obligación de realizar afecta a la vertiente prestacional del derecho.

106. RATH, 1974, pp. 81 y ss.

107. LOHMANN, 1974, pp. 183 y ss.

108. Vid. PALOMEQUE, 1996, p. 16.

109. Vid. NOGUEIRA (2009, p. 932), quien sigue a BÖCKENFÖRDE, 1993, pp. 75-76.

110. Vid., p. ej., OG 18, aps. 22 y ss., y AMNISTÍA INTERNACIONAL, 2005, pp. 40 y ss. Vid. también HUFEN (2007, pp. 50 y ss.) acerca de los efectos y las funciones de protección de los derechos fundamentales y ABRAMOVICH y COURTIS (2002, pp. 65 y ss.) y ESCOBAR ROCA (2005, pp. 75 y ss.) sobre la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales.

111. OG 18, ap. 19.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En primer lugar, *los poderes públicos deben respetar el derecho al trabajo*. Deben abstenerse de interferir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho. De carácter inmediato, la obligación incluye el respeto por los esfuerzos que puedan realizar las propias personas para ejercer el derecho. Así, los poderes públicos no deben interferir en la *libertad de trabajo*¹¹². La libertad de trabajo, premisa de la que debe partirse¹¹³, implica que el trabajo es una actividad constitucionalmente libre, y que el Estado no puede impedir a los ciudadanos que trabajen¹¹⁴. La libertad de trabajo incluye cualquier actividad humana de carácter productivo y, por ende, así el trabajo subordinado como el trabajo autónomo¹¹⁵, y permite el pluriempleo y la pluriactividad del trabajador, salvo los casos de concurrencia desleal que afecten a intereses empresariales protegibles, y sin perjuicio de los pactos de plena dedicación que puedan celebrarse entre el empresario y el trabajador¹¹⁶. La libertad de trabajo

-
112. Según Díez-PICAZO (2005, pp. 487-488), en cuanto derecho propiamente dicho, el derecho al trabajo presenta dos facetas principales: la libertad de trabajar y la libertad de elegir una profesión u oficio. Por su parte, RODRÍGUEZ-PINERO (1980, p. 24) considera que la libertad de trabajo y el derecho al trabajo son cosas distintas, pero conexas. En fin, otros autores mantienen una separación más tajante. Así, p. ej., MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 196-197) entiende que la CE diferencia con claridad el derecho al trabajo y la libertad profesional, y que no parecen existir razones que aconsejen la integración conceptual de tales derechos. De igual modo, SASTRE (1996, pp. 87 y ss.) prefiere separar ambas nociones. La STC 192/2003 señala que el derecho al trabajo comprende la libertad de trabajo. También AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005, p. 38) considera que el derecho al trabajo abarca, al menos, entre otras cosas, la libertad de elección del empleo.
113. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO (1980, p. 24), quien añade que el art. 10.2 CE legitima tal planteamiento.
114. Díez-PICAZO, 2005, p. 487.
115. Vid. Díez-PICAZO (2005, p. 487) y OG 18, ap. 6. Junto a la libertad de empresa, el preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, menciona el derecho al trabajo como aplicable a los trabajadores autónomos.
116. Destaca este aspecto la STC 192/2003. El art. 21.1 ET dispone que «no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan». En virtud de lo establecido en el art. 7.4 del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad, que desarrolla el art. 110.2 LGSS, «se entenderá por pluriempleo la situación del trabajador por cuenta ajena que preste sus servicios profesionales a dos o más empresas distintas y en actividades que den lugar a su alta en un mismo Régimen de la Seguridad Social», y «se considerará pluriactividad la situación del trabajador por cuenta propia y/o ajena cuyas actividades den lugar a su alta obligatoria en dos o más Regímenes distintos del sistema de la Seguridad Social» (p. ej., el general y el de autónomos). Vid. SASTRE (1996, pp. 192 y ss.) acerca de las limitaciones a la competencia y al pluriempleo.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

supone la *prohibición del trabajo forzoso u obligatorio*¹¹⁷. Con la excepción de los artículos 30 y 31.2 CE, toda prestación de trabajo debe resultar de una decisión libre de quien realiza los servicios. En particular, los poderes públicos deben adoptar medidas efectivas para prohibir toda forma de trabajo forzoso y de explotación económica de los menores de edad. El artículo 1.1 ET exige la libertad o la voluntariedad, como una nota necesaria para la existencia del contrato de trabajo. La voluntariedad a que alude el precepto subraya, de modo gráfico, que la normativa laboral se aplica a todo trabajo prestado libremente. Por eso, el artículo 1.3.b) ET excluye a las prestaciones personales obligatorias del campo de aplicación de esa ley. Pero la libertad no sólo ha de existir al tiempo de la celebración del contrato, sino durante toda la vida de éste. En caso contrario, se admitiría la validez de una servidumbre o esclavitud contractual. Por esa razón, HEGEL advirtió que dar a otro de por vida el uso de las propias capacidades, convierte a la persona en propiedad ajena¹¹⁸. El artículo 1583 del Código Civil acoge esa idea, y declara nulo el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida. Limita, pues, temporalmente la cesión del trabajo, para obviar la servidumbre y la esclavitud. Desde un punto de vista contractual, la nota de la libertad se traduce en la *libertad de desistimiento del trabajador*, sólo sometida a la obligación de preaviso y, con carácter excepcional, a la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados¹¹⁹. Por otra parte, la ley protege la libertad de trabajo de quienes no deseen ejercer el derecho de huelga¹²⁰.

117. En el ordenamiento español, el art. 25.2 CE dispone que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad no podrán consistir en trabajos forzados, y el art. 1.1 ET reafirma la libertad como uno de los presupuestos que sustentan el trabajo que se presta en el marco de un contrato de trabajo. Los Convenios n° 29 y 105 de la OIT prohíben el trabajo forzoso u obligatorio. De acuerdo con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, todos los Estados miembros de la Organización, aun cuando no hayan ratificado dichos Convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la misma de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución de la OIT, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio. *Vid.* OIT (2005 y 2009a) acerca del trabajo forzoso. Inspirándose en el Convenio n° 29 de la OIT, el CEDH prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio de manera general y absoluta (art. 4.2), salvo la reserva del artículo 4.3. *Vid.*, p. ej., las SSTEDH de 23 de noviembre de 1983, *Van der Musselle* contra Bélgica, y 26 de julio de 2005, *Siliadin* contra Francia. AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005, p. 39) destaca que «una violación particularmente atroz del derecho a la libre elección del empleo es el trabajo forzoso: trabajo exigido mediante amenaza de algún tipo de castigo, ya sea penal o la pérdida de derechos o privilegios».

118. *Vid.* HEGEL (1821, p. 144).

119. *Vid.* REVET (2007, pp. 758 y ss.) acerca del derecho a cesar en el trabajo.

120. El art. 6.4 del RDley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT), dice que «se respetará la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quieran sumarse a la huelga». El precepto concuerda con la asunción individual de la deci-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

De igual modo, la libertad de trabajo determina la *prohibición de la jubilación obligatoria* incondicionada del trabajador. La jubilación es un derecho, no una obligación del trabajador. Uno de los requisitos de la jubilación es el cese total o parcial en el trabajo. No es, pues, posible forzar al trabajador a que se jubile¹²¹. Como excepción a esta regla, la Ley 14/2005, de 1 de julio, permite a los convenios colectivos que establezcan cláusulas referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. La ley acaba con la polémica doctrinal que desató la derogación de la disposición adicional décima del ET por la Ley 12/2001, de 9 de julio. Dos SSTs de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 841 y 973) declararon que, derogada esa disposición, los convenios colectivos no podían establecer una edad para la jubilación forzosa de los trabajadores. Pero la prohibición afectaba tan sólo a las cláusulas pactadas a partir del año 2001. La nueva ley, cuyo contenido recoge hoy la disposición adicional décima del ET, trata de lograr un equilibrio entre los derechos individuales de los trabajadores y los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionadas con el empleo¹²².

sión colectiva de ir a la huelga y con el carácter no vinculante, sino de mera constatación, de la votación sobre la huelga, si se produce (ALONSO OLEA y CASAS [2009, pp. 1290-1291]). La STC 11/1981 cita aprobatoriamente el inciso en su FJ 10, y recalca, en el FJ 15, que no puede existir una «obligación de huelga que contradiría el derecho a la misma» (arts. 1 RDLRT y 28.2 CE) y «la libertad y el derecho al trabajo» (art. 35.1 CE).

121. En su redacción originaria, el ET previó la jubilación forzosa, como una excepción al criterio de la voluntariedad en el acceso a la prestación de Seguridad Social. La redacción originaria del ET contenía una doble autorización, al Gobierno y a los convenios colectivos, para utilizar esta figura, además de la facultad del primero de establecer un límite general a la edad máxima para el trabajo: sesenta y nueve años. La STC 22/1981 declaró inconstitucional este último extremo, entendido como norma que establecía la incapacitación para trabajar a esa edad y, de forma directa e incondicionada, la extinción de la relación laboral. Si bien resolvía sobre la constitucionalidad del límite genérico de sesenta y nueve años como edad máxima para trabajar, la sentencia sentó las bases para considerar los fines y el contexto de una política de empleo como presupuestos para entender objetivamente justificada la limitación del derecho al trabajo, en su vertiente individual, contenida en la autorización al Gobierno o a la negociación colectiva para fijar edades de jubilación obligatoria. Las SSTC 58/1985 y 95/1985 admitieron la constitucionalidad de la fijación de edades de jubilación en la negociación colectiva. Sobre el particular, *vid.* SASTRE (1996, pp. 233 y ss.), GÓMEZ, MELÉNDEZ y SEMPERE (2006) y SAGARDOY y GIL (2007, pp. 1130 y ss.).
122. La nueva DA 10ª ET circunscribe la autorización a la negociación colectiva. Tal y como destaca el CES (2005, p. 2), desaparece la autorización general conferida anteriormente al Gobierno para fijar límites máximos de edad, y, asimismo, la referencia general a la realización de una política de empleo. Así, la figura de la jubilación forzosa se reconduce al ámbito profesional, como instrumento exclusivo de los representantes colectivos para articular estrategias de empleo adaptadas a los sectores y a las empresas. La ley exige requisitos de empleo para entender justificadas y válidas las cláusulas convencionales que establezcan la extinción del contrato, y la

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

Los poderes públicos tampoco deben interferir en la *libertad de elección de la profesión u oficio*¹²³. Tal libertad es un típico derecho de libertad frente al Estado, que se inserta entre los medios que dispone la Constitución para alcanzar el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)¹²⁴. Consiste en decidir libremente aceptar o elegir un trabajo¹²⁵, y significa que nadie puede ser adscrito obligatoriamente a una clase de trabajo, y que no existen tipos de trabajos cerrados o reservados a determinadas personas¹²⁶. Facilitada por la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE), y premisa para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)¹²⁷, la libertad de elección de la profesión u oficio constituye una conquista básica de las revoluciones libera-

conseguida limitación del derecho individual al trabajo, por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Este condicionamiento de la validez de tales cláusulas se formula ahora de una manera muy precisa. Debe estar acompañado de una mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores, u otros que favorezcan la calidad del empleo. Con todo, en el ánimo de los agentes sociales está también recuperar una herramienta que consideran preferible a otros mecanismos más traumáticos para adaptar las plantillas empresariales a los cambios económicos, organizativos o productivos. No obstante, esta finalidad legítima deberá buscarse, a partir de ahora, conjugándola con la realización de objetivos de empleo dentro de la empresa o del sector. En estos términos, no parecen tan incompatibles las lógicas que animan, por un lado, las estrategias de flexibilización de la edad de jubilación, y la prolongación de la vida activa laboral, y las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria por motivos de empleo, ya que queda excluido el carácter incondicionado que éstas habían venido ganando. Quienes negocian los convenios colectivos deben conjugar los diversos intereses en juego, y plantear estrategias coherentes de empleo en los sectores y las empresas, que permitan la adaptación a los cambios, sin afectar a las posibilidades abiertas de jubilación gradual y progresiva. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, ha dado una nueva redacción a la DA 10ª ET. La STJCE de 16 de octubre de 2007, asunto C-411/05, *Félix Palacios de la Villa y Cortefiel Servicios, SA*, ha juzgado que la regulación española sobre jubilación forzosa no supone una discriminación por razón de edad.

123. En Alemania, el art. 12.1 LFB reconoce una *Berufsfreiheit*, tanto al trabajador como al empresario. *Vid.*, por todos, RIEDEL (1987) y HUFEN (2007, pp. 589 y ss.). En nuestro país, el art. 35.1 CE y el art. 4.2 ET garantizan también el derecho a la libre elección de la profesión u oficio. Según destaca MONTÓYA (1980, p. 289, nota 44), el derecho tiene una larga tradición constitucional. La libre elección de la profesión se constitucionaliza primero con relación al acceso a los oficios públicos: *vid.* el art. 141 de la Constitución de Bayona, de 1808; el art. 23 de la Constitución de Cádiz, de 1812; el art. 5 de la Constitución de 1837; el art. 6 de la Constitución de 1856, y el art. 27 de la Constitución de 1869. Más tarde, la libertad se generaliza en el art. 12 de la Constitución de 1876, a cuyo tenor «cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le plazca». El art. 33 de la Constitución de 1931 declara también que «toda persona es libre de elegir profesión».

124. MONTÓYA, 1980, p. 289.

125. OG 18, ap. 6.

126. Díez-PICAZO, 2005, pp. 487-488.

127. RODRÍGUEZ-PiÑERO, 1980, p. 24.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

les, al suponer la negación radical de la sociedad estamental y gremial propia del Antiguo Régimen¹²⁸. Que los gremios no sean constitucionalmente admisibles, no significa que el legislador no pueda regular el ejercicio de los oficios y profesiones, cuando así lo requiera el interés general. Pero el artículo 35.1 CE exige que cualquier ciudadano que reúna las condiciones establecidas en la ley, pueda acceder a la ocupación de que se trate. En suma, el artículo 35.1 CE no garantiza un determinado contenido de cada profesión u oficio, sino la libertad de dedicarse a ellos tal y como estén regulados por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

En segundo lugar, *los poderes públicos deben proteger el derecho al trabajo*. Deben adoptar medidas tales como una regulación legal y recursos jurídicos adecuados, para impedir a terceros que interfieran en el disfrute del derecho al trabajo. Así pues, los poderes públicos deben proteger al trabajador contra los actos de los empresarios y de los sindicatos que supongan una injerencia en el ejercicio del derecho al trabajo. Una manifestación de ese deber de protección es la *prohibición de discriminaciones que condicionen el ingreso o la permanencia en el trabajo*, basadas en circunstancias personales o sociales ajenas a la aptitud para el trabajo. Por muy limitado o condicionado que esté el derecho al trabajo, una consecuencia ineludible del mismo será la negación o restricción de la facultad del empresario de rehusar, por razones extralaborales, la contratación de determinados trabajadores o grupos de trabajadores¹²⁹. La virtualidad antidiscriminatoria del derecho al trabajo despliega sus efectos frente al empresario, y sirve para calificar como ilegales prácticas como las de las listas negras o similares¹³⁰. De igual modo, puede esgrimirse frente a los sindicatos que convengan con los empresarios cláusulas de garantía sindical, como las llamadas *closed shop* o *union shop*, destinadas a condicionar la admisión o la permanencia en el trabajo a la afiliación a un determinado sindicato¹³¹.

128. Sigo, a partir de ahora, a Díez-PICAZO, 2005, pp. 487-488.

129. MARTÍN VALVERDE, 1980, p. 202.

130. *Vid.* MARTÍN VALVERDE, 1980, pp. 202-203. Díez-PICAZO (2005, p. 488) subraya también que, al menos en su vertiente de prohibición de la discriminación laboral, el derecho al trabajo puede desplegar eficacia horizontal y ser vinculante en las relaciones entre particulares.

131. *Vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, p. 203) y MONTÓYA (1980, p. 288). Según señala OJEDA (1998, pp. 43-44), cabe mencionar los siguientes tipos de cláusulas, impuestas en general a través de la amenaza de despido: taller cerrado (*closed shop*), en que el empresario se obliga a no admitir en la empresa más que a los afiliados al sindicato pactante, y a ningún otro; taller sindicado (*union shop*), en que se obliga a todos los trabajadores a afiliarse al sindicato pactante en un plazo determinado desde la firma del convenio, generalmente de un mes; empleo preferencial (*preferential hiring*), en cuya virtud el empresario debe admitir, de forma prioritaria, a los trabajadores afiliados al sindicato pactante; mediación sindical (*hiring hall*), cuando el empresario debe cubrir las vacantes con los trabajadores que le envíe el sindicato contraparte;

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

Otra manifestación es la *protección contra el despido injustificado*. Tal protección se desprende del derecho al trabajo, como ha reconocido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al interpretar el contenido normativo del artículo 6 PIDESC. El derecho al trabajo implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo¹³². El Comité aclara que el Convenio n° 158 de la OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente¹³³. Y hace hincapié en la necesidad de establecer un mecanismo de indemnización en caso de pérdida del empleo¹³⁴. La protección contra el despido injustificado ha hallado un reconocimiento expreso en las normas de la OIT, sobre todo en el Convenio n° 158, y en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada, de 1996, firmada pero no ratificada por España.

En el derecho interno, la protección contra el despido injustificado deriva del derecho al trabajo y de la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE). Según la STC 22/1981, el derecho al trabajo es el apoyo constitucional del principio de estabilidad en el empleo, que se manifiesta en numerosas reglas legales y, entre ellas, las que establecen un régimen de despido causal, entendido como exigencia de justificación suficiente para el despido¹³⁵. La STC 20/1994 indica que el derecho al trabajo incluye la posibilidad de reaccionar frente a la decisión unilateral del despido. A su vez, la STC 192/2003 recuerda que, en el ordenamiento español, rige el principio general de limitación del despido, que se halla sometido a condiciones de fondo y de forma. En el derecho español, el establecimiento de un despido *ad nutum* o sin

mantenimiento de la afiliación (*maintenance of membership*), cláusula complementaria de las anteriores, por la que se vela para que ningún afiliado al sindicato negociador cause baja en éste mientras rija el convenio, y ventajas reservadas, cuando el convenio se aplica, al menos en parte –p. ej., en materia de vacaciones o salarios–, tan sólo a los afiliados al sindicato negociador, quedando por debajo los no afiliados. Según las SSTEDH de 11 de enero de 2006, *Sorensen* contra Dinamarca y *Rasmussen* contra Dinamarca, el respeto de un acuerdo de *closed shop* es contrario a la libertad de asociación que reconoce el art. 11 CEDH.

132. OG 18, ap. 6.

133. OG 18, ap. 11.

134. OG 18, ap. 26.

135. Tal y como señala el Tribunal Constitucional, en el FJ 8 de la Sentencia citada, el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar. Aunque ésta forma parte del mismo, «supone también el derecho a un puesto de trabajo», que, en su aspecto individual, que es el contemplado en el art. 35.1 CE, «se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

causa sería inconstitucional y contrario a las normas internacionales y al derecho de la Unión Europea¹³⁶. Pero no ha de confundirse la causalidad del despido con la estabilidad real de la relación de trabajo¹³⁷. Cabe también una estabilidad obligatoria. De la necesaria existencia de una causa que justifique el despido, no se deduce que la única sanción admisible sea la readmisión obligatoria del trabajador injustamente despedido. La antijuridicidad del despido puede traducirse en la readmisión del trabajador, pero también en una indemnización a favor de éste. En suma, la ausencia de causa puede dar lugar a una indemnización, y el trabajador perderá su empleo. Salvo los supuestos de despido nulo, por discriminación o atentado a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador, el derecho español no impone la readmisión obligatoria del trabajador despedido. Aunque las indemnizaciones son elevadas, no existe una tutela real del puesto de trabajo. De este modo, mediante el pago de una indemnización, el empresario ve asegurada su libertad de salida del mercado de trabajo. Pese a la opinión de un sector de la doctrina, esto no significa que el despido constituya una hipótesis de desistimiento¹³⁸.

¿Fundamenta el derecho al trabajo otros deberes del empresario en el desarrollo de la relación laboral, como el *derecho a la ocupación efectiva*?¹³⁹ Para algunos autores, la obligación de dar ocupación efectiva, que pesa sobre el empresario, es una excepción al principio contractual de que el acreedor no está obligado a recibir y aceptar la prestación del deudor, y halla su fundamento en la dignidad de la persona y en el derecho del trabajador al libre desarrollo de su personalidad¹⁴⁰. Para otros, la dignidad del trabajador, el derecho al trabajo y el derecho a la promoción a través del trabajo fundamentan el derecho a la ocupación efectiva, que recoge el artículo 4.2.a) del ET¹⁴¹. Así, cabría entender que el derecho al trabajo incluye también el derecho a realizarse personalmente, y que forma parte de su contenido esencial el dere-

136. Vid. GIL (2007, pp. 147 y ss.) y, asimismo, GARCÍA-PERROTE (1997) acerca del despido en la jurisprudencia constitucional. Vid. también BAYLOS y PÉREZ REY, 2009, pp. 51 y ss.

137. Vid. NAPOLI, 1980 y 2002, y, asimismo, SASTRE (1996, pp. 249 y ss.) y VALDÉS (2001, p. 129) acerca de la distinción entre estabilidad real y obligatoria.

138. Vid. GIL (2004a, pp. 72 y ss.; 2007, p. 152, y 2009a, pp. 98 y ss.) y GIL y SAGARDOY, 2007, pp. 18 y ss.

139. En el Derecho alemán, NIKISCH (1961, p. 42, nota 61) precisa que el derecho al trabajo no debe confundirse con el derecho a la ocupación, que la relación jurídico-laboral otorga al trabajador frente al empresario.

140. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 219.

141. Vid., sobre el particular, MONTROYA (1980, p. 288), SASTRE (1996, pp. 183 y ss.), NOGUEIRA (2009, p. 936) y, asimismo, con análisis de la jurisprudencia, MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, pp. 1340-1341.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

cho a la ocupación efectiva¹⁴², pues «el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal»¹⁴³. En suma, podría considerarse que, entre los derechos que concretan el derecho al trabajo en el devenir de la relación laboral, se encuentra el de la ocupación real y efectiva¹⁴⁴ que, consagrado en el artículo 4.2.a) del ET, «viene a ser la concreción jurídica, en el plano de la legalidad ordinaria, del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35.1 CE, formando parte de su contenido esencial»¹⁴⁵. Sin ocupación efectiva, el trabajador no puede prestar sus servicios de modo digno. De hecho, la falta de ocupación efectiva es uno de los indicios posibles de acoso psicológico, y constituye un atentado muy grave a los derechos del trabajador, que legitima la extinción de la relación jurídica, con derecho a percibir la indemnización por despido improcedente y una indemnización adicional por los daños y perjuicios que produzca la lesión de los derechos fundamentales (art. 50 ET).

En fin, también se han invocado el derecho al trabajo y el principio de la buena fe como fundamento de un *deber de adaptación y recolocación a cargo del empresario*, en los supuestos de extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o en los casos de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación del trabajador a los cambios tecnológicos¹⁴⁶.

142. NOGUEIRA, 2009, p. 936.

143. STC 223/1992, FJ 3.

144. NOGUEIRA, *ibidem*.

145. ATC 246/2003, FJ 2. En la misma línea, aunque de modo indirecto, *vid.* el ATC 810/1986.

146. *Vid.* GIL (2003b, pp. 308 y ss., y 2004b) y, en la doctrina francesa, LYON-CAEN (1992a y 1992b), DÉFOSSEZ (1992), DEL SOL (1994), IRIART (1999), VASSEUR-LAMBRY (2000, pp. 11-12) y SUPLOT (2001, pp. 35-36) y, ya antes, LYON-CAEN (1988, pp. 209-210). Algún pronunciamiento judicial ha acogido esta idea (STSJ del País Vasco de 14 de septiembre de 2004 [JUR 2005, 19640], y, de forma indirecta, STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de junio de 2000 [JUR 2001, 1680]). Con todo, aun concibiendo el despido como una última medida, que sólo resulta admisible cuando se han agotado las demás posibilidades, la jurisprudencia mayoritaria estima innecesario que el empresario apure las posibilidades de recolocación en otro puesto de trabajo de la empresa o del grupo de empresas. En efecto, los tribunales han sentado la doctrina de que el art. 52.c) ET no impone al empresario la obligación de «agotar las posibilidades de acomodo del trabajador» en la empresa, ni le obliga, antes de hacer el despido objetivo, a destinar al empleado en «otro puesto vacante de la misma». Así lo han establecido las SSTs de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3787 y 5212), 21 de julio de 2003 (RJ 2003, 7165), 7 de junio de 2007 (RJ 2007, 4648) y 16 de septiembre de 2009 (RJ 2009, 6157) y la STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2004 (AS 2004, 3742). En este sentido, la STS de 13 de febrero de 2002 (RJ 2002, 3787) declara que las causas organizativas o de producción no deben valorarse en la totalidad de la empresa, sino tan sólo en el centro de trabajo

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Desde ese punto de vista, no basta, por ejemplo, con que exista una causa económica, técnica, organizativa o de producción. Antes de extinguir el contrato de trabajo, la empresa debe ofrecer al trabajador un puesto de trabajo de igual categoría profesional, o incluso de una superior o inferior, para permitir que conserve el puesto de trabajo. Tampoco es suficiente que la causa económica, técnica, organizativa o de producción afecte a un centro de trabajo. El empresario debe ofrecer al trabajador la posibilidad de recolocararlo en otro centro, o en otra de las empresas del grupo. En definitiva, la buena fe obliga a renegociar el contrato de trabajo, para hacer frente a un cambio radical de las circunstancias.

Por último, *los poderes públicos tienen la obligación de realizar el derecho al trabajo*. A tal fin, deben adoptar medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole, encaminadas a la plena efectividad del derecho. Tal obligación ha de llevarse a cabo de forma progresiva, e incluye los deberes de proporcionar, facilitar y promover¹⁴⁷. En definitiva, todo el ordenamiento jurídico laboral debe estar presidido por la necesidad de satisfacer el derecho constitucional al trabajo, y orientado a la normación estructural y a las medidas coyunturales que favorezcan la creación y conservación de los puestos de trabajo¹⁴⁸. En un Estado social de derecho, los poderes públicos deben realizar el derecho al trabajo, y contribuir al logro del pleno empleo. El trabajo y el empleo son bienes con relevancia constitucional. El artículo 40.1 CE señala que, de manera especial, los poderes públicos «realizarán una política orientada al pleno empleo», y el artículo 41 CE considera la protección contra el desempleo como un elemento esencial del régimen público de Seguri-

o unidad productiva en que sea necesaria la amortización del puesto de trabajo. Según el Tribunal Supremo, es equivocada la conclusión de que, cuando se alegan causas organizativas o de producción, han de agotarse todas las posibilidades de acomodo del trabajador, o de su destino a otro puesto de trabajo vacante de la misma empresa. El TS concluye que el art. 52.c) ET no contempla esa posibilidad, ni impone de manera expresa al empresario mantener al trabajador afectado por la medida en la plantilla, utilizando sus servicios en otros centros de trabajo de la misma o distinta localidad. Asimismo, la STS de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10679) ha juzgado que el art. 52.1.c) ET sólo impone la obligación de «acreditar objetivamente» la necesidad de amortizar el puesto de trabajo; pero no exige, como requisito inexcusable, para su amortización (al contrario de lo que ocurre en el art. 51 ET) que el empresario tenga que presentar, al mismo tiempo, un plan de viabilidad de la empresa, ni, por ende, su ausencia puede determinar, por sí misma, la improcedencia de la extinción acordada. En fin, la STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2006 (AS 2006, 2184) señala que es doctrina reiterada que no existe una obligación empresarial de recolocación, si la amortización del puesto se encuentra justificada y es una medida racional desde el punto de vista de la viabilidad futura de la empresa o de la superación de su situación en el mercado.

147. Vid. OG 18, aps. 26 y ss. y MOLINA, 2007, pp. 185 y ss.

148. ALONSO OLEA, 1990, p. 35.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

dad Social. De este modo, en el marco de sus competencias, el Estado y las Comunidades Autónomas deben llevar a cabo políticas activas y pasivas de empleo¹⁴⁹. Una buena parte de la política activa de empleo es acción de prestación de un servicio público (creación y gestión de los servicios de empleo, y de formación y readaptación profesionales), actividad industrial de la administración (creación directa de puestos de trabajo mediante el ejercicio de la iniciativa económica pública), o acción promocional o de fomento (orientación de contingentes profesionales, estímulos positivos o negativos a la iniciativa económica privada)¹⁵⁰. En este sentido, posee una gran significación la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Los poderes públicos deben mantener un Servicio Público de Empleo eficiente, que sirva para poner en contacto la oferta y la demanda en el mercado de trabajo.

Además de promover un empleo pleno, productivo y libremente elegido, los poderes públicos deben ofrecer prestaciones para sufragar la pérdida o la falta de ganancias debida a la incapacidad de obtener un empleo adecuado¹⁵¹. Las prestaciones deben abonarse por una duración suficiente y, cuando vence el período, el sistema debe otorgar una protección adecuada al trabajador desempleado. Las condiciones exigidas para las prestaciones de desempleo deben ser razonables y proporcionadas, y la prestación no debe suministrarse de forma onerosa o indigna. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, sobre la base de motivos razonables y proporcionados, y hallarse contemplada en la legislación nacional¹⁵². De igual modo, debe otorgarse al individuo el derecho a tener acceso a

149. Vid. SASTRE (1996, pp. 175 y ss.) acerca de los servicios públicos de empleo y, con detalle, MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1341 y ss.) y, asimismo, DEFENSOR DEL PUEBLO (*Informe 2007*, pp. 476-477 e *Informe 2008*, pp. 704 y ss.) acerca de las quejas sobre la tardanza en el reconocimiento de las prestaciones o subsidios por desempleo, como consecuencia de la escasez de recursos humanos disponibles, y sobre los problemas derivados de la crisis financiera y económica. En menor medida, pueden intervenir también las entidades locales: vid. MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, pp. 1361 y ss.

150. MARTÍN VALVERDE, 1980, p. 201.

151. En este párrafo, recogemos las Observaciones de Comité DESC de 2007, ap. 16.

152. En virtud del Convenio n° 168 de la OIT, tal medida sólo puede adoptarse en determinadas circunstancias: ausencia del territorio del Estado; cuando una autoridad competente determina que el interesado ha contribuido deliberadamente a su propio despido, o ha abandonado el empleo de forma voluntaria, sin un motivo legítimo; si la persona deja de trabajar como consecuencia de un conflicto laboral; cuando el interesado ha intentado obtener o ha obtenido fraudulentamente las indemnizaciones; cuando el interesado haya hecho caso omiso, sin motivo legítimo, de los servicios disponibles en materia de colocación, orientación, formación y readiestramiento o reinserción profesionales en un empleo conveniente; o mientras el interesado cobre otra prestación de mantenimiento de los ingresos prevista por la legislación del Estado, a excepción de una prestación familiar, siempre que la parte de la prestación que se suspende no sobrepase la otra prestación (art. 20).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

recursos administrativos o jurídicos. En fin, las prestaciones por desempleo deben coordinarse con la formación y reconversión profesional y con cualquier otra asistencia que pueda necesitar el desempleado para encontrar trabajo, y deben concebirse de forma que no creen una dependencia o supongan un obstáculo al empleo¹⁵³.

Así pues, los poderes públicos deben asegurar un sistema eficaz de protección por desempleo, tanto en el nivel contributivo como no contributivo. Deben mantener un régimen público de Seguridad Social, que proteja al trabajador ante la situación de necesidad consistente en la pérdida del empleo, mediante el otorgamiento de asistencia y prestaciones suficientes (art. 41 CE). En el derecho español, el legislador ha creado dos niveles de protección contra el desempleo: uno contributivo, vinculado a las cotizaciones previas, y otro asistencial, al que se accede normalmente tras el agotamiento de la prestación contributiva, o en los casos en que el trabajador ha cotizado un período de tiempo determinado, aunque insuficiente para obtener la prestación del nivel contributivo. En el nivel contributivo, la duración y la cuantía de la prestación por desempleo dependen de los períodos de cotización previos. Para acceder a dicha prestación, es menester un largo período de cotización, de trescientos sesenta días. Tienen derecho al subsidio por desempleo, en el nivel no contributivo, una serie de grupos de personas que tienen en común la dificultad más real que presunta para obtener un empleo: así, por ejemplo, los parados de larga duración, los emigrantes retornados, las personas liberadas de prisión sin derecho a la prestación por desempleo, o los mayores de cincuenta y dos años (art. 215 LGSS). Al nivel no contributivo de desempleo se puede acceder por haber cotizado un período de tiempo determinado, aunque insuficiente para acceder al nivel contributivo. De acuerdo con el artículo 215.1.2 LGSS, tienen derecho al subsidio por desempleo los parados que no puedan percibir la prestación contributiva por no haber cubierto el período mínimo de cotización, pero que hayan cotizado por lo menos tres meses, siempre que tengan responsabilidades familiares, o hayan cotizado al menos seis meses, aunque carezcan de responsabilidades familiares. También tienen derecho al subsidio de desempleo los trabajadores que hayan agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares [art. 215.1.1).a), LGSS] o, aun careciendo de ellas, sean mayores de cuarenta y cinco años de edad en la fecha del agotamiento [art. 215.1.1).b), LGSS]. Así pues, salvo alguna excepción, como la de los liberados de prisión [art. 215.1.1).d), LGSS], la percepción del subsidio por desempleo exige haber trabajado, y no tener derecho a la prestación por desempleo, o haber agotado ésta. En fin, en la prestación por desempleo, el deber

153. OIT, 2001, ap. 7.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

moral de trabajar que prevé el artículo 35.1 CE halla una concreción normativa en la disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada a través de la suscripción de un compromiso de actividad [arts. 207.c) y 231 LGSS]. Así pues, el derecho al trabajo obliga a los poderes públicos a establecer políticas activas y pasivas de empleo.

¿Se traduce además el derecho al trabajo en el *derecho a la obtención de un puesto de trabajo*? No parece que el derecho al trabajo atribuya a sus titulares –todos los trabajadores españoles– el derecho a obtener un puesto de trabajo adecuado en la estructura productiva nacional¹⁵⁴. Los poderes públicos no pueden asegurar un empleo a cada trabajador, no sólo porque el sistema económico no genera un número de puestos de trabajo suficiente para todos los demandantes de empleo, sino, sobre todo, porque la creación de nuevos puestos de trabajo y el mantenimiento de los existentes depende de los sujetos privados, en virtud del principio de la libertad de empresa (art. 38 CE). La acción de los poderes públicos no puede determinar, sino tan sólo impulsar o fomentar las decisiones de los empresarios. Por hipótesis, el derecho al trabajo efectivo sólo puede garantizarse en una organización económica en que el propio Estado que proclama el derecho subjetivo sea, al mismo tiempo, el titular de la estructura ocupacional del país o, al menos, esté en condiciones de decidir la creación de empleo en su conjunto y de modo significativo. En un ordenamiento jurídico que reconoce la libertad de empresa, el derecho a obtener un puesto de trabajo no puede formar parte del contenido normativo del derecho al trabajo.

Otra cosa sucede, sin embargo, cuando el artículo 25.2 CE reconoce el derecho a un trabajo remunerado –y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social– a los condenados a penas de prisión que estuvieren cumpliendo las mismas¹⁵⁵. La singularidad de ese reconocimiento no radica

154. *Vid.* ALARCÓN (1979, pp. 20 y ss.), MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 194 y 197 y ss.), MONTOYA (1980, p. 287), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, p. 15), MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1317 y ss.) y NOGUEIRA (2009, pp. 931, 932 y 935) en la doctrina española; VÉRICEL (2007, p. 180) y REVET (2007, pp. 760 y ss.) en la doctrina francesa y NIKISCH (1961, pp. 43 y ss.) en la doctrina alemana. En opinión de BRAIBANT (2001, p. 134), el derecho al trabajo ofrece un buen ejemplo de derecho que no es ni subjetivo ni justiciable: un desempleado no puede obtener un trabajo invocando el derecho al trabajo ante un tribunal. En otro pasaje, el autor sostiene que los derechos sociales poseen «une "justiciabilité normative" qui permet de défendre devant des instances constitutionnelles ou juridictionnelles l'existence de la mise en oeuvre d'un droit». E indica que «sur ces bases-là, un juge peut très bien construire une théorie équivalente à la reconnaissance d'un droit» (p. 46).

155. Sobre el particular, *vid.* COBO y BOIX (1983, pp. 96 y ss.), SERRANO (1985, pp. 520 y 524 y ss.), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, pp. 15-16), IBARRECHE (1996, pp. 84 y ss. y 137 y ss.) y MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, pp. 1307-1308 y 1330-1331.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

tan sólo en la tutela del derecho, si se tiene en cuenta el acceso a los instrumentos de tutela reforzada previstos para los derechos de la sección primera del capítulo segundo del título primero de la CE, sino en el distinto carácter del sujeto obligado a satisfacer el derecho al trabajo. En una economía de mercado, en el caso del derecho al trabajo genérico (art. 35.1 CE), el ofrecimiento de un puesto de trabajo adecuado a un trabajador deriva, de modo directo, de una decisión empresarial de creación de empleo no impuesta formalmente por los poderes públicos. Por el contrario, el sujeto obligado por el ejercicio del derecho al trabajo de los penados internos es la administración penitenciaria y, por tanto, el propio Estado. No se trata, pues, de una proclamación del derecho al trabajo en la Constitución, cuya realización plena depende, en la mayor parte de los casos, de la decisión de un tercero: el empresario. En el supuesto del trabajo de los penados, el cumplimiento y efectividad del derecho que sanciona la ley depende de los propios poderes públicos. De este modo, la obligación de crear la «organización prestacional», en la medida necesaria para proporcionar un puesto de trabajo a todos los internos, es un deber específico de la administración penitenciaria. Pero, desde el punto de vista subjetivo de quien cumple la pena de prisión, es un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se halla condicionada a los medios de que disponga la Administración en cada momento, «no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata»¹⁵⁶.

Así pues, el derecho al trabajo posee un contenido normativo, aunque no puede entenderse como un derecho absoluto e incondicional a obtener o a conservar un empleo¹⁵⁷. Es un derecho individual, que engloba cualesquiera trabajos, ya sean autónomos o dependientes. Incluye el derecho a decidir libremente aceptar o elegir un trabajo, y a no ser obligado, de alguna manera, a ejercer o realizar un trabajo. Además, implica el derecho a no ser privado injustamente del trabajo, y el acceso a un sistema de protección por desempleo. Derivadas del reconocimiento del derecho, surgen obligaciones que los poderes públicos deben cumplir de forma inmediata y no contemplan la progresividad, como sucede con las obligaciones de garantizar la igualdad y la no discriminación en el disfrute del derecho. En definitiva, del derecho al trabajo puede deducirse una protección en el acceso al empleo y frente a la pérdida injustificada e involuntaria del mismo.

El contenido normativo del derecho al trabajo vincula a los poderes públicos, y confiere a los trabajadores derechos e intereses legítimos, que se

156. SSTC 172/1989 y 17/1993.

157. *Vid.* OG 18, aps. 6 y ss. y MOLINA, 2007, pp. 177 y ss.

traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, que crean una barrera protectora del trabajador frente a conductas discriminatorias o arbitrarias, y pueden exigirse ante los jueces y tribunales¹⁵⁸.

4.2. DIGNIDAD EN EL TRABAJO

La ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo no puede traducirse en un atentado a la dignidad del trabajador. A diferencia de lo que sucede con otras relaciones jurídicas, donde la persona del deudor posee una relevancia limitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien trabaja no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo¹⁵⁹. No puede separarse el trabajo de la persona del trabajador; éste se halla sometido a la dirección de la empresa, que puede disponer no sólo de la prestación laboral, sino también de la persona del deudor del trabajo¹⁶⁰. En suma, el trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede constituir el objeto de un contrato de derecho civil¹⁶¹. Por eso, la misión esencial del derecho del trabajo es asegurar el respeto de la dignidad del trabajador¹⁶².

Ante todo, el ordenamiento jurídico ha de garantizar la *seguridad y salud*

158. MARTÍN VALVERDE (1980, p. 204) ha escrito que, «si no se puede hablar de un derecho propiamente dicho a la adquisición o conservación de un puesto de trabajo, ello no quiere decir, ni mucho menos, que la fórmula del artículo 35.1 de la Constitución sea jurídicamente inoperante». Para el autor citado, el precepto constitucional es «una fuente generadora de derechos e intereses legítimos singulares de los trabajadores, de alcance más limitado pero más operativo, que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, exigibles judicialmente en virtud del artículo 24.1 de la Constitución». Entre ellos, cabe mencionar «las exigencias de no discriminación en el empleo, la causalidad del despido individual, y de ser informado por oficinas de colocación de las ofertas de empleo existentes, las cuales se derivarían directamente del reconocimiento del derecho al trabajo en el artículo 35.1, aunque no existiese tutela constitucional sobre tales extremos». Y concluye que «lo que postulan estas proyecciones concretas del derecho al trabajo no es la estabilidad a ultranza en el puesto de trabajo, en contra de los criterios de productividad y rentabilidad propios de una economía de mercado, sino la creación de una barrera protectora del trabajador individual frente a conductas arbitrarias o discriminatorias».
159. SINZHEIMER, 1927, p. 73.
160. Tales son las observaciones de SINZHEIMER (1930, p. 81 y 1933, p. 113), cuando explica la situación de dependencia personal en que se encuentra el trabajador.
161. RIPERT, 1995, p. 275.
162. *Id.*, al respecto, las consideraciones de SINZHEIMER (1927, p. 73) y, asimismo, de ARANY TÓTH (2008) y, en general, de GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA (2001) y PACHECO (2007) acerca de la dignidad del trabajador en la relación laboral.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

laboral del trabajador. Siendo la seguridad física un principio fundamental del Estado de derecho, el derecho civil se reveló incapaz de garantizarla en la empresa, porque carecía de conceptos adecuados para hacer frente a una situación en que los individuos pierden el dominio de sus cuerpos y se transforman en una mera fuente de energía, que forma parte de una organización concebida por otro¹⁶³. Como primer cometido, el derecho del trabajo ha tenido que suplir esa carencia del derecho de obligaciones, y hacer posible el principio de seguridad de las personas en el interior de la empresa. No es preciso resaltar la amplitud de las disposiciones dictadas con este fin¹⁶⁴. Puede pensarse, en primer lugar, en las normas que aseguran una protección técnica de los trabajadores, como las relativas a la seguridad e higiene en el trabajo, a la medicina en el trabajo y a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Pero el alcance de la idea de la seguridad física es, en realidad, infinitamente más vasto, y se extiende a todas las reglas que conciernen a la salud (por ejemplo, las relativas a la limitación y ordenación del tiempo de trabajo, o a la enfermedad), la reproducción (protección de la maternidad), la vejez (discriminaciones por razón de edad o jubilaciones), el sustento del cuerpo (problemas del mínimo y de la continuidad de los medios de subsistencia, que han dominado el régimen jurídico de los salarios)¹⁶⁵, o su intimidad (reglas relativas a los registros, al test de alcohol, o la jurisprudencia sobre las normas de indumentaria en la empresa)¹⁶⁶.

La idea de la seguridad física se halla, pues, en el centro mismo del derecho del trabajo¹⁶⁷. Aparece en el origen histórico de todos los derechos del trabajo europeos, y constituye la parte irreductible del derecho impuesto por el Estado, aun en los sistemas jurídicos más decididamente abstencionistas. Se encuentra, por lo demás, en el corazón de la construcción del derecho social de la Unión Europea, como demuestra la importante normativa dictada en este terreno, en particular la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Es, en suma, una idea central, aunque no siempre se tenga en cuenta en ciertos debates, como los relativos a la distribución del tiempo de trabajo.

En España, el legislador ha concretado el principio de protección de la

163. SUPLOT, 1990, p. 487. En este sentido, MENDER (1898, p. 378) ironiza sobre el «diligente padre de familia»: «Si un obrero a su servicio, o bien un inquilino que le ha arrendado una habitación malsana, pierde la salud, o sus fuerzas, le consuela diciendo que ha cumplido con toda exactitud sus obligaciones contractuales».

164. Recogemos el parecer de SUPLOT, 1990, p. 487.

165. SAINT-JOURS (1989) y VALLE (2002).

166. *Vid.*, al respecto, TEYSSIE (1988), KUHNMUNCH (1988), SAVATIER (1990) y GIL (2005).

167. Seguimos a SUPLOT, 1990, p. 487.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

seguridad y salud laboral en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales (LPRL)¹⁶⁸. La LPRL abandona el nombre genérico de seguridad e higiene en el trabajo, tradicional en nuestras leyes a partir de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, y usual en algunas normas internacionales, como el artículo 7 PIDESC o el artículo 3 CSE. Prefiere la expresión, más moderna, de seguridad y salud de los trabajadores. Acoge así una terminología acuñada en la normativa de la Unión Europea y en algunas normas de la OIT, como el Convenio n° 155, y que habían aceptado ya, en el derecho español, la LGS de 1986 y la Ley de Infracciones y Sanciones de 1988. Quizá el cambio no sea tan sólo de índole terminológica. Al respecto, ha de tenerse en cuenta que, si bien el artículo 40.2 CE encomienda a los poderes públicos que velen por la seguridad e higiene en el trabajo, el artículo 43 CE reconoce a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud. De este modo, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores puede analizarse desde dos perspectivas: una, más tradicional y limitada, que se centra en la seguridad y salubridad de los centros de trabajo, y otra, más moderna y amplia, que pone el acento en la protección integral de la salud de los trabajadores, la prevención de los riesgos, la mejora del medio ambiente de trabajo y la adaptación del trabajo a la persona del trabajador, con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos de los mismos en la salud¹⁶⁹. En la exposición de motivos de la LPRL, el legislador invoca el artículo 40.2 CE, y declara que ese mandato constitucional «conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados del trabajo». Aun así, una lectura atenta de la norma sugiere que el centro de gravedad se sitúa ahora en la protección de la dignidad y la salud del trabajador. Basta pensar, por ejemplo, en el derecho del trabajador a no ser empleado en puestos de trabajo en que, por sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, pueda poner en peligro su vida o salud o la de sus compañeros u otras personas relacionadas con la empresa¹⁷⁰. Sea como fuere, hemos de recordar que la LPRL desarrolla en el derecho español la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, al tiempo que incorpora disposiciones de otras normas de la Unión Europea, como las Directivas 92/85/

168. Acerca de la seguridad y salud laboral, *vid.* GONZÁLEZ ORTEGA (1979 y 2006), RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, pp. 21-22), ECHEVARRÍA (1983, pp. 68 y ss.), GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO (1996), GONZÁLEZ SÁNCHEZ (1997, pp. 245 y ss.), MOLINA NAVARRETE (2002) y MATÍA (2009, pp. 1034 y ss.).

169. Art. 6 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989.

170. Art. 25 LPRL.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

CEE, 94/33/CEE y 91/383/CEE, sobre protección de la maternidad, de los jóvenes en el trabajo y de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal.

Asimismo, el ordenamiento jurídico ha de proteger los *derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*. Debe garantizar al trabajador el ejercicio de derechos tales como el de la libertad ideológica (art. 16.1 CE), la intimidad personal (art. 18 CE) y el de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1.a) ET]. En un Estado social y democrático de derecho, como el que instaura la CE, no puede admitirse un menoscabo irracional de los derechos inherentes a la dignidad humana por la circunstancia de prestar servicios de forma dependiente. Como subraya en Francia el informe Auroux, de septiembre de 1981, el ciudadano ha de ser libre dentro y fuera de la empresa. Así pues, un Estado de derecho ha de velar para que se cumpla el principio que justifica la existencia del contrato de trabajo como contrato de cambio: la separación entre la prestación de servicios y la persona del trabajador.

En España, el enriquecimiento progresivo de la relación laboral, para tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador, no se produjo por medio del ET de 1980. La doctrina ha aludido a la «insuficiente dimensión constitucional» de tal norma¹⁷¹. Si dejamos a un lado los títulos II y III del ET, que regulan la participación de los trabajadores en la empresa y la negociación colectiva, dicha ley sólo desarrolla dos de los derechos fundamentales que garantiza la CE: el de discriminación [arts. 4.2.c) y 17.1 ET] y el respeto a la intimidad y dignidad [arts. 4.2.e), 18 y 20.3 ET]. La discriminación puede producirse tanto en el acceso al trabajo, como en las condiciones de trabajo. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha supuesto un avance importante en la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. Aun cuando no ofrece reparos el régimen legal de protección contra las discriminaciones, los artículos 18 y 20 ET obedecen más a la idea de respaldar o fundamentar los poderes del empresario, que a la de garantizar el desarrollo y la efectividad del derecho a la intimidad y a la dignidad personal¹⁷². En definitiva, aunque el ET es una norma de desarrollo de la CE que inequívocamente democratiza las relaciones de trabajo, no pretende garantizar los derechos de libertad personal de los trabajadores para permitir su ejercicio efectivo en la empresa¹⁷³. El ET es un pequeño código del trabajo, una ley tradicional sobre el contrato de trabajo. Dictado en un momento de crisis económica,

171. CASAS, BAYLOS y ESCUDERO, 1990, pp. 44 y ss.

172. VALDÉS, 1992, p. 36.

173. CASAS, BAYLOS y ESCUDERO, 1990, p. 45.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

el ET no busca tanto la limitación o reducción de los poderes empresariales, cuanto la racionalización de los mismos¹⁷⁴. Así las cosas, surge el problema de saber si los derechos fundamentales limitan no sólo la actividad del Estado, sino también el comportamiento de los particulares¹⁷⁵.

El artículo 35.1 CE y el artículo 4.2.b) ET recogen también el *derecho a la promoción a través del trabajo*¹⁷⁶. En el plano internacional, el artículo 7.c) PIDESC menciona el derecho a la «igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad». De manera no exhaustiva, han desarrollado tal derecho los artículos 23, 24 y 25 ET. Aunque el artículo 23 ET lleva por título «promoción y formación profesional», el precepto está más relacionado con la jornada. Más bien, el

174. RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1990, p. 101.

175. Para un sector importante de la doctrina en Alemania y Suiza, los derechos fundamentales carecen de eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*) en las relaciones de derecho privado. Según esta concepción, los derechos fundamentales no son, por sí solos, instrumentos adecuados para resolver los conflictos en el derecho privado. En las relaciones interindividuales, todas las partes pueden fundarse, a menudo, en un derecho fundamental para justificar su punto de vista. Es, pues, necesaria la intervención de la ley, que concreta, limita, coordina y da vida a los derechos fundamentales. Ahora bien, los derechos fundamentales son deberes de protección de carácter objetivo, e influyen necesariamente en el derecho privado. La Constitución produce un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, y obliga a los órganos judiciales a interpretar las normas del derecho privado de acuerdo con los principios constitucionales. De forma indirecta (*mittelbare Drittwirkung*), y en especial a través de las cláusulas generales de las buenas costumbres y la buena fe (parágrafos 138 y 242 BGB), los jueces pueden imponer a los particulares el respeto de los derechos fundamentales, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual. En Suiza, el artículo 35 de la Constitución federal de 18 de abril de 1999 ha acogido la tesis de la eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales. Pues bien: la CE no establece, de modo expreso, la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales. Aun así, la jurisprudencia constitucional ha mantenido que los derechos fundamentales no sólo afectan a las relaciones entre el Estado y el ciudadano, sino que pueden aplicarse también en las relaciones de coordinación, nacidas entre los particulares: *vid.*, entre otras, las SSTC 18/1984, 88/1985, 177/1988, 129/1989, 4/1996, 106/1996, 204/1997, 197/1998, 80/2001, 20/2002, 126/2003, 196/2004, 181/2006, 125/2007 y 56/2008. Parece admitir así la tesis de la eficacia horizontal directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Acerca de la *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, *vid.* ALEX, 1986, pp. 506 y ss.; MÜNCH, 1997; AUER, MALINVERNI y HOTTELLER, 2000, pp. 59 y ss.; y HUFEN, 2007, pp. 99 y ss. Sobre la aplicación por el Tribunal Constitucional de la doctrina de la *Drittwirkung*, GARCÍA TORRES y JIMÉNEZ-BLANCO, 1986; DE OTTO, 1988; MEDINA, 1996, pp. 79 y ss. y 93 y ss.; BILBAO, 1997; y NARNAJO, 2000, p. 186; y, en la doctrina laboralista, SAGARDOY, 2005. *Vid.* LARENZ (1979, pp. 337 y ss.) acerca del criterio de la interpretación conforme a la Constitución.

176. *Vid.* MONTOYA (1980, pp. 289-290), SAGARDOY (1983, pp. 472-473), ALONSO OLEA (1990, p. 36), GARCÍA MURCIA (2003) y NOGUEIRA (2009, pp. 940 y ss.).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho a la promoción a través del trabajo se canaliza a través del artículo 24 ET, que trata de los ascensos, y del artículo 25 ET, sobre la promoción económica. Así pues, el derecho a la promoción en el trabajo es una creación estatutaria, pues no deriva directamente del contrato de prestación de servicios¹⁷⁷.

En nuestro Derecho, el principio de equivalencia de las prestaciones en los contratos sinalagmáticos asume un significado distinto en el contrato de trabajo, en virtud del reconocimiento constitucional del *derecho a un salario suficiente*¹⁷⁸. El artículo 35.1 CE obliga a tener en cuenta puntos de vista sociales a la hora de determinar el carácter justo del salario: todos los españoles tienen derecho «a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia». La ley ha concretado el principio de la suficiencia del salario, al remitir al Gobierno la fijación de un salario mínimo interprofesional (art. 27.1 CE) y al configurar éste como inembargable (art. 27.2 ET). Asimismo, la ley concreta el principio de la suficiencia del salario al prever, en los privilegios del crédito salarial: un período de tiempo a que alcanza el privilegio, una cuantía protegida que se vincula al salario mínimo interprofesional y un plazo para ejercitar los derechos de preferencia¹⁷⁹. Por lo demás, con el reconocimiento de la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga, el ordenamiento jurídico crea los presupuestos para una discusión del salario por las partes negociadoras de igual fuerza, y deja a estas últimas la concreción última del principio de la suficiencia del salario¹⁸⁰.

Por su parte, en virtud de lo establecido en el artículo 40.2 CE, los poderes públicos deben fomentar una política que garantice la *formación y readaptación profesionales*. La Constitución no reconoce esos derechos, de forma di-

177. SAGARDOY (1983, p. 473) y SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 219.

178. Vid. RODRÍGUEZ-PINERO (1980, pp. 27 y ss.), MONTOYA (1980, pp. 290-291), SAGARDOY (1983, pp. 475-476), ALONSO OLEA (1990, pp. 36-37), GARCÍA MURCIA (2002) y VALLE (2002) y, en el Derecho italiano, MENGONI, 1990, p. 14.

179. Vid. el art. 32 ET.

180. LARENZ, 1985, p. 85. En nuestro Derecho, la STC 31/1984 señala que «puede decirse que el sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva». Ahora bien, «un Estado social y democrático de Derecho, que propugna entre los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad [...] y en que se encomienda a los poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de complementar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los poderes a los que compete la gobernación unos techos (suelos) salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al [...] mandato constitucional contenido en el artículo 35.1 (CE)».

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

recta, a los trabajadores¹⁸¹. Los poderes públicos no están compelidos a garantizar directamente, sino tan sólo a patrocinar una política que fomente la formación y readaptación profesionales¹⁸². La realización de las orientaciones constitucionales requiere un desarrollo legislativo. Los poderes públicos no están sujetos a especiales condicionantes, sino que gozan de una gran libertad de decisión en torno a las formas concretas para llevar a cabo tal promoción, que pueden consistir tanto en medidas de fomento como en prestaciones directas. La normativa sobre la formación y readaptación profesionales forma parte del bloque de la legislación laboral, porque halla su razón de ser en la relación con el ejercicio del derecho al trabajo¹⁸³.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 CE, los poderes públicos deben garantizar el descanso necesario, mediante la *limitación de la jornada laboral* y las *vacaciones periódicas retribuidas*¹⁸⁴. Varios motivos justifican la limitación del tiempo de trabajo a través de normas heterónomas, aprobadas por los poderes públicos, y por medio de la negociación colectiva¹⁸⁵. En primer lugar, el ordenamiento del tiempo de trabajo tiene como primera finalidad impedir que las personas se enajenen o alienen. En la *Filosofía del Derecho*, HEGEL observó que, «por la enajenación de *todo* mi tiempo concreto mediante el trabajo y de la totalidad de mi producción, convertiría en propiedad de otro a lo sustancial de aquéllos, mi actividad y realidad *universales*, mi personalidad»¹⁸⁶. Dicha idea se plasma, por ejemplo, en el artículo 1583 CC, a cuyo tenor «el arrendamiento de servicios hecho por toda la vida es nulo». En segundo lugar, y sin desvincularnos de lo anterior, el ordenamiento se ocupa del tiempo de trabajo porque es necesario para preservar bienes dignos de protección, como la seguridad e higiene (art. 40.2 CE) y la salud del trabajador (art. 43 CE). Las jornadas excesivas ponen en peligro la integridad de las personas. Además, modernamente se comprueba que el trabajo realizado en ciertos momentos, como durante la noche, puede afectar seriamente al bienestar físico de los ciudadanos, por lo que hay que formular garantías para que ello no suceda, o suceda en el menor grado posible. En tercer lugar, el ordenamiento se ocupa de reducir el tiempo de trabajo porque el trabajo es un bien escaso¹⁸⁷. Dicho de otro modo, dado

181. *Vid.*, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1980, p. 21.

182. Seguimos a GÁLVEZ, 2001b, pp. 862-863.

183. *Vid.* las SSTC 95/2002, 190/2002 y 230/2003, sobre las competencias en materia de formación profesional ocupacional. Las dos primeras sentencias ubican la formación profesional ocupacional dentro del ámbito laboral.

184. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO (1980, p. 22), ECHEVARRÍA (1996, pp. 92 y ss.) y LÓPEZ BALAGUER (2003, pp. 413 y ss.).

185. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, pp. 239-240.

186. *Vid.* HEGEL, 1821, p. 141.

187. ALONSO OLEA, 1983.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que su oferta es rígida, y no hay trabajo para todos los que lo solicitan, parece que debe procederse a su reparto mediante ciertas técnicas. Una de ellas consiste en controlar la dedicación de las personas a actividades remuneradas, a través de medidas como la imposición de topes legales a la jornada o el encarecimiento y fijación del número máximo de las horas extraordinarias. La discusión sobre la mayor o menor utilidad de dichas técnicas forma parte del debate sobre el reparto del trabajo, en el que se cuestiona la vigencia de principios básicos que regulaban, hasta ahora, nuestra convivencia, como el de la libertad de la persona de ofrecer sus servicios, que comienza a criticarse desde una ética social que sustituye a la individual, y para la que quien trabaja mucho, puede que no cumpla con las exigencias de la solidaridad.

Por otra parte, en la regulación del descanso semanal, observamos la protección de un doble interés: el del trabajador a gozar de un tiempo de asueto para recuperar las fuerzas empeñadas durante la actividad de la semana y, por otro lado, el de la sociedad, que para organizar su funcionamiento reclama que las personas dispongan, con una cierta regularidad y permanencia, de un período adecuado de tiempo libre para reunirse, realizar actividades comunes y participar en iniciativas y manifestaciones colectivas¹⁸⁸. El hecho de que un tramo del descanso, de día y medio de duración, coincida con el domingo no debe interpretarse como una especie de imposición religiosa¹⁸⁹. Sin perjuicio de la relevancia que los creyentes católicos pueden y deben dar a tal día, y sin perjuicio de que el Estado español haya firmado un Acuerdo con la Santa Sede, en 1979, en que se reconoce el domingo como día festivo, viene aceptándose de forma generalizada que, para nuestro ordenamiento laboral, es éste el día en que por tradición secular se descansa en nuestro país, sentimiento cuya certeza se comprobaría, sin duda, si intentaran introducirse cambios¹⁹⁰. A su vez, la regulación de las

188. GIL (1991) y SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, pp. 255-256.

189. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 257.

190. En la STC 19/1985 se lee que «el descanso semanal es una institución secular y laboral, que si comprende el domingo como regla general de descanso semanal es porque este día de la semana es el consagrado por la tradición». La Sentencia añade que la preferencia del ET «por el domingo lo es por ser éste el día tradicional y generalizado del descanso». Por lo demás, en este punto, el legislador español no hace más que inspirarse en los arts. 2.3 del Convenio n° 14 y 6.3 del Convenio n° 106 de la OIT. La primera de las disposiciones señala que el descanso coincidirá «con los días consagrados por la tradición o las costumbres del país». De todos modos, como también declara la STC 19/1985, el descanso en domingo es una «regla general», de carácter dispositivo, «pues cabe que por convenio colectivo o contrato de trabajo se pacte una regulación distinta». En fin, la determinación del día del descanso es «indiferente para el legislador». En consecuencia, es posible pactar que caiga en un momento distinto de la jornada dominical, para dar satisfacción así a ciertos sentimientos religiosos, como los que recogen las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, reguladoras de las relaciones del Estado con la Fede-

fiestas retribuidas y no recuperables satisface, tan sólo, el interés social¹⁹¹. El ordenamiento jurídico se ocupa de ellas porque, con independencia de que sirven para que los trabajadores gocen de un reposo, algunos acontecimientos hay que celebrarlos conjuntamente, por todos los ciudadanos, a los que tiene que concederse tiempo libre para tal fin. Esto explica que haya que cambiar al lunes las fiestas que coincidan con el domingo, el día habitual de descanso durante la semana; orden que, por cierto, ofrece un argumento más a favor de la progresiva laicización del otrora sagrado séptimo día. En fin, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas protege tanto el interés individual al descanso, como el familiar o colectivo a disponer de un tiempo común para la convivencia y el esparcimiento. La promesa de las vacaciones periódicas retribuidas, que se encuentra en el artículo 40.2 CE, la ha desarrollado el artículo 38 ET, que debe complementarse con lo dispuesto en los Convenios n° 101, 132 y 146 de la OIT y con la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

Al reconocer el derecho al trabajo a todos los españoles, el constituyente ha buscado establecer, de forma consciente e intencionada, una limitación subjetiva en la titularidad del derecho, al menos en su vertiente constitucional, a favor exclusivamente de los nacionales¹⁹². Así pues, no cabe entender,

ración de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España, o incluso para seguir con el proceso productivo cuando sea razonable que la empresa continúe la actividad durante el fin de semana.

191. SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 258.

192. Vid. CRUZ VILLALÓN, 2006, p. 538. También MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 190-191) escribe que la «delimitación de titularidad por razón de nacionalidad quiere decir, en primer lugar, que el esfuerzo de la sociedad española» para satisfacer el derecho al trabajo «no se extiende a todos los residentes potenciales, lo cual puede servir de soporte constitucional para una legislación restrictiva del empleo de los extranjeros como la que funciona en la generalidad de los países». El autor añade que, «si se mira con más detenimiento, la mencionada atribución de titularidad significa también que el derecho al trabajo no puede entenderse satisfecho mediante la facilitación de la emigración exterior; y más aún: que la propia situación emigratoria es constitucionalmente indeseable. Dicha interpretación encuentra una confirmación expresa en el artículo 42 de la Constitución, que obliga al Estado a orientar su política hacia el retorno de los trabajadores españoles en el extranjero». Vid. NOGUEIRA (2009, pp. 932-933) para un análisis de la jurisprudencia constitucional y ESCOBAR ROCA (2005, pp. 71 y ss.) acerca de los extranjeros como titulares de los derechos humanos.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

como en otras ocasiones, que se trata de una mera fórmula lingüística: el derecho al trabajo es uno de los derechos de cuyo goce automático han estado excluidos, tradicionalmente, los *extranjeros*¹⁹³. Más aún, una de las principales consecuencias prácticas de la distinción entre los nacionales y los extranjeros es, hoy en día, la distinta posición en que se hallan con relación al derecho al trabajo¹⁹⁴. Por tanto, el legislador goza de libertad para regular el acceso de los extranjeros al trabajo como estime más conveniente¹⁹⁵. En este sentido, y según la STC 107/1984, la diferencia de trato entre los trabajadores españoles y extranjeros en el acceso al empleo no resulta contraria al derecho al trabajo, pues no hay un tratado o una ley que establezca la igualdad de trato entre los nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo, como sí existe, por el contrario, para la titularidad y ejercicio de los derechos laborales, una vez producida la contratación¹⁹⁶.

De forma implícita, el Tribunal Constitucional considera que, al situarse en el artículo 35.1 CE, el derecho al trabajo es un derecho cívico vinculado a la ciudadanía, y no un derecho humano que deba reconocerse a toda persona, por el hecho de serlo¹⁹⁷. Para algún autor, el argumento resulta muy discutible a la luz de la normativa internacional, al resultar pacífico, en nuestros días, el carácter de derecho humano que otorgan al derecho al trabajo ciertas normas internacionales de carácter básico y alcance general y, en particular, el artículo 6.1 PIDESC y el artículo 11.1.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979¹⁹⁸. Aun así, los poderes públicos han decidido otorgar una preferencia a los españoles frente a los extranjeros en la distribución del trabajo como bien escaso. En este sentido, la realización de una actividad lucrativa, por cuenta propia o ajena, exige la obtención de la correspondiente autorización para trabajar, salvo que concurra una de las excepciones que prevé la ley, en virtud de lo dispuesto en los artículos 36 y siguientes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y las normas reglamentarias de desarrollo¹⁹⁹. Con todo, por aplicación del derecho de la Unión Europea, los nacionales

193. Díez-PICAZO, 2005, p. 486.

194. Díez-PICAZO, *ibidem*.

195. Díez-PICAZO, *ibidem*.

196. Vid. SASTRE (1996, pp. 120 y ss.) para un análisis de la Sentencia.

197. MARTÍNEZ ABASCAL, 2003, p. 1311.

198. Vid. MARTÍNEZ ABASCAL, El art. 11.1.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer reconoce «el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano».

199. Vid. los arts. 62 y ss. del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

de los Estados miembros de la Unión Europea gozan de una libertad de circulación y establecimiento y, en consecuencia, de un derecho al trabajo en igualdad de condiciones con respecto a los españoles²⁰⁰.

Como ciertos titulares tienen dificultades específicas en el ejercicio del derecho al trabajo, el ordenamiento jurídico establece reglas de protección particulares. Así, tradicionalmente, las *mujeres* han sufrido discriminaciones en el acceso al empleo, en el salario y en las condiciones de trabajo e incluso en la extinción del contrato. Las normas internacionales y de la Unión Europea, la CE y las demás normas de derecho interno establecen la igualdad de trato entre el hombre y la mujer, obligan a pagar un salario igual por un trabajo de igual valor y prohíben la discriminación por razón de sexo²⁰¹. En la lucha contra la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, posee una gran importancia la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Los *menores* y los *jóvenes* disponen de una regulación especial o más protectora, en lo que hace, por ejemplo, a la edad de ingreso al trabajo, a la jornada, descansos, trabajo nocturno o normas de fomento de empleo y contratos formativos²⁰². Así, la prohibición de la admisión al trabajo de los meno-

200. *Vid.* los arts. 45 y ss. TFUE y el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en la redacción dada por el RD 1161/2009, de 10 de julio, por la STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 1 de junio de 2010 (RJ 2010, 5470) y por el Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre.

201. *Vid.* los arts. 14 y 35.1 CE y los arts. 17, apartados 1, 4 y 5, y 28 ET y, en el Derecho de la Unión Europea, los arts. 8, 153.1.i) y 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

202. *Vid.* los arts. 6, 7, 11, 34.3, 37.1 ET y el RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el art. 11 ET en materia de contratos formativos. *Vid.*, también, en el Derecho francés, BORGETTO, 2001, p. 143. En este sentido, el art. 32 de la Convención sobre los Derechos del niño, de 1989, dispone, en su primer párrafo, que «los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social». Y añade, en el párrafo segundo, que «los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo». Las normas de la OIT prohíben también el trabajo infantil: *vid.* los Convenios n° 138 sobre la edad mínima de admisión al trabajo, de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

res de dieciséis años halla su fundamento constitucional en la protección de la seguridad y salud y del derecho a la educación²⁰³.

Otro grupo con problemas de ejercicio del derecho al trabajo y de permanencia en el mercado laboral es el de los *trabajadores de edad avanzada*²⁰⁴. Hasta ahora, los poderes públicos han tratado de favorecer la contratación de los trabajadores mayores. Para un trabajador de edad avanzada, son posibles varias modalidades de contrato de trabajo, unas para él y otras para los trabajadores que los sustituyen, en caso de jubilación total o parcial: el contrato para el fomento de la contratación indefinida y el contrato de relevo. El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 abril de 2001, optó por una política favorable al mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada en el mercado de trabajo. El acuerdo lo desarrolló la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. A su vez, bajo el título «Medidas en torno a la edad de jubilación y a la prolongación de la vida laboral», el apartado IV del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, incluye diversas actuaciones dirigidas a incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral, de acuerdo con las orientaciones de la Unión Europea y otros organismos internacionales, sin olvidar la mejora de las garantías de los trabajadores de más edad expulsados prematura-

-
- 1973, y n° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999, y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo [art. 2.c)].
203. Gozan de capacidad para celebrar un contrato de trabajo, y para obligarse en virtud del mismo, «quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código civil» [art. 7.a) ET], esto es, los mayores de dieciocho años (arts. 315 CC y 12 CE). Asimismo, tienen capacidad plena «los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores» [art. 7.b) ET]. En fin, vivan o no de forma independiente, disponen de capacidad plena los mayores de dieciséis años emancipados por matrimonio, por concesión de quienes ejercen la patria potestad, o por concesión judicial (art. 314, párrafos 2 a 4, CC). Y ello porque «la emancipación habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor» (art. 323 CC). También el pupilo al que el juez haya concedido el beneficio de la mayor edad, de acuerdo con el art. 321 CC. Tienen limitada la capacidad de obrar por razón de la edad los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho no emancipados ni de derecho ni tácitamente. El art. 7.b) ET indica que dichos menores pueden celebrar un contrato de trabajo «con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo». En fin, de la redacción del art. 7.1 ET se desprende, a contrario, que son incapaces los menores de dieciséis años. Por eso, el art. 6.1 ET prohíbe «la admisión al trabajo de los menores de dieciséis años». *Vid.* un resumen de estas situaciones en SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, pp. 175 y ss.
204. *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN (2001), SAGARDOY y GIL (2007, pp. 1122 y ss.), ESTÉVEZ (2008), CAMAS (2009) y SEMPÉR y QUINTANILLA (2009) acerca de los trabajadores de edad avanzada en los ámbitos del derecho del trabajo y de la Seguridad Social.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

mente del mercado laboral. Asimismo, modifica la jubilación parcial, con objeto de adecuar esta figura a las características y requerimientos de los procesos productivos en que se enmarca la misma. Desarrollan tales previsiones los artículos 3 y 4 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁰⁵. En fin, tras la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, el Gobierno ha aprobado, en el Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social²⁰⁶. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, del mismo nombre, publicada en el BOE de 2 de agosto de 2011, prevé el retraso de la edad ordinaria de jubilación y la ampliación del período de cómputo para el cálculo de la pensión, con el objetivo de asegurar la viabilidad futura del sistema.

De igual modo, las *personas con discapacidad* poseen una regulación especial²⁰⁷. Es incuestionable la necesidad de que existan políticas sociolaborales específicas a favor de las personas discapacitadas, debido, entre otras razones, a la falta de oportunidades laborales, la existencia de prejuicios sociales contra los discapacitados, las deficiencias en materia de formación o la falta de eficacia de las instituciones privadas en la inserción sociolaboral²⁰⁸. Así, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, establece como finalidad de la política de empleo de los trabajadores con discapacidad su integración en el sistema ordinario de trabajo o, de no ser esto posible, su incorporación bien a un centro especial de empleo, bien a un centro ocupacional (arts. 3, 37.1 y 41). De este modo, la legislación diferencia tres ámbitos complementarios para el empleo de las personas con discapacidad. Junto a las normas que regulan la contratación de discapacitados por empresas ordinarias, a través de una relación laboral de régimen común, cuando lo posibilita el grado de discapacidad, se ordenan las medidas que introducen en el derecho positivo un relación especial de trabajo para la prestación de servicios por parte de los discapacitados, con fuertes limitacio-

205. Vid. FERRANDO (2007) acerca del acuerdo y su desarrollo normativo y el Capítulo III de SEMPERE (2008) sobre la reforma de la jubilación.

206. Vid. <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/280111-enlacepensiones.htm>. El Acuerdo Social y Económico lo firmaron en La Moncloa, el 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos UGT y CC OO. Vid. los comentarios de CAVAS (2011) y GIL (2011). El Proyecto de Ley del mismo nombre se publicó el 1 de abril de 2011: cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, nº 120-1, 1 de abril de 2011.

207. Vid. MONEREO y MOLINA (2002c) acerca del derecho a la protección de las personas con discapacidad y ALBA y MORENO (2004) sobre las personas con discapacidad en el mercado de trabajo.

208. ALBA y MORENO, 2004, p. 169.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes, en los denominados centros especiales de empleo. Y aún quedan regulados otros llamados centros ocupacionales, para acoger en ellos –más con fines educativos y formativos destinados a la integración social, que con fines productivos encaminados a la integración laboral– a quienes, por su situación, no pueden llevar a cabo una actividad laboral en sentido estricto, por poco exigente que sea ésta.

La intervención de los poderes públicos, para fomentar el acceso al empleo de las personas con discapacidad, respeta las exigencias del principio de igualdad ante la ley. Para garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación, el artículo 17.3 ET y los artículos 2 y 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, habilitan al Gobierno a otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos de trabajadores que encuentren dificultades para acceder al empleo, como es el caso de las personas con discapacidad. De forma específica, el artículo 38.4 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, prevé esta posibilidad.

Así pues, según el grado de protección, cabe distinguir dos grandes modalidades de acceso al empleo de las personas con discapacidad: el empleo ordinario y el empleo protegido²⁰⁹.

Las medidas de integración en el mercado de trabajo ordinario consisten en el establecimiento de cuotas de reserva o medidas alternativas y en el fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Entre las medidas de acción positiva, dirigidas a potenciar el acceso al empleo ordinario de las personas con discapacidad, la cuota de reserva de puestos de trabajo es la que presenta un mayor acogimiento y desarrollo en otros países²¹⁰. Como España se constituye en un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE), el legislador ha optado por obligar a los empresarios a contratar a un cierto porcentaje de personas discapacitadas, dadas las dificultades con que tropiezan para encontrar un empleo. El artículo 38 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, obliga a las empresas públicas y privadas que empleen cincuenta o más trabajadores a contar, al menos, con un 2 % de trabajadores con discapacidad en su plantilla²¹¹. Parece claro que tal restricción a la liber-

209. *Vid.*, por todos, CES (2004, pp. 110 y ss.), LALOMA (2007) y GRAU (2008, pp. 251 y ss.).

210. CES, 2004, pp. 111 y ss.

211. El precepto lo han modificado, sucesivamente, la DA 39ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre; la DA 11ª de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, y la DA 17ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre. La reserva de puestos de trabajo, que no es contraria al principio de igualdad y no discriminación, ni al derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, exige, en todo caso, que las personas discapacitadas superen las pruebas selectivas pertinentes y acrediten, en su mo-

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

tad de contratación se halla justificada en la protección de otros derechos constitucionales, y no resulta desproporcionada con relación a la finalidad perseguida. La contratación obligatoria de un porcentaje de trabajadores discapacitados constituye una medida de protección del empleo, que puede fundamentarse en el artículo 49 CE y que no restringe desproporcionadamente la libertad de empresa. En la práctica, la obligación se ha incumplido de modo sistemático en las empresas privadas, por la falta de mecanismos de control y reacción eficaces para impedir o dificultar su vulneración²¹². En el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre el empleo público de discapacitados, reconoce el «lamentable incumplimiento» de la Ley de la Función Pública en esta materia y reserva, en las ofertas de empleo público, un cupo no inferior al 5 % de las vacantes para las personas con discapacidad que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, ha elevado al 7%²¹³. En la misma línea, algunas Comunidades Autó-

mento, el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con las tareas y funciones correspondientes, «según se determine reglamentariamente» (STC 269/1994). Además, la cuota de reserva no genera derecho de prioridad en caso de despido colectivo (STS de 4 de febrero de 2002 [RJ 2004, 10168]). En la doctrina, *vid.* MARTÍN VALVERDE (1980, p. 201) acerca de la posibilidad de reservar determinados puestos de trabajo de las empresas a trabajadores pertenecientes a grupos con dificultades de colocación, como medio de la política de empleo que afecta directamente a la vida de la relación de trabajo. En general, *vid.* SASTRE (1996, pp. 170 y ss.) sobre las contrataciones obligatorias de trabajadores.

212. La observación es recurrente en la doctrina: *vid.*, por todos, VILLA, FOLGUERA y MORENO (2000, p. 266), FUNDACIÓN PREVENT (2006) y LIDÓN (2008, p. 37). Aun así, LIDÓN (p. 38) señala que, en la actualidad, no hay datos relativos al grado de cumplimiento de la cuota o de las medidas alternativas. De igual modo, LAMARCA (2009, p. 36) ha advertido que nos encontramos con el problema de la falta de datos y de la ausencia de criterios similares o complementarios en su explotación, que permitan establecer comparaciones y análisis conjuntos. Por eso, sigue resultando difícil conocer qué empresas cumplen con el cupo de reserva y cuáles no.
213. En concreto, la DA 19ª de la Ley 30/1984, tras la redacción dada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, preveía un porcentaje del 5%. El art. 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del empleado público, en la redacción dada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, establece que, en las ofertas de empleo público, se reservará un cupo no inferior al 5 % de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 %, de modo que, progresivamente, se alcance el 2 % de los efectivos totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de minusvalía y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente. El desarrollo de esta medida se encuentra en el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad. Además de prever la reserva del 5 % de las vacantes en las convocatorias e ingreso libre, se establece la posibilidad de hacer convocatorias independientes para su cobertura (art. 4), y se extiende la obligación de reserva a las convocatorias de personal temporal (art. 6), y a los procesos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nomas, como Castilla-La Mancha, Cataluña y Navarra, han situado el porcentaje de reserva de empleo público en un 5 % de las vacantes.

Si originariamente la Ley 13/1982, de 7 de abril, preveía esta obligación con carácter absoluto, fruto de la modificación operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medias Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la actualidad es posible la exoneración total o parcial de la reserva de puestos de trabajo, en las empresas públicas o privadas, cuando se aplique alguna de las medidas alternativas legalmente previstas, y siempre que esta circunstancia esté fundada bien en acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, o bien, en ausencia de éstos, en una opción voluntaria del empresario debidamente comunicada a la autoridad laboral²¹⁴. En todo caso, se exige la concurrencia de alguno de los siguientes supuestos: la imposibilidad de los servicios públicos de empleo competentes, o de las agencias de colocación, de atender la oferta de empleo presentada por la empresa, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación o puesto solicitado, o por no estar éstos en las condiciones de trabajo ofrecidas en la oferta; la acreditación por la empresa de la concurrencia de circunstancias de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven una especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Las medidas alternativas que pueden aplicar las empresas son: la realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo o con un autónomo discapacitado, para el suministro de bienes necesarios en el normal desarrollo de la empresa, o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa; la realización de donaciones y acciones de patrocinio de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de las personas discapacitadas, a favor de fundaciones o asociaciones de utilidad pública que tengan aquellas

de promoción interna (art. 5). También prevé la incorporación de criterios para adaptar tiempos adicionales en la realización de las pruebas selectivas en función de las especiales dificultades que presenten los aspirantes discapacitados, con el fin de asegurar su participación en igualdad de condiciones que el resto de participantes. Esta previsión la ha desarrollado la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, de aplicación a los procedimientos de acceso al empleo público del personal de la Administración Civil del Estado, personal civil al servicio de la Administración Militar y personal funcionario de la Administración de la Seguridad Social y sus organismos autónomos, y subsidiariamente al resto del sector público. *Vid.* RODRÍGUEZ ESCANCIANO, 2008.

214. Las medidas estaban inicialmente previstas en el RD 27/2000, de 14 de enero, pero las ha reglamentado de nuevo el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, que deroga el anterior, excepto en su DA 2ª.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

actividades como objeto social, o la constitución de un enclave laboral en los términos del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero.

Por lo que se refiere al fomento del empleo de las personas con discapacidad, el ordenamiento jurídico prevé un conjunto de incentivos, entre los que se encuentra la reducción de los costes laborales²¹⁵. Los beneficios están vinculados al tipo de contrato, y no a la situación de discapacidad. Hay facilidades económicas para los contratos de duración determinada y de carácter indefinido. También hay ayudas al trabajo autónomo y deducciones fiscales. Así, la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, regula un contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad. El ordenamiento jurídico prevé también facilidades económicas para los contratos de duración indefinida. Además, la Orden de 5 de junio de 2007 contempla los programas de promoción de empleo autónomo de las personas desempleadas en general, entre las que se encuentran las que padecen una discapacidad. En fin, para fomentar el empleo de discapacitados, la normativa reguladora del impuesto de sociedades prevé una deducción fiscal a favor de las empresas que los contraten. Por otra parte, el programa de fomento de empleo con apoyo para la integración de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo es una medida específica, dirigida a personas que, dentro del conjunto de las personas con discapacidad, presentan una discapacidad más severa y, por tanto, una mayor dificultad para acceder al mercado laboral²¹⁶.

Las empresas ordinarias pueden obligarse con trabajadores discapacitados mediante contratos formativos (DA 2ª ET). Los contratos especiales de empleo también pueden concertar contratos para la formación y el aprendizaje. Tales contratos se regirán por la regulación ordinaria general, pero se fomenta su empleo mediante bonificaciones y subvenciones. Al igual que sucede con los contratos de duración determinada, esas ayudas son compatibles con las subvenciones que concede el Servicio Público de Empleo por la adaptación del puesto de trabajo, dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar siniestros laborales y por la eliminación de barreras u obstáculos que impiden o dificultan el trabajo de los discapacitados (DA 2ª del RD 1451/1983, añadida por el RD 170/2004, de 30 de enero).

Por lo que mira al empleo protegido, entre las medidas de apoyo a los minusválidos previstas en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se encontraba la creación de centros especiales de empleo²¹⁷. Tales centros tienen como ob-

215. *Vid.* ALBA y MORENO, 2004, pp. 75 y ss.

216. *Vid.* el RD 870/2007, de 2 de julio.

217. Los centros especiales de empleo se hallan reglamentados en el RD 2273/1985, de 4 de diciembre, modificado por el RD 427/1999, de 12 de marzo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

jeto social el fomento del empleo de discapacitados, pero no se les exige que carezcan de fines lucrativos. Como contrapartida, y para propiciar su viabilidad económica, dichos centros reciben ayudas y subvenciones. La legislación prevé una relación laboral especial de los discapacitados que trabajan en los centros especiales de empleo²¹⁸. Puede acceder al centro especial de empleo la persona que tenga reconocida una discapacidad en grado igual o superior al 33 % y, como consecuencia, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, en relación con trabajadores de la misma cualificación o categoría profesional. Quedan excluidos de esa normativa los discapacitados que trabajen en empresas ordinarias y quienes, no siendo discapacitados, trabajen en los centros especiales de empleo. También quienes, por tener una mayor discapacidad, estén acogidos en centros ocupacionales²¹⁹. En la actualidad, hay unos 1.600 centros especiales de empleo, que dan ocupación a unos 47.000 trabajadores con discapacidad²²⁰.

Cabe señalar, por último, que las personas discapacitadas que prestan servicios laborales en el marco de un contrato de trabajo ordinario se rigen por el régimen jurídico común, establecido en el ET, pero con las singularidades precisas para garantizar una adecuada protección en el trabajo, en materias tales como el derecho a la no discriminación, la seguridad y salud laboral, las condiciones de trabajo o el mantenimiento en el empleo. Para el logro de la igualdad de oportunidades, el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE y el artículo 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, obligan al empresario a llevar a cabo ajustes razonables y a prevenir y compensar las consecuencias de la discapacidad²²¹. El principio del ajuste razonable se conecta

218. La posibilidad, prevista en el originario art. 2.1.g) ET, de que por ley puedan declararse nuevas relaciones especiales de trabajo, adicionales a las listadas en el propio art. 2.1, se utilizó por la Ley 13/1982, de 7 de abril, cuyo art. 41.1 dispone que los minusválidos incapacitados para realizar un trabajo «en las condiciones habituales» deberán ser ocupados en centros especiales de empleo, siendo la suya una «relación laboral de carácter especial», que debía regular el Gobierno (DA 6ª, hoy suprimida). Tal regulación la ha llevado a cabo el RD 1368/1985, de 17 de julio. El actual art. 2.1.g) ET considera directamente relación laboral especial la de los minusválidos en centros especiales de empleo. *Vid.* GARRIDO, 2000.

219. Tales centros los regula el RD 2274/1985, de 4 de diciembre.

220. *Vid.* LIDÓN (2008, p. 39) y, en general, ALBA y MORENO (2004, pp. 105 y ss.) y LALOMA (2007).

221. El art. 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril, dispone: «1) Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad. 2) Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar

con el más general de diseño para todos, que recoge el artículo 2.d) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y que se define como la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan utilizarlos todas las personas, en la mayor extensión posible.

5.2. OBLIGADOS

Ante todo, el derecho al trabajo obliga a los poderes públicos, que deben respetar, proteger y realizar el derecho. Corresponde a los mismos adoptar políticas activas y pasivas de empleo que fomenten la creación de empleo y protejan al trabajador en los casos de pérdida involuntaria del empleo. En esa tarea, pueden ejercer competencias tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y, de forma más limitada, las entidades locales. En ocasiones, los poderes públicos actúan como empleadores, en cuyo caso han de respetar las disposiciones legales y reglamentarias sobre el empleo público y, en especial, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Un supuesto particular lo ofrece la administración penitenciaria, cuando emplea al condenado a pena de prisión.

El derecho al trabajo vincula también al poder judicial. En virtud del principio de interpretación conforme a la Constitución, los jueces y tribunales han de tener en cuenta el derecho al trabajo al aplicar las normas de derecho privado y, en particular, las cláusulas generales, como la buena fe, y los conceptos jurídicos indeterminados²²². La interpretación de acuerdo con el derecho al trabajo puede servir, por ejemplo, para analizar la licitud de las restricciones al ejercicio del derecho al trabajo, establecidas por las partes de la relación laboral, de acuerdo con la autonomía de la voluntad.

si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa». *Vid.* también el art. 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, desarrollada por el RD 1276/2011, de 16 de septiembre, adapta la normativa española a la Convención, y autoriza al Gobierno a elaborar y aprobar, en el plazo de un año a contar desde su entrada en vigor el 3 de agosto de 2011, la refundición de los siguientes textos legales: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (DF 2ª de la Ley 26/2011).

222. *Vid.* RIEDEL (1987, p. 145) en el Derecho alemán.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En general, en una economía de mercado, el ofrecimiento de un puesto de trabajo adecuado a un trabajador deriva, de modo directo, de una decisión empresarial de creación de empleo no impuesta formalmente por los poderes públicos²²³. Así pues, el empresario es el sujeto obligado a respetar el contenido normativo del derecho al trabajo²²⁴. Como los poderes del empresario hallan su fundamento en la libertad de empresa (art. 38 CE), el derecho al trabajo puede colisionar con la libertad de contratación del empresario y con el reconocimiento de la facultad de despedir. Los poderes públicos han de velar por el equilibrio entre el derecho al trabajo y la libertad de empresa y, en lo que aquí interesa, por que el empresario no restrinja, de forma injustificada, los derechos e intereses legítimos que derivan del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo.

Los sindicatos también pueden interferir y condicionar el ejercicio del derecho al trabajo. Así, por ejemplo, las cláusulas de sindicación forzosa, como las denominadas *unión shop* o *closed shop*, típicas del derecho anglosajón, condicionan el empleo a la pertenencia o afiliación al sindicato firmante del convenio colectivo, y vulneran, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho fundamental a la libertad sindical (art. 28.1 CE)²²⁵. De igual modo, la negociación colectiva puede fijar edades para la jubilación forzosa del trabajador, o establecer preferencias en el empleo o compromisos del empresario de no llevar a cabo despidos o de recolocar a trabajadores despedidos.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

Conviene señalar que la reserva de ley no impide que el convenio colectivo, en cuanto norma de origen profesional, regule aspectos concernientes al ejercicio del derecho al trabajo en las relaciones laborales. En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación colectiva, y el convenio colectivo estatutario tiene naturaleza normativa y eficacia *erga omnes*. Por eso, el convenio colectivo podrá desarrollar y aun restringir el derecho al trabajo y los demás derechos laborales, siempre que la limitación se halle justificada y respete el principio de proporcionalidad.

223. Vid. MARTÍN VALVERDE (1980, pp. 194 y 197 y ss.), MONTOYA (1980, p. 287) y PALOMEQUE (1996, pp. 15-16).

224. En opinión de SAGARDOY (1983, p. 471), «ese derecho al trabajo, que es un derecho subjetivo público, se puede y debe ejercitar –aunque no sea en un sentido estrictamente *procesal*– no sólo frente a los Poderes Públicos, sino también frente a los privados o particulares». Y añade: «En concreto frente a los empresarios y sus organizaciones y frente a los propios trabajadores y sus sindicatos».

225. Vid. MARTÍN VALVERDE (1980, p. 203), MONTOYA (1980, p. 288) y OJEDA (1998, pp. 43-44).

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

Pues bien, el derecho al trabajo y los demás derechos laborales han de desarrollarse en el marco que establece la Constitución, la cual reconoce también otros derechos fundamentales. Aunque el fin esencial del derecho del trabajo consiste en proteger la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, el contenido de las normas laborales también está condicionado por la garantía constitucional de los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE)²²⁶. En la medida en que derechos constitucionalmente reconocidos al trabajador, como el derecho al trabajo o a la promoción profesional, pueden colisionar con el principio de la libertad de empresa, el legislador ha de llevar a cabo una concordancia práctica entre los distintos intereses. La conciliación entre los derechos de los trabajadores y de los empresarios corresponde, pues, esencialmente al legislador o a la negociación colectiva. Pero el Tribunal Constitucional puede llevar a cabo un control de constitucionalidad de las leyes que desarrollen o restrinjan la libertad de empresa, para enjuiciar la conformidad de las normas laborales con el orden económico que reconoce y protege la Constitución. Tal circunstancia puede suscitar delicados problemas de equilibrio entre las competencias del poder legislativo y del Tribunal Constitucional²²⁷, y hacer que el derecho del trabajo se sitúe bajo la vigilancia constitucional del derecho del mercado, cuyo primer pilar lo constituye la libertad de empresa²²⁸.

En todos los ordenamientos jurídicos de las economías de mercado, el ingreso al trabajo se lleva a cabo a través de la libre contratación. El empresario tiene libertad para encomendar las tareas de la empresa a quien quiera, y el trabajador tiene libertad para ofrecer sus servicios a cualquier empresario. En la libertad de empresa, debe entenderse comprendida la libre contratación de la mano de obra. Así, puede decirse que el derecho del trabajo opera una drástica reducción de la autonomía de la voluntad en su función de reglamentación y determinación del contenido de la relación laboral, pero respeta la plenitud de tal autonomía en su dimensión constitutiva de las relaciones jurídicas; o, lo que es lo mismo, el empresario puede contratar

226. Así, ALARCÓN (1992, p. 11) ha podido escribir que, «aunque pueda parecer paradójico, el primer precepto que hay que citar para analizar la presencia del Derecho del Trabajo en la CE no es otro que el artículo 38, cuyo primer inciso "reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", condición necesaria –aunque, ciertamente, no suficiente– para la propia existencia del Derecho del Trabajo».

227. *Vid.*, en este sentido, la decisión del *Conseil constitutionnel* francés de 12 de enero de 2002, que ha anulado el art. 107 de la Ley de modernización social, de 17 de enero de 2002, por restringir desproporcionadamente el derecho a la libertad de empresa al regular el despido por causa económica. *Vid.* el comentario crítico de LYON-CAEN, 2002.

228. *Vid.* LYON-CAEN, 2002, p. 259.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

libremente a los trabajadores, pero no puede determinar libremente el contenido del contrato²²⁹. De este modo, las excepciones a la libertad de contratación son restricciones a un derecho de los ciudadanos: la libertad de empresa. Y, por eso, el orden constitucional exige que vengan plenamente justificadas, y que respeten el principio de proporcionalidad²³⁰.

Por otro lado, no puede deducirse de la libertad de empresa ni una libérrima libertad contractual, ni un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia práctica que ha de establecerse entre los artículos 38 y 35.1 CE y, sobre todo, habida cuenta de la existencia de un Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE). Ahora bien, tampoco del derecho al trabajo y del carácter social del Estado puede deducirse la legitimidad constitucional de una regulación del despido que contraríe, y no tome en consideración, el principio de la libertad de empresa²³¹. De este modo, el legislador ha de llevar a cabo una concordancia práctica entre los derechos del trabajador y del empresario, para que la protección contra el despido no se traduzca en una restricción irrazonable de la libertad de empresa²³². Según las opciones de política legislativa, el régimen jurídico del despido puede variar: las causas de despido pueden configurarse de forma más amplia o estricta; los requisitos procedimentales y formales pueden ser más o menos rigurosos; las indemnizaciones pueden ser más o menos elevadas²³³; pueden existir o no salarios de tramitación²³⁴. La Constitución sólo

229. Hemos seguido la exposición de SAGARDOY, VALLE y GIL, 2006, p. 191.

230. *Vid.* SAGARDOY, VALLE y GIL, *ibidem*, y LÓPEZ GUERRA y otros, 2002, p. 438.

231. En este párrafo, he recogido el criterio de RODRÍGUEZ-PINERO, 1997, p. 6.

232. *Vid.* RODRÍGUEZ-PINERO (1997, p. 6) y SAGARDOY y GIL (2003, pp. 374 y ss.).

233. Con todo, los tribunales franceses han cuestionado la licitud de las cláusulas convencionales o contractuales que regulan la indemnización de despido, y que tienen por efecto privar al empresario de su derecho a despedir: *vid.* PÉLISSIER, SUPLOT y JEAMAUD (2008, p. 674 y nota 3), quienes citan *Douai*, 18 de diciembre de 1992, *RJS* 5/93, n° 568, acerca de una indemnización de tres años de salario, y debida incluso en caso de falta muy grave del trabajador.

234. No parece que pueda mantenerse la inconstitucionalidad de la regulación material de los salarios de tramitación que estableció el RDley 5/2002, de 24 de mayo, y que luego modificó la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. En efecto, es difícil ver en el régimen jurídico del RDley una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), una lesión del derecho al trabajo (art. 35.1 CE) o una infracción del principio de reserva de ley, al regular el Gobierno por Decreto-ley una materia reservada en exclusiva al Parlamento. La STSJ de Aragón de 21 de noviembre de 2002 ha descartado la inconstitucionalidad de la regulación material de los salarios de tramitación: *vid.* *Actualidad Laboral*, suplemento n° 7, 10 al 16 de febrero de 2003, pp. 617 y ss., con un comentario de BORRAJO, 2003. La STC 68/2007 declara inconstitucional y nulo el RDley 5/2002, por vulneración del art. 86.1 CE. La sentencia no enjuicia la constitucionalidad del régimen jurídico de los salarios de tramitación, al haber derogado la Ley 45/2002 los aspectos cuya licitud

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

veda las regulaciones que desconozcan de forma palmaria la libertad de empresa o el derecho al trabajo. Por su parte, en algunos casos, el derecho de la Unión Europea exige que la indemnización sea suficiente²³⁵. En ocasiones, la negociación colectiva también puede contribuir a perfilar el alcance del poder empresarial de despido. Y, así, puede resultar legítimo que el empresario renuncie a la extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, durante el período de vigencia de un convenio colectivo, y a cambio de otras concesiones por parte de los trabajadores.

Aclarado esto, ¿hasta dónde puede llegar el control del Tribunal Constitucional, en caso de recurso por vulneración de la libertad de empresa? El problema se ha planteado en Francia. En una decisión polémica, de 12 de febrero de 2002, el *Conseil constitutionnel* ha anulado el artículo 107 de la Ley de modernización social, de 17 de enero de 2002, por restringir desproporcionadamente el derecho a la libertad de empresa al regular el despido por causa económica²³⁶. El *Conseil constitutionnel* señala que el precepto mencionado refleja una colisión de derechos fundamentales, protegidos por la Constitución: la libertad de empresa, por un lado, y el derecho al trabajo, por otro. Tal colisión obliga a una conciliación, que ha de realizar el legislador. En virtud de una exigencia constitucional, el legislador puede restringir otro derecho fundamental. Pero la actividad del legislador tiene límites. De las limitaciones no puede resultar un atentado desproporcionado o manifiesta-

cuestionaban los recursos (FJ 4). Por su parte, y aunque con una argumentación a veces discutible, la STC 84/2008 rechaza que constituya una vulneración del derecho a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva una regulación legal de los salarios de tramitación que otorga el derecho a percibirlo cuando el empresario opta por la readmisión del trabajador cuyo despido se declara improcedente, pero no cuando opta por abonar la indemnización. *Vid.* GIL (2003, 2009a, p. 113 y 2009b, pp. 413-414, nota 46) sobre la cuestión y, general, GOERLICH (2005, pp. 235-236 y 240-241) sobre la libertad de que dispone el legislador para determinar los límites frente al despido, en particular el basado en motivos personales.

235. Según recuerda LEFEBVRE (2007, p. 220), de acuerdo con el principio de suficiencia indemnizatoria, determinadas Directivas de la Unión Europea sobre discriminación exigen que el procedimiento judicial o administrativo que adopten los Estados, y que ha de estar disponible para los afectados de forma efectiva, garantice la reparación íntegra de los daños, sin topes preestablecidos, en términos que, además, sean disuasorios ante estas prácticas, para evitar que sea lucrativa la actuación discriminatoria: *vid.* el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; el art. 17 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y el art. 25 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

236. *Vid.* el comentario crítico de LYON-CAEN, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

mente excesivo a la libertad de empresa con respecto a la finalidad perseguida. Pues bien: por vez primera, en nombre del respeto a la libertad de empresa, el *Conseil constitutionnel* ha condenado una disposición que regula una pieza central del derecho del trabajo: el despido. El *Conseil constitutionnel* tiene en cuenta tres coerciones a la libertad de empresa: la limitación de las posibilidades de despedir por causa económica a tan sólo tres posibilidades, que no incluyen el cese de actividad de la empresa; la limitación de los despidos económicos por reorganización al caso en que ésta sea «indispensable para el mantenimiento de la actividad de la empresa» y, en tercer lugar, el que las dificultades económicas no sólo deban ser serias, sino también no haber «podido superarse por cualquier otro medio». Para el *Conseil constitutionnel*, el efecto acumulado de esas tres coerciones constituye un atentado desproporcionado a la libertad de empresa: el artículo 107 de la Ley de modernización social sólo permitía a la empresa despedir si estaba en juego su pervivencia. La decisión del *Conseil constitutionnel* francés ilustra, pues, que el control de proporcionalidad puede hacer inviables ciertas opciones de política legislativa, encaminadas a restringir el despido, y plantea delicados problemas de equilibrio entre los órganos constitucionales²³⁷.

En fin, la libre elección de la profesión u oficio no puede concebirse en términos absolutos, sino condicionada a la capacitación del trabajador y a las circunstancias del mercado²³⁸. La ley enmarca el derecho a la libre elección de la profesión u oficio, y exige la posesión de un título o una cualificación profesional, o el cumplimiento de ciertas exigencias, como la colegiación obligatoria. Un buen ejemplo lo ofrece el ejercicio de la profesión de abogado. Como destaca la exposición de motivos de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales, la regulación del régimen de acceso a la profesión de abogado es una exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 CE, en la medida en que estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de la justicia, y la calidad del servicio que prestan redunda directamente en la tutela judicial efectiva que la CE reconoce a los ciudadanos. La exposición de motivos añade que la experiencia del derecho comparado muestra que la actuación ante los tribunales de justicia y las demás actividades de asistencia jurídica requieren la acreditación previa de una capacidad profesional que va más allá de la obtención de una titulación universitaria, lo cual justifica la regulación de dos títulos profesionales complementarios al título universitario en derecho: los de abogado y procurador. Así pues, en tales casos, la

237. *Vid.* LYON-CAEN (2002) acerca de los riesgos de un control intenso de la actividad del legislador por parte del *Conseil Constitutionnel*.

238. MONTÓYA, 1980, p. 289.

limitación del derecho se fundamenta en la necesidad de garantizar la calidad del servicio y de proteger los derechos de los consumidores y usuarios. Por otro lado, como sanción penal, el individuo puede ver restringido el derecho a elegir libremente la profesión u oficio. El artículo 39.b) y concordantes del Código Penal contempla la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en esa ley. El artículo 45 CP dispone que la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse de forma expresa y motivada en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

7. GARANTÍAS

Ante todo, los derechos al trabajo y a unas condiciones de trabajo dignas gozan de las garantías que establece el artículo 53 CE²³⁹.

Por su parte, el derecho al trabajo de los penados, que reconoce el artículo 25.2 CE, se encuadra en la sección primera del capítulo segundo del título I, sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por eso, no sólo goza de las garantías del derecho general al trabajo, sino también de la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE). Además, ha de regularse por medio de una ley orgánica (art. 81.1 CE).

Los derechos que recogen los artículos 40 y 41 CE son principios rectores de la política social y económica, que se encuentran en el capítulo III del título I de la norma fundamental. En virtud de lo establecido en el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de tales principios informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo podrán alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Quien considere vulnerado los derechos al trabajo o a unas condiciones de trabajo dignas, puede deducir las oportunas pretensiones ante los jueces y tribunales de la jurisdicción social. Asimismo, tales derechos se hallan protegidos por las normas penales y administrativas. Así, el CP castiga el acoso sexual²⁴⁰ y moral²⁴¹ y ciertos delitos contra los derechos de los trabajadores, como la imposición de condiciones de trabajo contrarias a las leyes, las graves

239. Vid. Díez-PICAZO (1996) y JIMÉNEZ CAMPO (1996 y 1999, pp. 121 y ss.) acerca de las garantías de los derechos fundamentales.

240. Art. 184.

241. Art. 173.2.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

discriminaciones o la infracción de las normas sobre prevención de riesgos laborales²⁴². De igual modo, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, recoge distintas infracciones graves en materia de relaciones laborales, entre las que se encuentran, por ejemplo, la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y, en general, el tiempo de trabajo, o el establecimiento de condiciones de trabajo inferiores a las establecidas legalmente o por convenio colectivo. Asimismo, tipifica como infracciones muy graves, por ejemplo, la transgresión de las normas sobre trabajo de los menores, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones, y el acoso sexual o el acoso discriminatorio²⁴³. El artículo 40 LISOS establece la cuantía de las sanciones. Y así, en los casos de sanción muy grave, en su grado máximo, la Administración laboral puede imponer una multa de 100.006 a 187.515 euros.

En el plano contractual, el ordenamiento jurídico protege también los derechos al trabajo y a unas condiciones de trabajo dignas. En los casos de incumplimiento, y de acuerdo con los principios generales en materia de obligaciones y contratos, el trabajador puede exigir el cumplimiento en sus propios términos de las obligaciones impuestas por las normas legales o convencionales de carácter heterónomo, o acordadas por las partes en el ejerci-

242. El art. 311.1 CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. A su vez, el art. 314 CP castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses a los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado. Por su parte, el art. 316 CP castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses a los que, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física. Y el art. 317 CP aclara que, cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, se castigará con la pena inferior en grado.

243. *Vid.* los arts. 7 y 8 LISOS.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

cio de la autonomía de la voluntad. Además, el trabajador puede exigir una indemnización por los daños y perjuicios que haya causado el incumplimiento. Los artículos 182.1 c) y 183 LJS prevén, de forma expresa, la indemnización en los supuestos de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública del trabajador. En tercer lugar, el trabajador puede solicitar al juez la extinción del contrato de trabajo. El artículo 50 ET considera como una justa causa para que el trabajador pueda solicitar al juez la extinción del contrato de trabajo cualquier incumplimiento grave de las obligaciones por parte del empresario. En tal supuesto, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones por despido improcedente: cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 ET).

Una de las novedades de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres consiste en la compatibilidad de la indemnización por extinción del contrato con una indemnización adicional por daños y perjuicios. Desde un punto de vista práctico, había planteado problemas la compatibilidad de la indemnización de daños y perjuicios con las indemnizaciones por despido, en casos tales como los de acoso psicológico al trabajador. Tradicionalmente, las indemnizaciones por despido o por resolución judicial del contrato a instancias del trabajador se han considerado como incompatibles con un nuevo resarcimiento, basado en las normas de derecho civil²⁴⁴. Las SSTs de 11 de marzo (RJ 2004, 3401) y 25 de noviembre de 2004 (RJ 2005, 1058) reiteraron tal incompatibilidad en supuestos de acoso psicológico. Como tal solución no resulta satisfactoria si se produce un atentado a un derecho fundamental del trabajador, la jurisdicción social ha acabado por admitir la compatibilidad entre las indemnizaciones por extinción de la relación jurídica y por daños y perjuicios, si concurre un acoso psicológico²⁴⁵. La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres ha codificado esa doctrina, que protege de forma intensa la seguridad en el empleo, en los supuestos de discriminación o de lesión de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador.

Así, el nuevo párrafo segundo del artículo 26.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) permite reclamar, en el mismo proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, la indemnización derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales conforme a los artículos 182.1 e) y 183 LJS. En su nueva redacción, el artículo 183 LRS dispone que, cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración del

244. SSTs de 22 de enero de 1990 (RJ 1990, 183), 5 de febrero de 1996 (RJ 1996, 849), 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3047) y 31 de mayo de 2006 (RJ 2006, 6133).

245. STS de 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 7176).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda al trabajador por haber sufrido la discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. La indemnización será compatible, en su caso, con la que pueda corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal, no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social; mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

En los casos de falta de justificación del despido, el ordenamiento jurídico distingue entre la improcedencia y la nulidad del despido. El artículo 55.5 ET reserva la calificación del despido nulo a aquel que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, han precisado algunas causas de discriminación, como las relativas al embarazo o a las víctimas de la violencia de género. Pues bien, el despido nulo tendrá, como efecto, la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET). En este sentido, los artículos 113, 282, 283 y 284 LJS aseguran la reintegración obligatoria del trabajador cuyo despido se califique como nulo.

Por otro lado, el despido es improcedente si no queda acreditado el incumplimiento grave y culpable que alega el empresario, o no se respetan los requisitos de forma que establece el artículo 55.1 ET (art. 55.4 ET). El empresario debe optar entre readmitir al trabajador o indemnizarlo con una cantidad de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 ET). En ambos casos,

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

habrá de abonar los salarios de tramitación, desde la fecha en que se produjo el despido hasta la notificación de la sentencia que lo declare improcedente. Tal y como dispone el artículo 56.3 ET, «en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera». La opción entre ambas corresponde al trabajador, cuando se trata de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical; cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión, ésta será obligatoria (art. 56.4 ET).

De forma indirecta, las últimas reformas laborales han liberado al empresario de parte de las indemnizaciones por despido. En la redacción que le ha dado la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, el artículo 56.2 ET permite la exoneración del pago de los salarios de tramitación si el empresario reconoce la improcedencia desde la fecha del despido hasta la de la conciliación²⁴⁶. En concreto, y según el precepto citado, en el supuesto de que la opción entre la readmisión o la indemnización corresponda al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconozca la improcedencia del mismo y ofrezca la indemnización legalmente prevista, depositándola en el juzgado de lo social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización, o cuando no la acepte y el despido se declare improcedente, los salarios de tramitación quedarán limitados a los devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito. Pero la ley 45/2002 añadió un nuevo caso de exoneración del pago de los salarios de tramitación. En su virtud, el empresario queda liberado por completo de la obligación de pagar estos salarios si reconoce la improcedencia y deposita, en el juzgado de lo social, y en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Aunque la ley lo contempla como una excepción, se convertirá, en la práctica, en la regla general. En definitiva, la nueva redacción del artículo 56.2 ET parece ofrecer al empresario un mecanismo para abaratar el coste del despido, limitando y aun suprimiendo la cuantía de los salarios de tramitación. El ofrecimiento es un acto unilateral y espontáneo del empresario, que no precisa de aceptación por parte del trabajador para que se produzca el efecto legal. El hecho de que el depósito se haya configurado como judicial, puede sobrecargar los juzgados de lo social²⁴⁷.

De entre todas las novedades de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre,

246. Vid. GIL, 2003a.

247. Vid. GIL (2003a, pp. 14-15) y los autores que cita.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, las de mayor contundencia afectan al régimen jurídico y al coste del despido. En principio, la ley no modifica la cuantía de las indemnizaciones por despido. La indemnización por despido colectivo y objetivo sigue siendo de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades [arts. 51.8 y 53.1.b) ET]. En los supuestos de despido disciplinario improcedente, si opta por la indemnización, el empresario ha de abonar cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades (art. 56.1 ET). En fin, si el contrato de trabajo para el fomento de la contratación indefinida se extingue por razones objetivas, y el despido resulta improcedente, el empresario debe pagar treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades (DA 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio). Ahora bien, de forma indirecta, la reforma abarata el coste del despido.

En primer término, se restringen las posibilidades de control judicial de las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y, por tanto, será más viable que el empresario pague veinte días por año de servicio, en vez de treinta y tres o cuarenta y cinco [arts. 51.1 y 52.c) ET]. La reforma altera el centro de gravedad de la regulación del despido. Busca así acabar con la anomalía de que cerca del ochenta por ciento de los despidos sean disciplinarios, debido a que el empresario prefiere pagar una indemnización superior, para evitar un proceso laboral largo y lleno de incertidumbre. A partir de ahora, el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción restará parte del protagonismo al despido disciplinario, que ha venido ofreciendo, en nuestro derecho, el régimen común de protección en la materia. Al dilatarse el ámbito del despido colectivo y objetivo, se contrae el del despido disciplinario. Un mayor número de extinciones del contrato se saldará con una indemnización menor a la del despido disciplinario improcedente.

En segundo lugar, la ley aspira a reducir de forma indirecta el coste del despido objetivo improcedente, al generalizar el recurso al contrato para el fomento de la contratación indefinida, con una indemnización por despido objetivo improcedente inferior a la de despido disciplinario improcedente (DA 1ª de la Ley 12/2001, de 9 de julio). La Ley rebaja a un mes, con respecto a los tres que establecía el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, el requisito de estar inscrito ininterrumpidamente como demandante de empleo. El contrato podrá concertarse con mujeres desempleadas para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con un menor índice de empleo femenino, tal y como preveía el Real Decreto-ley y, además, con mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

o acogimiento de menores; desempleadas que se incorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años y víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos. La Ley da también un nuevo plazo para transformar los contratos de duración determinada, incluidos los contratos formativos, que ha vuelto a ampliar el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto. En suma, los trabajadores con un contrato para el fomento de la contratación indefinida percibirán una indemnización inferior a la del despido disciplinario improcedente, cuando el contrato se extinga por causas objetivas y el despido se declare improcedente. Tras la entrada en vigor de la norma, el contrato por tiempo indefinido ordinario queda relegado a los ya vigentes y a los fichajes entre empresas. Como ya he indicado, la reforma no modifica la indemnización por despido de los trabajadores con un contrato de duración indefinida.

Además, respetando las cuantías establecidas para los distintos supuestos de extinción, la ley reduce las cantidades que deben abonar los empresarios en caso de despido colectivo u objetivo. De forma transitoria, el Fondo de Garantía Salarial se hará cargo del pago de ocho días de indemnización, en los despidos individuales o colectivos (DT 3ª de la Ley 35/2010). Antes de la reforma, el Fondo de Garantía Salarial sólo abonaba el 40 % del coste del despido colectivo u objetivo procedente, si la empresa tenía menos de veinticinco trabajadores (art. 33.8 ET). El preámbulo de la ley recalca que, de este modo, se preserva el compromiso del Gobierno de mantener los derechos de los trabajadores y aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos. Y añade que la medida no supone una asunción por el Estado de una parte de los mismos, ya que se instrumenta a través de un organismo público que se nutre exclusivamente de cotizaciones empresariales. El Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, ha modificado la DT 3ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

Es significativa la socialización del riesgo que supone la participación coyuntural y transitoria del Fondo de Garantía Salarial en el pago de una parte de las indemnizaciones, hasta que se adapte a nuestro derecho el denominado modelo austriaco, mediante la creación de un fondo de capitalización individual, mantenido a lo largo de toda la vida laboral (DA 10ª de la Ley 35/2010). En este sentido, y previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, el Gobierno disponía del plazo máximo de un año, a partir del 18 de junio de 2010, para aprobar un proyecto de ley en la materia. En la redacción dada por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, la disposición adicional 10ª de la Ley 35/2010 preceptúa ahora que, teniendo presente la situación de la economía y del empleo y su previsible evolución, así como el informe elaborado por el grupo de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

expertos constituido según lo dispuesto en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones de 2 de febrero de 2011, el Gobierno desarrollará durante el primer semestre de 2013 un proceso de negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas sobre, la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un fondo de capitalización para los trabajadores, mantenido a lo largo de su vida laboral, por una cantidad equivalente a un número de días de salario por año de servicio a determinar. El fondo de capitalización se financiará con las aportaciones empresariales, y podrá hacerse efectivo en caso de despido, para reducir una parte de la indemnización a cargo del empresario, de movilidad geográfica o para el desarrollo de actividades de formación. La parte que no se emplee se percibirá en la jubilación. En el marco del indicado proceso de negociación, y en función de sus resultados, se abordará igualmente la vigencia de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

En suma, el juego conjunto de los preceptos examinados produce un abaratamiento de los costes de despido. El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por faltas de asistencias al trabajo resulta más fácil, se generaliza el contrato para el fomento de la contratación indefinida, y el Fondo de Garantía Salarial se hace cargo de una parte de la indemnización, hasta que se constituya el fondo individual de capitalización. La reforma no altera la cuantía de las indemnizaciones, pero pretende animar al empresario a que contrate por tiempo indefinido, a cambio de reducir, en la práctica, el coste del despido. Llama la atención el hecho de que, como en ocasiones anteriores, la reforma haya optado por vías indirectas para aliviar a las empresas de parte de los costes del despido. Tal circunstancia demuestra que, aun hoy, la indemnización por despido constituye un tabú, y que resulta difícil enjuiciarla sin prejuicios y con realismo²⁴⁸. Pero la reforma laboral que se anuncia de nuevo afectará, de forma directa o indirecta, a las indemnizaciones por despido.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Para millones de seres humanos de todo el mundo, sigue siendo un objetivo lejano el disfrute pleno del derecho a un trabajo libremente escogido o aceptado²⁴⁹. El trabajo forzado, el desempleo de larga duración, la

248. GIL, 2009b.

249. *Vid.* OG 18, ap. 4. El Comité reconoce la existencia de obstáculos estructurales y de otra naturaleza resultantes de factores internacionales y otros factores ajenos a la voluntad de los Estados que obstaculizan la plena aplicación del art. 6 en gran número de Estados Partes en el PIDESC.

Capítulo VII. El derecho a un trabajo digno

prestación de servicios en la economía sumergida, los contratos de duración ínfima, el salario insuficiente, los riesgos para la seguridad y salud laboral, la falta de protección adecuada contra el despido injustificado, menoscaban el derecho al trabajo, atentan contra la dignidad del ser humano e impiden el libre desarrollo de la personalidad y la realización de otros derechos fundamentales.

En la actualidad, el impacto de la crisis económica y financiera se ha hecho sentir con fuerza en los países desarrollados, como España. Las implicaciones inmediatas de la crisis se manifiestan en menores tasas de crecimiento en todos los países y recesión en algunos de ellos, con un aumento de las tasas de desempleo, menores oportunidades de empleo y un aumento de las situaciones de inserción laboral precaria. España tiene la tasa de paro más alta de la OCDE y de la Unión Europea²⁵⁰. Las organizaciones internacionales y los gobiernos tratan de paliar los efectos demoledores de la crisis. Así pues, uno de los mayores retos con que se enfrentan los Estados consiste en el logro de la justicia social para una globalización equitativa²⁵¹ y de una recuperación productiva centrada en la inversión, el empleo y la protección social²⁵².

El desarrollo del derecho al trabajo y la consecución del pleno empleo constituyen un objetivo primordial del Estado social. Aunque no atribuye a sus titulares el derecho absoluto e incondicionado a obtener o a conservar un empleo, el derecho al trabajo posee un contenido normativo, que vincula a los poderes públicos y confiere a los trabajadores derechos e intereses legítimos, que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o abstención de los particulares o de los poderes públicos, que suponen una barrera protectora del trabajador frente a conductas discriminatorias o arbitrarias, y que pueden exigirse ante los jueces y tribunales. Mediante las políticas activas y pasivas de empleo y la lucha contra la exclusión social, los poderes públicos pueden contribuir al logro de una igualdad real de los individuos en la sociedad. Asimismo, el derecho al trabajo otorga una protección contra el despido injustificado o la jubilación obligatoria. Cada avance en la realización del derecho a un trabajo digno supone un paso importante en la consecución de la justicia social.

250. La tasa de desempleo es del 22,9 %, en noviembre de 2011, según EUROSTAT.

251. En este sentido, *vid.* la Declaración de ese mismo nombre de la OIT, 2008.

252. Sobre el particular, *vid.* el Pacto Mundial para el Empleo, aprobado por la OIT, 2009b.

Capítulo VIII

El derecho a la Seguridad Social*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El punto de partida de las políticas de protección social se sitúa en la Comisión de Reformas Sociales (1883), encargada del estudio de las cuestiones relacionadas con la mejora y el bienestar de la clase trabajadora. En 1900, se crea el primer seguro social: la Ley de Accidentes de Trabajo. En 1908, aparece el Instituto Nacional de Previsión, en el que se integran las cajas que gestionan los seguros sociales que van surgiendo¹. Más tarde, los mecanismos de protección desembocan en una serie de seguros sociales, entre los que destacan el Retiro Obrero (1919), el Seguro Obligatorio de Maternidad (1923), el Seguro de Paro Forzoso (1931), el Seguro de Enfermedad (1942) y el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) (1947). La protección que dispensaban estos seguros pronto se mostró insuficiente, lo que llevó a la aparición de otros mecanismos de protección, articulados a través de las Mutualidades laborales, organizadas por sectores laborales y cuyas prestaciones tenían como finalidad completar la protección preexistente. Dada la multiplicidad de Mutualidades, este sistema de protección condujo a desigualdades de trato entre la población laboral, produjo desequilibrios financieros e hizo muy difícil una gestión racional y eficaz.

* Por José Luis GIL Y GIL.

1. Vid. SAGARDÓY (1970, pp. 10 y ss.), ALARCÓN (1999, pp. 21 y ss.), ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, pp. 39 y ss.), DESDENTADO (2002, pp. 11 y ss.), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 49 y ss.) y, asimismo, http://www.seg-social.es/Internet_1/LaSeguridadSocial/HistoriadelaSeguridad47711/index.htm acerca de la formación histórica del sistema español de Seguridad Social, y ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, pp. 26 y ss.) sobre la evolución histórica de la Seguridad Social en general.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Constitución de 1931 disponía, en su artículo 46.2, que «la República asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad; la jornada de trabajo y salario mínimo y familiar; las vacaciones anuales remuneradas; las condiciones del obrero español en el extranjero; las instituciones de cooperación; la relación económico-jurídica de los factores que integran la producción; la participación de los obreros en la dirección, la administración y los beneficios de las empresas y todo cuanto afecte a la defensa de los trabajadores».

Por su parte, el artículo 28 del Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945, señalaba que «el Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que puedan ser objeto de seguro social».

Pues bien, la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de bases de la Seguridad Social, pretendió crear un sistema de Seguridad Social, donde antes sólo existía un conjunto asistemático de seguros sociales². De ella y de su texto articulado, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, arranca el sistema vigente de Seguridad Social. El objetivo principal de la Ley de bases era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, vigente desde el 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían sistemas antiguos de cotización alejados de los salarios reales de los trabajadores. Otra carencia era la falta de revalorizaciones periódicas. Tampoco se plasmó la tendencia a la unidad, al pervivir una multitud de organismos superpuestos.

La Ley 24/1972, de 21 de julio, de financiación y perfeccionamiento de la Seguridad Social, introdujo modificaciones importantes, que recogió la

2. ALONSO OLEA, 1964, p. 463. Tal y como destaca ALARCÓN (1999, p. 38), el preámbulo de la Ley de bases de Seguridad Social dice, con toda nitidez, que «conseguida ya la cobertura de los riesgos básicos, comunes y profesionales –respecto de los trabajadores por cuenta ajena especialmente–, parece llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social»; y añade que «con ello se va más allá de la simple sistematización y ajuste de los regímenes ya establecidos», lo que demuestra que el legislador de 1963 era muy consciente de la diferencia cualitativa entre los seguros sociales y la Seguridad Social.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

Ley General de la Seguridad Social, de 30 de mayo de 1974. Intentó corregir los problemas financieros existentes, pero los agravó, al aumentar la acción protectora, sin establecer los correspondientes recursos que le dieran cobertura financiera³.

En vísperas de aprobarse la CE, el Texto Refundido de la LGSS experimentó una modificación importante, por obra del Real Decreto-ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre gestión institucional de la Seguridad Social, la salud y el empleo. Según lo acordado en los Pactos de la Moncloa, de 1977, el Real Decreto-ley crea un sistema de participación institucional de los agentes sociales para favorecer la transparencia y la racionalización de la Seguridad Social, y establece un nuevo sistema de gestión. Aparecen así las entidades gestoras de la Seguridad Social: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), para la gestión de las prestaciones económicas del sistema; el Instituto Nacional de Salud (INSALUD), para las prestaciones sanitarias; el Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO), para la gestión de los servicios sociales; el Instituto Social de la Marina (ISM), para la gestión de los trabajadores del mar, y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), como caja única del sistema, que actúa bajo el principio de solidaridad financiera⁴.

3. Según advierte ALARCÓN (1999, p. 39), la Ley 24/1972, de 21 de junio, estableció un principio de gran importancia: la cotización en función de los salarios realmente percibidos, y no por bases tarifadas, que estaban muy lejos de dichos salarios, lo que resulta trascendente para la suficiencia de las prestaciones que otorga el sistema, cuya cuantía se vincula estrechamente a la de las cotizaciones previas. Al refundirse con el Texto Articulado de 1966, esa ley de 1972 dio lugar al Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. ALARCÓN (1999, p. 40) concluye que, pese a las reformas, y a las buenas intenciones que mostraba la Ley de bases de 1963, el sistema de Seguridad Social previo a la Constitución era, más bien, un conjunto de seguros sociales sistematizados, y no un verdadero sistema de Seguridad Social, «por cuanto ni programáticamente, ni mucho menos desde el punto de vista de su realidad empírica, cumplía satisfactoriamente los requisitos que ya en 1942 había establecido BEVERIDGE como caracterizadores de un sistema de Seguridad Social».
4. El Instituto Nacional de Salud pasará a denominarse posteriormente Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGS). A su vez, el Instituto Nacional de Servicios Sociales pasará a llamarse Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMMERSO) y luego Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMMERSO). Culminado el proceso de traspaso a las Comunidades Autónomas, al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria le corresponde la gestión de los derechos y obligaciones del INSALUD, así como las prestaciones sanitarias en el ámbito territorial de las ciudades de Ceuta y Melilla. En la actualidad, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMMERSO) posee competencias en materia de personas mayores, incorporando, entre ellas, las que se deriven de la creación y puesta en funcionamiento del sistema de protección a las personas en situación de dependencia y el desarrollo de políticas y programas en relación con el envejecimiento activo de la población. Asimismo, le corresponde la gestión de los servicios sociales complementarios del sistema de la Seguridad Social y la gestión de los planes, progra-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Así pues, el modelo legal de Seguridad Social previo a la Constitución era, esencialmente, de carácter profesional o contributivo.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

La CE menciona la Seguridad Social en varios preceptos. El genérico y fundamental es el artículo 41, que dispone: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres»⁵.

En su artículo 35, el Anteproyecto Constitucional (BOC de 5 de enero de 1978) indicaba: «Los poderes públicos asumen la obligación prioritaria de fomentar una política que asegure el pleno empleo y la formación y readaptación profesionales; velar por la seguridad e higiene en el trabajo; garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, vacaciones periódicas retribuidas y la programación de centros adecuados y proteger y mantener un régimen público de Seguridad Social para todos».

La Ponencia Constitucional (BOC de 17 de abril de 1978) introdujo variaciones en la redacción constitucional, que han dado lugar a la existencia de tres artículos diferentes. Convirtió el artículo 35 de la Ponencia en tres artículos (36, 37 y 38), de los que sólo interesa reproducir ahora el 37, que constituye el antecedente claro del artículo 41 CE, mientras que el artículo 36 dará lugar al artículo 40 y el 38 al 42. La redacción del artículo 37 es la siguiente: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice prestaciones sociales dignas y suficientes y el seguro de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres». La Comisión Constitucional (BOC de 1 de julio de 1978), así como el Pleno del Congreso (BOC de 24 de julio de 1978), mantienen la misma redacción.

mas y servicios de ámbito estatal para personas mayores y para personas con dependencia. Finalmente, se atribuye al IMSERSO la elaboración de propuestas de normativa básica que garanticen la igualdad de los ciudadanos y el desarrollo de políticas de cohesión social interterritorial en relación con las materias antes enumeradas.

5. Vid. VILLA y DESDENTADO (1980^a, pp. 149 y ss.), PALOMEQUE (1980), ÁLVAREZ DE LA ROSA (1982), RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985), VIDA (1983, 1996 y 2006), MARTÍN VALVERDE (1988, pp. 65 y ss.), BORRAJO (1991), SÁNCHEZ-URÁN (1995), LÓPEZ DEL POZO (1998), ALARCÓN (1999, pp. 45 y ss.), GARRIDO (2001), MONEREO (2002), VILLA (2003, pp. 75 y ss.), APARICIO (2003), LÓPEZ LÓPEZ (2005), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 75 y ss.), OJEDA (2006), VALLE y RABANAL (2007, pp. 12 y ss.), RODRÍGUEZ-PIÑERO (2008) y MERCADER (2009a). En palabras de VALLE y RABANAL (2007, p. 12), el art. 41 CE es especialmente importante, porque otorga una base constitucional al sistema y refuerza su permanencia.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

La Comisión de Constitución del Senado (BOC de 6 de octubre de 1978) redacta así el artículo 41: «Un régimen público de Seguridad Social garantizará las prestaciones sociales y sanitarias a todos los ciudadanos, así como el desempleo». El Pleno del Senado (BOC de 13 de octubre de 1978) mantiene la misma redacción.

La Comisión Mixta Congreso-Senado (BOC de 28 de octubre de 1978) dará la redacción definitiva al precepto.

Deben tenerse en cuenta, además, las disposiciones relativas a aspectos parciales o específicos del sistema: el derecho a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social de los condenados a penas de prisión (art. 25.2 CE)⁶, la protección de la familia (art. 39.1 CE)⁷, el pleno empleo (art. 40 CE)⁸ y la protección de la salud (art. 43 CE)⁹, de las personas con discapacidad (art. 49)¹⁰ y de la tercera edad (art. 50 CE)¹¹. Salvo el artículo 25.2, los demás preceptos citados se hallan en el capítulo III del título primero de la CE, que regula los principios rectores de la política social y económica. Por otra parte, el artículo 129.1 CE prevé la participación de los interesados en el control y vigilancia de la gestión de la Seguridad Social. En concreto, dispone que «la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o la bienestar general»¹².

El modelo constitucional de Seguridad Social es abierto y flexible¹³. Aun cuando el artículo 41 CE no permite el acceso al recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha perfilado aspectos importantes del régimen jurídico de la Seguridad Social¹⁴. En primer lugar, ha aclarado el sentido del

-
6. COBO y BOIX (1983, pp. 96 y ss.), PALOMEQUE (1991, pp. 26 y ss. y 1996, pp. 15-16), SASTRE (1996, pp. 84 y ss. y 137 y ss.), SERRANO (2001), MARTÍNEZ ABASCAL (2003, pp. 1307-1308 y 1330-1331) y SÁNCHEZ TORRES (2009).
 7. ESPÍN (1996), GÁLVEZ (2001a), GARCÍA NINET y RIVAS (2002) y CACHÓN (2009).
 8. ECHEVARRÍA (1996), GÁLVEZ (2001b), MONEREO y MOLINA (2002a) y MATÍA (2009).
 9. BORRAJO (1996), CAZORLA (2001a), APARICIO (2002) y SANTIAGO (2009).
 10. VIDA (1996b), GÁLVEZ (2001c), MONEREO y MOLINA (2009b) y RODRÍGUEZ-PIÑERO (2009).
 11. SAGARDOY y SAGARDOY DE SIMÓN (1996), GÁLVEZ (2001d), MONEREO y MOLINA (2002c) y GOÑI (2009).
 12. GONZALO y FERRERAS (1980), MANRIQUE (1984), CAZORLA (2001b), RODRÍGUEZ-SAÑUDO (2002) y MERCADER (2009b).
 13. SÁNCHEZ-URÁN (1995) y ALONSO OLEA (1995, p. 11). La expresión «modelo constitucional de Seguridad Social» aparece, p. ej., en la STC 268/1993. Sin embargo, en opinión de APARICIO (2003, p. 788), no hay modelo alguno de Seguridad Social en la Constitución. *Vid.* en SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 31 y ss.) un análisis de las distintas opiniones doctrinales acerca de si existe o no dicho modelo. *Vid.*, asimismo, las reflexiones de ALARCÓN, 1999, pp. 54 y ss.
 14. *Vid.*, entre otros, BORRAJO (1991, pp. 1496 y ss.), GONZÁLEZ ORTEGA (1991), GARCÍA NINET (dir.) (1996), GARCÍA-PERROTE (1997), LÓPEZ DEL POZO (1998, pp. 1867 y ss.),

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

carácter público y de la función del Estado en la Seguridad Social¹⁵. En segundo término, ha controlado el respeto, por parte del legislador, de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación¹⁶. Así, ha analizado la diversidad de los regímenes de seguridad de acuerdo con el principio de igualdad¹⁷, y la constitucionalidad de la exigencia de vínculo matrimonial entre el causante y la persona beneficiaria para que ésta tenga derecho a la pensión de viudedad¹⁸. También ha declarado que vulnera los derechos a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminaciones por razón de sexo la determinación de los períodos de cotización de las prestaciones de Seguridad Social computando exclusivamente las horas trabajadas, en perjuicio de las trabajadoras a tiempo parcial¹⁹. Asimismo, ha enjuiciado a la luz del principio de no discriminación los requisitos legales para el acceso de los hombres a la pensión de viudedad²⁰ o de los hijos extramatrimoniales en la indemnización de orfandad²¹. En tercer lugar, y como veremos luego, ha admitido la constitucionalidad de ciertas medidas adoptadas por el legislador para racionalizar los gastos de la Seguridad Social²².

ALARCÓN (2001), APARICIO (2003, pp. 801 y ss.), SEMPERE y CARDENAL (2007) y MERCADER (2009^a, pp. 1050 y ss.).

15. SSTC 103/1983, 65/1987, 37/1994 y 206/1997. *Vid.* también el voto particular a la STC 253/2004.
16. *Vid.* PUMAR (2001) y MERCADER (2009^a, pp. 1047 y ss.) acerca de la igualdad ante la ley y la discriminación en el ámbito de la Seguridad Social.
17. *Vid.* en LUJÁN y SÁNCHEZ-TRIGUEROS (2003) un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre los regímenes especiales de la Seguridad Social.
18. SSTC 29, 30, 31, 35 y 38/1991, 77/1991 y 29/1992 y, en la doctrina, SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 86 y ss.
19. STC 253/2004.
20. *Vid.* las SSTC 103/1983, 104/1983 y 184/1990 y, en la doctrina, SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 84 y ss.
21. La STC 154/2006 considera que la condición prevista en el art. 29.2.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967, relativa a que no se reconozca a los huérfanos absolutos el derecho a indemnización especial a tanto alzado, en caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional cuando no haya pensión de viudedad, implica una discriminación indirecta por razón de filiación. En efecto, la aplicación de tal norma hace de peor condición a los hijos habidos fuera del matrimonio con respecto a los hijos matrimoniales, tal como reconoce la Dirección General de la Ordenación de la Seguridad Social, en su Resolución de 28 de julio de 2006, por la que se da una interpretación distinta a la orden referida, a fin de garantizar la plena equiparación de derechos de los hijos, sean o no matrimoniales. Desde el año 2000, y en especial en los informes de los años 2000 y 2004, el Defensor del Pueblo ha venido instando al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la modificación de la cobertura de la pensión de orfandad absoluta al vincularse con la percepción de la pensión de viudedad, en atención a criterios de solidaridad contributiva y equidad. Con la STC y la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, el Defensor del Pueblo (*Informe 2007*, pp. 465-466) considera que no existe ningún impedimento legal para que se lleve a cabo el citado cambio normativo.
22. *Vid.*, *infra*, 6.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

Por lo que hace a la distribución de competencias, el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17^a CE)²³. El Tribunal Constitucional aplica dos criterios, material y formal, para identificar la normativa básica. Según el primero, la normativa básica se compone de los principios básicos que se deducen de la legislación vigente, y que aseguran unitariamente, y con cierta estabilidad, los intereses generales derivados del bloque de constitucionalidad en todo el territorio nacional. De acuerdo con el segundo, la normativa básica suele contenerse en las normas de rango superior, esto es, en las leyes²⁴. También ha precisado el Tribunal Constitucional qué ha de entenderse por régimen económico de la Seguridad Social. En una decisión muy contestada en su propio seno, el Tribunal Constitucional señaló, en su día, que la competencia estatal sobre el régimen económico de la Seguridad Social no se reducía al ámbito normativo, sino que se extendía al ámbito ejecutivo en todo aquello que se refiriese a la unidad del sistema español de Seguridad Social garantizadora de la igualdad entre todos los ciudadanos²⁵.

Aparte de la potestad ejecutiva de los servicios de la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia social (art. 148.1.20^a CE)²⁶. El Tribunal Constitucional ha distinguido entre una asistencia social propia o interna al sistema de Seguridad Social y una asistencia social impropia o externa del mismo, por ser competencia de las Comunidades Autónomas; y, de acuerdo con esa doctrina, ha declarado lícitas las ayudas establecidas por la Junta de Andalucía para los beneficiarios de las pensiones no contributivas del sistema²⁷. En la actuali-

23. *Vid.* ALONSO OLEA (1979, pp. 73-74, y 1980, pp. 55 y ss.), VILLA y DESDENTADO (1980^a, pp. 170 y ss. y 1980b, pp. 433 y ss.), MULAS (1985), PALOMEQUE (1991, pp. 103 y ss.), BORRAJO (1991, pp. 1502 y ss.), FRAGA (1992), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 82 y ss.) y MARTÍNEZ-GIJÓN (2005).

24. SSTC 109/2003 y 152/2003.

25. STC 124/1989. *Vid.* también la STC 27/1983, sobre la competencia estatal en el régimen económico de la Seguridad Social.

26. La citada asistencia es un mecanismo protector de situaciones específicas de necesidad sentidas por grupos de la población situados normalmente, pero no necesariamente, fuera del sistema de Seguridad Social, y que otorga prestaciones con independencia de las aportaciones previas de sus potenciales beneficiarios (SSTC 76/1986 y 239/2002). Por lo demás, la asistencia social comprende la que dispensan directamente los entes públicos o la que otorgan las entidades públicas cuando actúan fomentadas y controladas por los poderes públicos (STC 146/1986).

27. Según ha declarado el Tribunal Constitucional, y tal y como señalan VALLE y RABANAL (2007, p. 24), una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de constitucionalidad permite inferir la existencia de una asistencia social interna al sistema de Seguridad Social y otra externa de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (SSTC 76/1986 y 239/2002). De la CE parece deducirse que ambas modalida-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dad, en el ejercicio de su competencia en materia de asistencia social, las Comunidades Autónomas pueden complementar las pensiones públicas de carácter no contributivo²⁸. Pero las relaciones entre la Seguridad Social y la asistencia social autonómica siguen sin ser pacíficas. Comunidades autónomas como Navarra y Andalucía han aprobado ayudas dirigidas a incrementar las pensiones de viudedad.

En fin, al igual que las corporaciones locales, las Comunidades Autónomas tienen también competencia en materia de servicios sociales²⁹. Tales servicios, que pueden incluirse en el nivel complementario del sistema de Seguridad Social, pueden ser propios del sistema de Seguridad Social o competencia de las Comunidades Autónomas, creados por las corporaciones locales, o incluso prestados por entidades privadas (ONG)³⁰. A los primeros se refiere la legislación de Seguridad Social, que los contempla a favor de las

des de asistencia social deben coexistir: el legislador estatal no puede dilatar tanto la asistencia social propia del sistema de Seguridad Social que no deje margen para desarrollar la asistencia social de las Comunidades Autónomas; por otro lado, las Comunidades Autónomas tampoco pueden invadir el terreno de la asistencia social de la Seguridad Social (STC 239/2002). Ahora bien, el Estado puede intervenir en la asistencia social de las Comunidades Autónomas con varios condicionantes: en primer lugar, tan sólo cuando las actuaciones de asistencia social desborden el marco de las Comunidades Autónomas; en segundo lugar, regulando la asistencia, pero reservando la ejecución de las medidas que la componen a los organismos autonómicos, siempre que sea posible, porque no peligre el interés general y la igualdad de derechos de los ciudadanos (STC 146/1986). *Vid.* ALARCÓN (1999, pp. 50 y ss.) y MARTÍNEZ-GIJÓN (2005) sobre las relaciones entre la Seguridad Social y la asistencia social.

28. En la etapa de Gobierno de Aznar, el legislador trató de corregir la interpretación del Tribunal Constitucional. Para impedir posibles acciones extensivas de las Comunidades Autónomas en el terreno de la asistencia social, el art. 1.2 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, añadió un apartado cuarto al art. 38 LGSS, del siguiente tenor: «Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones económicas de la Seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social». Con el Gobierno socialista, la Ley 4/2005, de 22 de abril, ha modificado el apartado, que reza ahora: «Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley». El precepto continúa: «Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas».
29. La LBRL atribuye competencias a los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales [art. 25.2.k) y 36.1.c)]. Así, los municipios tienen competencias en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social (art. 25 LBRL). Los municipios con más de 20.000 habitantes tienen la obligación de asegurar los servicios sociales (art. 26 LBRL).
30. VALLE y RABANAL, 2007, p. 22.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

personas discapacitadas y de quienes han llegado a la tercera edad³¹. Por la ausencia de carácter institucional propio, los artículos 148 y 149 CE no mencionan los servicios sociales. Las Comunidades Autónomas los recogen en sus Estatutos de Autonomía, basándose en el artículo 148.1.20ª CE. Tal competencia se plasma en la promulgación de diversas Leyes de Servicios Sociales. El concepto común de los servicios sociales en las distintas Comunidades Autónomas viene a ser el de medios de lucha contra la marginación de los residentes en esos territorios³². Por su parte, los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales coordinan sus competencias con las Comunidades Autónomas.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, da una regulación que aspira a ser coordinada de los servicios sociales que prestan los poderes públicos y las instituciones privadas. De esa regulación se deduce que el sistema de Seguridad Social participa a través de este nivel complementario en la atención a las personas en situación de dependencia. Aun importante, su participación no es la principal³³.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

El derecho a la Seguridad Social se ha reafirmado categóricamente en el derecho internacional³⁴. La dimensión de derecho humano de la Seguridad Social aparece de forma nítida en la Declaración de Filadelfia, de 1944, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que reconoce la obligación solemne de la organización de fomentar, en todas las naciones del mundo, programas que permitan «extender las medidas de Seguridad Social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa»³⁵. A su vez, el artículo 25.1

31. Arts. 38.1.e), 53 y 54 LGSS.

32. MARTÍNEZ-GIJÓN, 2005, p. 75.

33. *Vid.* VALLE y RABANAL, 2007, p. 22. Los autores añaden que esa situación queda patente en la exposición de motivos de la ley, en la que puede leerse que si los elementos fundamentales del modelo de Estado del bienestar se centraban, en 1978, «en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia».

34. *Vid.* OG 19, ap. 6 y DESDENTADO (2002, pp. 46-47), MOTOYA (dir.) (2005, pp. 68 y ss.), LABORDE (2005, pp. 208 y ss.), OJEDA (2006, pp. 937 y ss.) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 29-30).

35. *Vid.* sección III, párrafo f). SUPIOT (2010) subraya que el espíritu de Filadelfia, y los ideales de justicia social que encarna, conservan toda su actualidad en un mundo globalizado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

DUDH considera la Seguridad Social como un derecho humano, al estipular que toda persona tiene derecho a «los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

Desde entonces, varios instrumentos han reconocido el derecho a la Seguridad Social en el ámbito universal. Así, el artículo 9 PIDESC dispone que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social»³⁶. El 23 de noviembre de 2007, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha aprobado la Observación General n° 19, sobre el derecho a la Seguridad Social (OG 19). Cabe mencionar también el apartado iv) del inciso e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; los artículos 11.1.e) y 14.2.c) de la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 1979, y el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. De igual modo, distintos Convenios de la OIT recogen las obligaciones de los Estados partes de prestar la Seguridad Social para proteger contra riesgos ya identificados. Entre ellos, hay que destacar el Convenio n° 102, de 1952, relativo a la norma mínima de Seguridad Social, y el Convenio n° 121, de 1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales³⁷. En su 89ª sesión, celebrada en 2001, la Conferencia Internacional del Trabajo, compuesta por Estados y representantes de los empresarios y trabajadores, ha afirmado que la Seguridad Social es «un derecho humano fundamental y un instrumento esencial para crear cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social»³⁸. Emanada de la misma autoridad que la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, esta afirmación significa claramente que la lista de los derechos fundamentales no se agota

36. Y el art. 12 añade que «los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental», lo que exige, entre otras cosas, «la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad».

37. *Vid.* también el Convenio n° 103, de 1952, sobre la protección de la maternidad (revisado); el Convenio n° 118, de 1962, sobre la igualdad de trato (Seguridad Social); el Convenio n° 128, de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; el Convenio n° 130, de 1969, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; el Convenio n° 157, de 1982, sobre la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social; el Convenio n° 168, de 1988, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; el Convenio n° 175 y la Recomendación n° 182, de 1994, sobre el trabajo a tiempo parcial, y el Convenio n° 177 y la Recomendación n° 184, de 1996, sobre el trabajo a domicilio.

38. OIT, 2001, ap. 2.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

en los cuatro principios concernientes a los derechos fundamentales que fija el artículo 2 de la Declaración de 1998, y que la prioridad de acción de esos cuatro principios puede abrir paso a otras cuestiones. Afrontando así los derechos de protección social, que trascienden el ámbito de las relaciones laborales, la Conferencia Internacional del Trabajo completa la Declaración de 1998, centrada en los derechos fundamentales en el trabajo³⁹.

En el plano regional, mencionan también el derecho a la Seguridad Social los artículos 12, 13 y 14 de la CSE de 1961⁴⁰, y los artículos 12, 13 y 14 de la CSE (revisada), de 1996⁴¹.

39. SUPLOT, 2006, pp. 10-11.

40. El art. 12 de la Parte I de la CSE, de 1961, indica que «todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social». Bajo el epígrafe «Derecho a la Seguridad Social», el art. 12 de la Parte II de esa Carta precisa: «Para garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social, las partes contratantes se comprometen: 1) A establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. 2) A mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio Internacional del Trabajo (número 102) sobre normas mínimas de Seguridad Social. 3) A esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social. 4) A adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) La igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes. b) La concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes». El art. 13 CSE establece los compromisos de las partes contratantes para garantizar el derecho a la asistencia social y médica, y el art. 14, el derecho a los beneficios de los servicios sociales.

41. Bajo la rúbrica «Droit à la sécurité sociale», el art. 12 de la Parte I de la CSE (revisada) reconoce que «tous les travailleurs et leurs ayants droit ont droit à la sécurité sociale». El art. 12 de la Parte II preceptúa: «En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, les Parties s'engagent: 1) à établir ou à maintenir un régime de sécurité sociale; 2) à maintenir le régime de sécurité sociale à un niveau satisfaisant, au moins égal à celui nécessaire pour la ratification du Code européen de sécurité sociale; 3) à s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus haut; 4) à prendre des mesures, par la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux appropriés ou par d'autres moyens, et sous réserve des conditions arrêtées dans ces accords, pour assurer: a) l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties et les ressortissants des autres Parties en ce qui concerne les droits à la sécurité sociale, y compris la conservation des avantages accordés par les législations de sécurité sociale, quel que puissent être les déplacements que les personnes protégées pourraient effectuer entre les territoires des Parties; b) l'octroi, le maintien et le rétablissement des droits à la sécurité sociale par des moyens tels que la totalisation des périodes d'assurance ou d'emploi accomplis conformément à la légis-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el Derecho de la Unión Europea, el TFUE se refiere a la Seguridad Social en varios preceptos⁴². Por lo pronto, la Seguridad Social se contempla en las disposiciones relativas a la libre circulación de personas. En virtud del artículo 48 TFUE, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de Seguridad Social, las medidas necesarias para garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes, los principios internacionales de Seguridad Social: la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas, y el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros. Según el precepto, cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de Seguridad Social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo: devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado.

Los textos básicos en la materia son: el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del mismo⁴³. Dada la dificultad para armonizar los distintos sistemas de Seguridad Social, la Unión Europea se ha conformado con la posibilidad de dictar normas que garanticen: que los trabajadores de un Estado miembro que se desplacen a trabajar a otro reciban la misma protección en materia de Seguridad Social que este último Estado dispensa a sus nacionales; que lo cotizado en los distintos Estados miembros de la Unión se tome

lation de chacune des Parties». El art. 13 regula el derecho a la asistencia social y médica, y el art. 14, el derecho al beneficio de los servicios sociales.

42. Vid. DESDENTADO (2002, pp. 47 y ss.), VIVES (2005), MONTOYA (dir.) (2005, pp. 72 y ss.), LABORDE (2005, pp. 213 y ss.) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 25 y ss.). El Tratado de Lisboa ha modificado algunos de los preceptos relativos a la Seguridad Social.

43. El Reglamento (CE) n° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, ha modificado el Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y ha determinado el contenido de sus anexos. El Reglamento n° 987/2009, de 16 de septiembre de 2009, ha entrado en vigor el 1 de mayo de 2010 (art. 97). Vid. CARDENAL y HIERRO, 2009.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

en cuenta de manera conjunta para posibilitar el acceso a las prestaciones que otorguen los sistemas nacionales, y que las prestaciones causadas no puedan mermarse o modificarse como consecuencia del cambio de residencia de los trabajadores dentro de la Unión Europea⁴⁴.

El Tratado menciona también la Seguridad Social al regular la política social comunitaria. En la redacción del Tratado de Lisboa, el nuevo artículo 9 TFUE dispone que, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta, entre otras, las exigencias relacionadas con la garantía de una protección social adecuada. El artículo 151 TFUE establece, como objetivo de la Comunidad, el logro de una protección social adecuada. Para la consecución de este objetivo, la Comunidad apoyará y complementará la acción de los Estados miembros en el ámbito de la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores [art. 153.1.c) TFUE]. En este ámbito, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones (art. 153.2 TFUE). La Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones, en particular, en materia de Seguridad Social (art. 156 TFUE). El artículo 160 TFUE prevé la creación de un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de protección social entre los Estados miembros y con la Comisión.

Reconocen también el derecho a la Seguridad Social: la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, de 2000⁴⁵, que posee el mismo valor jurídico que los Tratados tras la entrada en vigor del Tratado de

44. VALLE y RABANAL, 2007, pp. 26-27.

45. En el título IV sobre la solidaridad, el art. 34 CDF dispone: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos tales como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales». El derecho a la Seguridad Social no se incorpora a la Carta como un derecho subjetivo clásico, sino como un principio de la política social, con el fin de posibilitar que, en su desarrollo por la Unión o por los Estados miembros, quepan diferentes opciones de política económica. La interpretación anterior se refuerza con la lectura de la frase que lo somete a las modalidades establecidas por el derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. *Vid.*, en este sentido, GIL y USHAKOVA (2002, p. 99 y 2003, p. 110) y, asimismo, el comentario de BRAIBANT, 2001, pp. 189 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Lisboa⁴⁶, y la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989⁴⁷.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Con la implantación de la democracia, y la aprobación de la Constitución, se produjeron una serie de reformas en los distintos campos que configuran el sistema de la Seguridad Social.

En la década de los ochenta, se llevaron a cabo una serie de medidas encaminadas a mejorar y perfeccionar la acción protectora al extender las prestaciones de los colectivos no cubiertos y dar una mayor estabilidad económica al sistema de la Seguridad Social. Entre estas medidas, cabe citar el proceso de equiparación paulatina de las bases de cotización con los salarios reales, la revalorización de las pensiones en función de la variación del índice de precios al consumo, la ampliación de los períodos necesarios para acceder a las prestaciones y para el cálculo de las pensiones, la simplificación de la estructura de la Seguridad Social, el inicio de la separación de las funciones de financiación, de forma que las prestaciones de carácter contributivo se fuesen financiando a cargo de las cotizaciones sociales, mientras que las de naturaleza no contributiva encontrasen su cobertura financiera en la ampliación general. Este proceso va a permitir la progresiva generalización de la asistencia sanitaria. En esa década, se crea la Gerencia de Informática de la Seguridad Social, para coordinar y controlar la actuación de los servicios de Informática y proceso de datos de las distintas Entidades Gestoras. La década de los noventa supuso una serie de cambios sociales, como la mayor movilidad en el mercado de trabajo, o la incorporación de la mujer al mundo laboral, que han afectado a cuestiones muy variadas y han influido en el sistema de Seguridad Social, haciendo necesario adaptar la protección a las nuevas necesidades surgidas.

46. En la redacción dada por el Tratado de Lisboa, el art. 6 TUE dispone que «la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de abril de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

47. El art. 10, del Título I, sobre los derechos fundamentales de los trabajadores, y bajo el epígrafe «protección social», declara que, de acuerdo con las prácticas que se aplican en cada uno de los Estados miembros: «Cada trabajador de la Comunidad Europea tendrá derecho a una adecuada protección social y gozará, cualquiera que sea su estatuto y cualquiera que sea el tamaño del establecimiento en que esté empleado, de un adecuado nivel de prestaciones de Seguridad Social. Las personas incapaces de ingresar o reingresar en el mercado de trabajo y que no posean medios de subsistencia deberán recibir recursos suficientes y asistencia social para combatir su situación particular».

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

Así pues, el modelo legal de Seguridad Social previo a la CE, de carácter esencialmente profesional o contributivo, ha ido incorporando elementos universales o asistenciales. De gran importancia ha sido la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen prestaciones no contributivas en la Seguridad Social⁴⁸. El carácter mixto del sistema de Seguridad Social español deriva de la progresiva superación de los criterios de la profesionalidad y de cobertura del riesgo, para dejar paso a una protección más universal de las situaciones de necesidad⁴⁹.

Del mantenimiento del régimen público de Seguridad Social se ocupa una vasta legislación de origen preconstitucional. En este caso, la reglamentación del servicio público es especialmente detallada. Las normas configuran auténticos derechos de contenido bien delimitado, cuya determinación remite a una simple aplicación de los preceptos que, con carácter general, establecen el nivel de cada prestación, con total exclusión, en muchas de ellas, de todo margen de discrecionalidad, y plenamente justiciables ante la jurisdicción social⁵⁰.

Los aspectos más estables de la Seguridad Social, como los relativos a la definición de las situaciones protegidas o la configuración de los derechos y deberes de los beneficiarios, se regulan en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. La ley cuenta con un profuso desarrollo reglamentario. Poseen gran importancia: el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, y el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. El contenido coyuntural de la Seguridad Social, que comprende cuestiones tales como la cuantía de las pensiones o de las cotizaciones debidas, lo regula la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por medio de una Orden, el Ministerio de Trabajo desarrolla, cada año, las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional⁵¹. Por otro lado, las previsiones constitucionales sobre la

48. Vid. BLASCO (1992), SEMPERE y BARRIOS (2001), FARGAS (2002) y CAVAS (2007).

49. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 27 y ss.

50. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 76.

51. Para el año 2011, *vid.* la Orden TIN/41/2011, de 18 de enero. Según el Defensor del Pueblo (*Informe 2007*, pp. 460-461), siguen siendo frecuentes las quejas planteadas sobre la gestión recaudatoria de la Tesorería General de la Seguridad Social, relacionadas especialmente con el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y, en menor medida, del Régimen General y del Régimen Especial de Empleados de Hogar. *Vid.* también el *Informe 2008*, pp. 691 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

participación de los interesados en la Seguridad Social tienen su plasmación en el artículo 60 LGSS y en las normas que regulan los órganos de las entidades gestoras.

El derecho de la Seguridad Social se halla inmerso en un proceso de reforma permanente. La última etapa de la evolución de nuestro sistema viene marcada por el desarrollo del denominado Pacto de Toledo, suscrito en 1995. El Pacto de Toledo es un informe elaborado por una Ponencia del Congreso para el análisis del sistema de Seguridad Social y las reformas que deberán acometerse, y lo aprobó la Comisión de Presupuestos y el Pleno de aquél, con el apoyo de todas las fuerzas políticas y sociales. El Pacto se ha renovado en 2003⁵². El Pacto ha tenido como consecuencia cambios importantes y el establecimiento de unos criterios para asegurar la estabilidad financiera y las prestaciones futuras de la Seguridad Social.

Así, tras la aprobación del Pacto de Toledo, diversos exponentes del diálogo social en el ámbito de la protección social han dado lugar a modificaciones de la normativa de la Seguridad Social y, más en concreto, del texto refundido de la LGSS⁵³: así, cabe mencionar la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que desarrolla el Acuerdo del mismo nombre, de octubre de 1996, y la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que desarrolla el Acuerdo para la mejora del sistema de protección social, de abril de 2001. De igual modo, otras disposiciones legales recientes han introducido cambios en la LGSS: así, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social; la Ley 4/2005, de 22 de abril, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos otorgados por las Comunidades Autónomas, y las Leyes 30/2005, de 29 de diciembre, y 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006 y 2007. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha desarrollado el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006 por el Gobierno, las organizacio-

52. *Vid.* las Resoluciones del Congreso de los Diputados, de 6 de abril de 1995 (BOCG, Congreso, Serie E, n° 134), 12 de abril de 1995 y 2 de octubre de 2003 (BOCG, Congreso, Serie D: General, n° 596, de 2 de octubre de 2003), y, en la doctrina, BLASCO (1997), LÓPEZ GANDÍA (2002), APARICIO (2003, pp. 805 y ss.) y LÓPEZ LÓPEZ y CHACARTEGUI (coords.) (2005).
53. *Vid.* el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, de 1996; el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001; el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia, de diciembre de 2005; el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 14 de junio de 2006, y el Acuerdo Social y Económico, de 2 de febrero de 2011.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

nes empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos CC OO y UGT⁵⁴. En sus disposiciones adicionales, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, y la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para los años 2010 y 2011 vuelven a modificar distintos preceptos de la LGSS. En suma, la implantación de las prestaciones no contributivas, la racionalización de la legislación de la Seguridad Social, la mayor adecuación entre las prestaciones recibidas y las cotizaciones previamente realizadas, la creación del fondo de reserva de la Seguridad Social, la introducción de mecanismos de jubilación flexible y de incentivación de la prolongación de la vida laboral, o las medidas de mejora de la protección, en los supuestos de menor cuantía de pensiones, son manifestaciones de los cambios introducidos desde 1990 hasta la fecha, en el ámbito de la Seguridad Social.

Tras la firma del Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, el Gobierno ha aprobado, en el Consejo de Ministros de 28 de enero de 2011, el Anteproyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁵⁵. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, del mismo nombre, publicada en el BOE de 2 de agosto, prevé el retraso de la edad ordinaria de jubilación y la ampliación del período de cómputo para el cálculo de la pensión, con el objetivo de asegurar la viabilidad futura del sistema. Al agravarse la crisis financiera y económica, la reforma del sistema de pensiones ha pasado a un primer plano, una vez aprobada la reforma laboral⁵⁶. El Proyecto de Ley del mismo nombre se publicó el 1 de abril de 2011: Cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, n° 120-1, 1 de abril de 2011.

2. CONCEPTO

Según lo dispuesto en el artículo 2.2 LGSS, «el Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en

-
54. Vid. FERRANDO (coord.) (2007) acerca del acuerdo y su desarrollo normativo y SEMPERE (dir.) (2008) acerca de las últimas reformas de la Seguridad Social.
55. Vid. <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Enlaces/280111-enlacepensiones.htm>. El Acuerdo Social y Económico lo firmaron en La Moncloa, el 2 de febrero de 2011, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y los sindicatos UGT y CC OO. Vid. los comentarios de CAVAS (2011) y GIL (2011).
56. Vid. la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y, asimismo, los distintos Reales Decretos-Ley de 2011 sobre negociación colectiva y contratación laboral.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las situaciones que se contemplan en esta Ley». De acuerdo con el artículo 2.1 LGSS, «el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad»⁵⁷.

El derecho de la Seguridad Social regula las relaciones que se establecen entre el Estado, a través de entidades de carácter público, y los ciudadanos, y que se originan como consecuencia de la finalidad del sistema, consistente en atender a las situaciones de necesidad que a aquellos últimos pudieran plantearseles, mediante el otorgamiento de prestaciones individualizadas y personales⁵⁸.

El fin de la Seguridad Social es la protección de las necesidades sociales. Partiendo de lo dispuesto en la CE, cabe indicar que la noción de riesgo profesional como situación protegida y eje de organización y financiación está perdiendo el carácter preponderante que venía teniendo en el marco del ordenamiento de la Seguridad Social. En nuestros días, la finalidad de ésta se diversifica en una serie de políticas tendentes a garantizar la seguridad económica de los sujetos protegidos que sufran pérdida de ingresos y/o aumento de gastos a los que no puedan atender por medio del ejercicio normal de su actividad productiva. Se detecta, pues, en la evolución del sistema de Seguridad Social, un abandono progresivo del riesgo como eje sobre el que se construye el sistema y un avance hacia la protección en el estado de necesidad⁵⁹. Como ha puesto de relieve la STC 104/1983, la tendencia descrita halla su fundamento en el artículo 41 CE⁶⁰.

57. Vid. ALARCÓN (1999, pp. 59 y ss. y 2005) y APARICIO (2003, pp. 791 y ss.) acerca de los principios jurídicos de la Seguridad Social.

58. Según ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 38), la Seguridad Social puede definirse como el «conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales mediante prestaciones individualizadas y económicamente evaluables». Tales medidas se encaminan, tendencialmente, «hacia la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas». Por su parte, VALLE y RABANAL (2007, p. 9) escriben que «el Derecho de Seguridad Social tiene por objeto el conjunto de normas regulador de la Seguridad Social en cuanto sistema que otorga prestaciones económicas y en especie a favor de los ciudadanos que padecen necesidad». También GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2008, p. 76) destacan que la Seguridad Social es «un orden prestacional básico que tiende a garantizar una protección general frente a los riesgos más graves de la vida».

59. ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 38) tienen en cuenta tal circunstancia al dar el concepto de la disciplina, cuando señalan que las medidas de la Seguridad Social buscan «la protección general de todos los residentes contra las situaciones de necesidad, garantizando un nivel mínimo de rentas».

60. En esa Sentencia puede leerse que «el artículo 41 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de mantener un régimen de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y las prestaciones sociales sufi-

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

El objeto de protección de la Seguridad Social son las situaciones de necesidad. En un principio, la protección se estructuraba en torno a los trabajadores por cuenta ajena⁶¹, y sólo con posterioridad (momento actual en España) se extiende a los profesionales en general y a quienes dependen de ellos, y se nutre de la finalidad de proporcionar medios suficientes para mitigar las consecuencias de la pérdida (temporal o definitiva, efectiva o presunta) de la capacidad de trabajar de las personas o de la capacidad para afrontar gastos personales por medio de su trabajo. Cuál será la necesidad protegida por el derecho de la Seguridad Social en el futuro, es algo sobre lo que, por el momento, tan sólo pueden formularse hipótesis⁶². En conclu-

ciones en "situaciones de necesidad" [...] La referencia a una "situación de necesidad" o a un "estado de necesidad" obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de "riesgo" o "contingencia", que se produjo en la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, aun cuando todavía subsista parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo de que deriva: accidente de trabajo o no». La sentencia añade: «Acoger el estado o situación de necesidad como objeto y fundamento de la protección implica una tendencia a garantizar a los ciudadanos un mínimo de rentas, estableciendo una línea por debajo de la cual comienza a actuar la protección». Aunque, como termina diciendo el Tribunal Constitucional, «el hecho es, sin embargo, que esta tendencia no aparece plasmada en nuestra normativa legal, que no se basa en la protección frente a la pobreza, sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (muerte, incapacidad, etc.)».

61. DURAND, 1953, pp. 58-59.

62. La evolución referida se advierte con claridad mediante el examen de los sucesivos textos internacionales aprobados por la OIT. En el marco de los Convenios, inicialmente se estructuraba la protección con referencia al trabajo por cuenta ajena y para riesgos que únicamente pudieran presentarse con tal referencia. Basta examinar, al respecto, el Convenio 17 (que entra en vigor el 1 de abril de 1927), relativo a la indemnización por accidentes de trabajo, que afecta a obreros, empleados y aprendices que trabajen en empresas de cualquier naturaleza, públicas o privadas (art. 2); el Convenio 38 (que entra en vigor el 18 de julio de 1937), relativo al seguro obligatorio de invalidez de los asalariados en empresas agrícolas; el Convenio 40 (que entra en vigor el 29 de septiembre de 1949), relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en empresas agrícolas, y el Convenio 56 (que entra en vigor el 9 de diciembre de 1949), relativo al seguro de enfermedad de la gente del mar. Sólo terminada la segunda guerra mundial, comienza a planificarse la protección con arreglo a criterios más amplios, y con remisión a la población activa en general. Un conato de dicha tendencia aparece en el Convenio 39 (que entra en vigor el 8 de noviembre de 1946), relativo al seguro obligatorio de muerte de los asalariados en las empresas industriales y comerciales, en las profesiones liberales, en el trabajo a domicilio y en el servicio doméstico. Por vía de la Recomendación, dado su carácter no vinculante, se introdujeron mayores innovaciones, aunque la tendencia general era la de conectar el objeto de protección al trabajador protegido –por cuenta ajena–. Así puede comprobarse estudiando la Recomendación 1 (1919) sobre desempleo, la Recomendación 10 (1920) sobre desempleo de la gente del mar, la Recomendación 11 (1921) sobre desempleo en la agricultura, la Recomendación 17 (1921) sobre seguro social en la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sión, se ha operado una dilatación del elemento objetivo desde el supuesto originario de los riesgos que pudiera padecer un trabajador dependiente.

En España, la vigente LGSS de 20 de junio de 1994 establece, en el artículo 38, el «ámbito de extensión posible del régimen general y de los especiales de la Seguridad Social»⁶³. Asimismo, debe tenerse en cuenta que,

agricultura (que hace referencia a los asalariados agrícolas), la Recomendación 29 (1927) sobre los principios generales del seguro de enfermedad (cuyo párrafo I,1 establece que «el seguro de enfermedad debería comprender, sin distinción de edad ni sexo, a toda persona que ejecute trabajos a título profesional en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje»), la Recomendación 43 (1933) sobre los principios generales del seguro de invalidez, vejez y muerte, la Recomendación 75 (1946) sobre Seguridad Social de la gente del mar, o la Recomendación 95 (1952) sobre protección de la maternidad. Suponen cambios iniciales en esta dirección la Recomendación 45 (1935) sobre desempleo de los menores, que excede el ámbito estricto del seguro; la Recomendación 67 (1944) sobre la seguridad de los medios de vida, y la Recomendación 69 (1944) sobre asistencia médica, que debería amparar –según se indica– a todos los miembros de la comunidad, desempeñen o no un trabajo lucrativo. Compruébese que la tendencia limitativa en cuanto al objeto de la protección comienza a quebrarse en los prolegómenos y durante el transcurso de la segunda guerra mundial, paralelamente a la redacción de los informes de Lord BEVERIDGE. La tendencia estricta se invierte, finalmente, en las Recomendaciones 121 (1964), que trata las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedad profesional con respecto a los trabajadores por cuenta propia; la Recomendación 31 (1967) sobre protección de la invalidez, vejez y sobrevivientes, y la Recomendación 134 (1969), sobre asistencia médica y las prestaciones monetarias por enfermedad. La guía esencial de la OIT, a los efectos de delimitar el elemento objetivo que sirva para configurar el concepto de derecho de la Seguridad Social, se encuentra en el Convenio 102, «relativo a la norma mínima de la Seguridad Social», que entró en vigor el día 27 de abril de 1955. Ha de resaltarse su contenido mínimo. En él, se contemplan prestaciones especialmente ligadas a las situaciones de necesidad que pueden plantearse a un trabajador por cuenta ajena (asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes).

63. Según el precepto citado, «1. La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá: a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo. b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior. c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración. Las prestaciones económicas por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley. Las prestaciones por desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, se otorgarán

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

aceptando la autonomía individual o colectiva de los agentes sociales, la LGSS contempla la posibilidad de mejorar la protección otorgada por el sistema mediante pacto adoptado a través de lo que se denominan «mejoras voluntarias» (art. 39), especialmente desarrolladas en el marco del régimen general (arts. 191 y ss. LGSS). Para la tendencia doctrinal más tradicional, mediante las disposiciones referidas se ha conseguido el ideal de cobertura del sistema, que es únicamente susceptible de perfección posterior⁶⁴. Como manifestaciones de esta perfección encontraríamos, por ejemplo, la mejora de la protección de la maternidad, hoy desgajada de la enfermedad común⁶⁵; las nuevas contingencias de riesgo durante el embarazo⁶⁶ y durante la lactan-

de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título III de esta Ley. d) Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva. Las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el título II de esta Ley. e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente. 2. Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social. 3. La acción protectora comprendida en los números anteriores establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Especiales de la Seguridad Social, así como de la modalidad no contributiva de las prestaciones. 4. Cualquier prestación de carácter público que tenga como finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas».

64. Para ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 21), «en la actualidad puede hablarse de la estabilización de un *ideal de cobertura* que comprende el accidente personal, sea o no de trabajo, y la enfermedad común –incluida la maternidad– y profesional, cubriendo tanto la asistencia sanitaria y la recuperación como los defectos transitorios y permanentes –invalidez– de renta; la vejez, o prolongación de la vida más allá de la edad en que ordinariamente existe capacidad de trabajo; la muerte, si el causante deja causahabientes que de él dependan; el paro forzoso; y las cargas familiares, fundamentalmente concebidas como auxilios a quienes tengan a su cargo minusválidos o niños de corta edad». Continúan ALONSO OLEA y TORTUERO (pp. 22-23 y nota 9) indicando que el estudio histórico de los textos normativos más importantes sobre Seguridad Social muestra que tal ideal de cobertura constituye la cobertura ideal de todo sistema de solución de necesidades sociales, y que, por eso, no es necesario operar cambios trascendentales para dilatarlo: «el "contenido material" de la Seguridad Social aparece hoy [...] si no como definitivamente fijado, sí como sumamente estable»; ya el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, preveía, en favor de cualquier ciudadano, el «derecho a [...] la asistencia médica [y] a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad».

65. Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y arts. 133 bis a 133 quinquies de la LGSS.

66. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y arts. 134 y 135 LGSS.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

cia natural⁶⁷, tan vinculadas a la protección por maternidad y por enfermedad común, o las contingencias de paternidad⁶⁸ o cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave⁶⁹.

Por lo demás, y en contra de ciertas opiniones doctrinales, no parece que del artículo 41 CE deba derivarse la sustitución del «ideal de cobertura» anterior por la «situación de necesidad», entendida como atención por parte del Estado a quienes carecen de recursos para poder llevar una vida digna. En suma, no parece que de lo dispuesto en la CE deba derivarse que el actual sistema español de Seguridad Social, de carácter mixto asistencial/ contributivo, deba sustituirse por otro estrictamente asistencial. Adoptando una perspectiva realista, se ha afirmado que la referencia a la protección de las situaciones de necesidad que se contiene en la Norma Fundamental «no significa un reconocimiento del carácter predominante de los factores asistenciales en el sistema español de Seguridad Social, sino que ante un modelo suficientemente desarrollado en su aspecto profesional-contributivo y, en consecuencia, desequilibrado con respecto a la protección no contributiva, [...] la Constitución pide a los poderes públicos que ahora desarrollen los rasgos no contributivos del sistema»⁷⁰. Desde luego, el legislador ordinario parece haber entendido de tal manera el precepto más arriba referido, pues la reforma progresiva de la Seguridad Social ha tenido por fin convertir en un sistema mixto la estructura «contributiva» heredada del franquismo. Esto se ha operado esencialmente mediante el desarrollo de la «hipertrofiada» dimensión asistencial y mediante la generalización de ciertas prestaciones, como las sanitarias. Aparte de por la continuidad histórica, el mantenimiento del nivel contributivo del sistema vendría avalado por la vinculación de España a ciertos compromisos internacionales, como es el Convenio 102 de la OIT, y, sobre todo, por la interpretación de la Constitución, que no atribuye a la Seguridad Social como fin la protección de los ciudadanos en «situación de necesidad», sino en «situaciones de necesidad» (plural éste cuajado de importantes consecuencias) y que menciona ciertas contingencias tradicionalmente protegidas por el sistema de Seguridad Social en algunos de sus preceptos: desempleo (art. 41), enfermedad (art. 43), cargas familiares (art. 39) o vejez (art. 50)⁷¹. En fin, de atender a la legislación por la que se desarrollan modernamente las previsiones constitucionales, no parece que pueda afirmarse el abandono definitivo de los riesgos como característica de nues-

67. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y arts. 135 bis y 135 ter de la LGSS.

68. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, y arts. 133 octies a 133 decies de la LGSS.

69. Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

70. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 28 y 49.

71. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 41-42, 44 y 46.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

tro futuro sistema de Seguridad Social, sino más bien la atención a los mismos a efectos de estudiar la ampliación de su ámbito subjetivo.

Por lo que hace a los criterios de determinación de las necesidades protegidas, cabe señalar que la situación de necesidad que constituye el elemento teleológico del derecho de la Seguridad Social debe, para ser jurídicamente relevante, concretarse individualmente y afectar a la persona que la padece, no a su indirecta dimensión patrimonial.

En efecto, la protección de las situaciones de necesidad se arbitra individualmente y con respecto a determinadas personas. De esta afirmación, la doctrina ha llegado a interesantes conclusiones⁷². Los riesgos que contemplan los sistemas de Seguridad Social se caracterizan por las notas de la naturaleza económica (que no nos interesa ahora), la individualidad y la personalidad de los mismos. La característica de la individualidad del riesgo alude a que, junto a medidas dirigidas al remedio o mejora de la situación de la sociedad como conjunto, existe un segundo cuadro de ordenación que mira hacia cada individuo en concreto, desde el plano, evidentemente cierto, de que aun vigentes y eficaces las medidas generales, no por ello dejará el individuo de estar afectado por situaciones de riesgo que puedan atenderse mediante prestaciones individualizadas⁷³. Por lo que se refiere a la personalidad del riesgo, en el sistema de Seguridad Social «los riesgos de que se habla afectan a la persona sujeta a ellos, no a su patrimonio. Lo que se contempla es la incidencia de un hecho o azar sobre la persona humana en cuanto tal, o sobre las facultades que tiene, y no sobre su prolongación en los bienes y derechos de que sea titular; la incidencia del riesgo sobre el patrimonio sólo se toma en consideración indirectamente, en la medida en que la persona sea su fuente o sostén. Si se trasladara a este terreno la división entre seguro de cosas y de personas, se calificaría la Seguridad Social como un seguro de personas»⁷⁴. En conclusión, si no quiere desvirtuarse su contenido, el objeto de la relación jurídica de Seguridad Social tenderá siempre a la protección de situaciones de necesidad de carácter personal y necesariamente individualizables.

En segundo lugar, ha de afirmarse que el objeto de protección por parte del derecho de la Seguridad Social se delimita con respecto a situaciones de necesidad, potenciales o actuales, en las cuales la persona se ve en la imposibilidad de preverlas o, una vez ocurridas, colocan a aquélla en una situación de imposibilidad temporal o definitiva, bien de carácter presunto

72. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, 2002, pp. 20 y ss.

73. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, 2002, p. 20.

74. ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

o real, de atender por sí misma a la falta de medios que la acucia o la reducción de las consecuencias (p. ej., patológicas) que ha causado la necesidad. En este aspecto, el artículo 41 CE ha operado una variación de los postulados tradicionales, que hacían depender la emergencia de las medidas de Seguridad Social de la pérdida de la capacidad de ganancia de un trabajador. Hacia el futuro, el exceso de gastos que se originan al potencial beneficiario, o la desaparición de rentas, sean o no de trabajo, producirán siempre la activación del sistema.

Conviene reflexionar, de forma breve, sobre el medio que arbitra el ordenamiento jurídico para que pueda llevarse a efecto la protección de las necesidades sociales: la relación o relaciones jurídicas de previsión. La determinación de tal relación es sumamente compleja, dada la diversidad de opiniones doctrinales. Dos han sido, en esencial, las posturas sustentadas con respecto al contenido esencial de la relación y a su estructura bilateral.

Para los defensores de la teoría unitaria o de la relación bilateral, en el seguro social se dan dos relaciones perfectamente definidas, cuales son las del ente asegurador frente al asegurado de asumir el riesgo y, si se produce el evento, de pagar las prestaciones, y otra, el pago de cuotas (sólo por el empresario, o conjuntamente con el trabajador). De ello se deduce la existencia de una interdependencia causal y recíproca entre ambas obligaciones que nacen simultáneamente. Esta doctrina se conecta estrechamente con el esquema jurídico del seguro privado, por lo que se llegaba a calificar la relación jurídica de Seguridad Social como bilateral o compleja, pero unitaria, es decir, integrada en su contenido por dos relaciones obligacionales interrelacionadas unitariamente por un sinalagma de origen⁷⁵. Se ha llamado la atención sobre el peligro de «calcar» en nuestro caso el esquema del seguro privado, en cuanto el mismo exige la nota de la sinalagmaticidad o reciprocidad prestacional, que, ciertamente, falla en la relación jurídica que examinamos, ya que la ley, movida de un deseo de mayor protección, impone al ente asegurador que asumió el riesgo el mantenimiento de la obligación de abonar las prestaciones automáticamente, aun cuando no hubiese percibido las correlativas cuotas. En definitiva, el principio de la automaticidad de las prestaciones pugna violentamente con la sinalagmaticidad típica del seguro privado, y ello pese a las artificiosas construcciones que ha llevado a cabo parte de la doctrina italiana⁷⁶.

Precisamente, la objeción anterior hace surgir un movimiento doctrinal

75. Así lo ha puesto de relieve ALMANSA, 1991, pp. 113-114.

76. *Vid.* en ALMANSA (1991, p. 113) las referencias a VENTURI, CANNELLA y LEGA, DE LITALA y LEVI SANDRI.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

muy fuerte a favor de la que puede denominarse teoría escisionista o de la unilateralidad, que niega el paralelismo entre la relación jurídica de seguro social y la de seguro privado. Para esa corriente, existen dos relaciones jurídicas autónomas, cuales son la de cotizar, típicamente fiscal, y la de protección social, coincidente con la prestación de un servicio público. Tales relaciones, que pueden ser más, no reúnen la nota de la reciprocidad, en cuanto la obligación de pagar las cuotas es una obligación fiscal, que nace a favor del ente gestor, no en correspondencia a su obligación de satisfacer sus prestaciones, sino al verificarse el supuesto previsto por el legislador como idóneo a tal efecto contributivo.

Al estudiar la teoría de la unilateralidad, se ha precisado que la negación de la sinalagmaticidad lleva directamente al reconocimiento de la independencia de la obligación de cotizar y otorgar prestaciones⁷⁷. Tienden a multiplicarse entonces las relaciones de contenido, en la medida en que los lazos que unen a los cuatro sujetos pueden multiplicarse según las combinaciones posibles entre ellos: el Estado con el ente asegurador, con el sujeto protegido y con el cotizante; el ente asegurador con el sujeto protegido y con el cotizante; estos dos últimos entre sí. Ahora bien, según los defensores de esta teoría, no todas esas relaciones poseen virtualidad suficiente para integrar el contenido de la relación jurídica de seguro social, sino sólo aquellas que enlazan a los sujetos en cuanto éstos adoptan una posición jurídica subjetiva dentro de la relación aseguradora.

En nuestro país, existe una verdadera polémica entre los mantenedores de la postura unitaria y los de la teoría de la unilateralidad⁷⁸. No obstante, la consideración de la relación jurídica como unitaria de contenido complejo goza del favor de la doctrina que, de algún modo, ha intentado desvirtuar la tesis de la unilateralidad. Así, se ha dicho que la afirmación de la existencia de varias relaciones jurídicas en el ámbito de la Seguridad Social parece olvidar, por lo pronto, que el legislador emplea el término «obligación», no relación jurídica, para referirse a los deberes jurídicos de cotización y protección; en segundo lugar, que la relación jurídica se establece siempre con referencia a sujetos directamente obligados, que son las entidades gestoras o colaboradoras, y que las obligaciones que componen una única relación jurídica no desvirtúan ésta por el hecho de ser varias, y concretamente la de cotizar y la del pago de prestaciones, que se fundan además en la finalidad

77. Sigo a ALMANSA, 1991, pp. 114-115.

78. Entre los primeros es significativa la presencia de ALONSO OLEA; entre los segundos, se encuentra ALMANSA, que distingue tres relaciones jurídicas autónomas en el ámbito de la Seguridad Social: la de afiliación, la de cotización y la de protección.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

común de otorgar una protección adecuada a determinadas personas por razón de sus actividades (caso español)⁷⁹.

Sea como fuere, en distintas resoluciones, el Tribunal Constitucional ha mostrado su preferencia por la teoría de la unilateralidad, a través de las siguientes vías: la negación de la sinalagmaticidad entre cotización y prestaciones, que encuentra su base en la anterior negación del carácter contractual de la relación o relaciones jurídicas de Seguridad Social⁸⁰, y la configuración de la cuota como una exacción tributaria y no como la prima de un seguro público⁸¹. La referencia expresa a la teoría de la unilateralidad, para justificar un fallo concreto, se encuentra en la STC 189/1987.

Antes de finalizar, indiquemos que la peculiaridad de la relación o relaciones jurídicas de Seguridad Social constituye un elemento diferenciador entre el derecho de la Seguridad Social y el derecho del trabajo: tanto para los mantenedores de la teoría unitaria como para los de la unilateralidad, los sujetos en ambas relaciones son diferentes, así como su causa. La doctrina ha resaltado la diferencia entre la relación jurídica de Seguridad Social y las que se establecen entre las partes contratantes en el contrato de trabajo y el convenio colectivo⁸². No son los mismos los sujetos de tales relaciones, tanto cuando se trata del régimen general como en el supuesto de los regímenes especiales. En el primer caso, entra en juego el ente asegurador, lo que constituye un dato decisivo, y los empresarios y trabajadores ocupan una posición jurídica esencialmente diversa de la que ostentan tanto en el contrato de trabajo como en el convenio colectivo: en el contrato de trabajo, la posición se reconduce a la de acreedor y dador de trabajo (y viceversa, de salario) y en el convenio colectivo a ser portadores de intereses colectivos de categoría; por el contrario, en la relación jurídica de seguro social la posición se conecta con el derecho a las prestaciones y el pago de las cuotas. Por otro lado, en algunos supuestos la posición del trabajador jugó un papel relevante en un momento pretérito, para perder después influencia con posterioridad en la dinámica que une al beneficiario con el asegurador; tal ocurre, por ejemplo, en la jubilación. En el caso de los regímenes especiales, está claro que la relación jurídica se establece entre sujetos que nada tienen que ver en ocasiones (trabajadores autónomos) con el contrato de trabajo. Por lo de-

79. GARCÍA ORTUÑO, 1976, pp. 122-125.

80. Por cierto, esto ha provocado la crítica de SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 117), para quien una cosa es que la citada relación jurídica no tenga naturaleza contractual, y otra distinta que, por pura lógica, no deba mantenerse, al menos en el nivel contributivo del sistema, una cierta conexión entre cotización y prestación.

81. *Vid.* la STC 39/1992.

82. SAGARDOY, 1970, p. 15.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

más, no parece que deba deshacer las conclusiones anteriores la existencia en algún caso, como el de incapacidad temporal, de un deber de protección del trabajador atribuible por la ley misma al empresario: tal deber se asienta sobre los principios que constituyen el cimiento del sistema de la Seguridad Social, más que sobre los propios del derecho del trabajo⁸³.

Abundando en lo expuesto, y desde una perspectiva jurídico-positiva, se advierte que la configuración inicial de la relación de Seguridad Social tiene su propia peculiaridad. Centrándonos en el régimen general, la LGSS exige la inscripción de la empresa (art. 99) y el deber de solicitar la afiliación y el alta del trabajador. La obligación de afiliación es un acto administrativo de inscripción, por virtud del cual se reconoce a una persona la condición de asegurado, y constituye una típica obligación legal administrativa, impuesta a los particulares respecto al funcionamiento de los servicios públicos. La afiliación y el alta se rigen por lo prevenido en el artículo 100 y concordantes de la LGSS. En el ámbito del sistema, la afiliación es única y vitalicia (art. 12 LGSS). Todo lo expuesto contribuye a hacer más obvia la distinción entre la relación jurídico-laboral básica, el contrato de trabajo, distinción, en fin, que se perfecciona al considerar el protagonismo que en la parcela del ordenamiento jurídico que estudiamos corresponde a los organismos públicos, y a las entidades gestoras en particular. No ignoramos que la presencia de ciertos organismos públicos también se detecta en el ámbito del derecho del trabajo en algunas ocasiones, pero la función que llevan a cabo en uno y otro caso son sustancialmente distintas: de control del cumplimiento de las normas en el orden laboral, y de actividad en la construcción de un sistema de protección social en el derecho de la Seguridad Social.

Pues bien, en contraste con lo que sucede en el derecho del trabajo, la dimensión contractual es difícilmente predicable de la relación jurídica básica de previsión, ni aun acudiendo a la categoría de los denominados contratos forzosos. Atendiendo a las obligaciones dimanantes de la relación jurídica a que nos referimos, hemos de concluir que las fuentes de los deberes jurídicos de las partes se encuentran en la ley, lo que por cierto para nada desdice aquél carácter relacional apuntado, ya que, como se dispone en el CC, «las obligaciones nacen de la ley, de los contratos o cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia» (art. 1089)⁸⁴. La doctrina del Tribunal Constitucional ha venido afirmando «la naturaleza no contractual del régimen público de Seguridad Social; la Seguridad Social no es un mecanismo de protección de los riesgos

83. *Vid.* la STC 37/1994.

84. *Vid.*, al respecto, BORRAJO, 1963, pp. 9 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales de naturaleza contractual, sino, por el contrario, legal u obligatorio»⁸⁵. Las prestaciones de Seguridad Social no pueden presentarse «como resultantes de un acuerdo contractual»⁸⁶.

En suma, es evidente que el derecho de la Seguridad Social y el derecho del trabajo comparten un origen común, pues, en su concepción contemporánea, ambos son un producto del Estado social. Las dos disciplinas mantienen vínculos estrechos y, desde un punto de vista académico, siguen formando parte de una única rama de conocimiento. Aun así, en la actualidad, constituyen dos sectores autónomos del ordenamiento jurídico⁸⁷.

3. FUNDAMENTO

En su concepción contemporánea, el derecho de la Seguridad Social es un producto del Estado social, surgido como consecuencia de los cambios operados en la vida de los individuos a partir de la Revolución Industrial. Hasta el comienzo del siglo XIX, los ciudadanos habían gozado de un espacio social sometido a su dominio, que garantizaba a cada uno la satisfacción de sus propias necesidades⁸⁸. Sin embargo, a causa de los cambios en el sistema de producción de los bienes y servicios, y de los avances tecnológicos, el espacio social sometido a dominio que formaban los bienes muebles o inmuebles en propiedad, y las posesiones añadidas, mas el mismo lugar y el utillaje para realizar el trabajo, se reduce de forma progresiva, y el individuo comienza a demandar al Estado que arbitre los medios necesarios para garantizarle su existencia. En realidad, al perder o sufrir una reducción de su espacio social bajo dominio, el individuo queda sin reservas, desprotegido frente a las crisis y situaciones de necesidad que pueden presentársele. En el

85. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 66 y 117.

86. SSTC 103/1983, 104/1983, 121/1983, 65/1987 y 134/1987, citadas por SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 68.

87. SAGARDOY (1970, pp. 15 y ss.) ha analizado en profundidad el concepto y la autonomía de la Seguridad Social con respecto al derecho del trabajo. El autor parte de dos criterios fundamentales. El primero es el ámbito de aplicación de las normas, dada la deslaboralización progresiva del marco subjetivo de cobertura de los distintos sistemas de Seguridad Social. En segundo lugar, la autonomía se establece en atención al régimen y a la naturaleza de las relaciones jurídicas de Seguridad Social, diferentes de las relaciones jurídico-laborales, dada la configuración tributaria de la cotización, el carácter administrativo de los actos de afiliación y alta, el carácter de servicio público de la relación de protección, y el hecho de que las relaciones entre el Estado y las entidades gestoras responden, en fin, a la técnica de la desconcentración funcional. Ha de admitirse, pues, en opinión del autor citado, que en España el bloque normativo de la Seguridad Social no puede reconducirse al ámbito del derecho del trabajo.

88. Seguimos el análisis de FORSTHOFF, 1961, p. 47.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

marco del Estado social de derecho, tanto el derecho del trabajo como el derecho de la Seguridad Social, intentan rehacer el espacio social sometido a dominio de los individuos, bien garantizándoles el acceso al empleo y, por tanto, la percepción de una retribución con la que atender sus necesidades vitales, bien a través de asegurarles tales medios, de forma directa, en los casos en que no puedan desplegar su fuerza de trabajo. En el proceso de construcción de ambas ramas del ordenamiento jurídico, el Estado adopta una posición activa, que supera la de mero soporte del sistema económico, para convertirse en su árbitro e impulsor. El Estado garantiza la subsistencia. Es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza⁸⁹.

Existen dos modelos de Seguridad Social, que tienden a converger en nuestros días: el sistema germánico, continental, contributivo o bismarkiano, y el anglosajón, atlántico, asistencial o beveridgeano⁹⁰. El primer modelo arranca de los seguros sociales creados por Bismarck, y se define de tal forma que, a veces, resulta difícil distinguirlo de un mero conjunto de seguros sociales a los que se hubieran aplicado los principios de unidad de gestión y solidaridad financiera interna, pero conservando un campo subjetivo integrado por una serie de colectivos asegurados, cuya determinación continúa haciéndose según el criterio de la profesionalidad; manteniendo una acción protectora muy ligada al riesgo social originario, incluso privilegiando el carácter profesional de éste, y haciendo depender decisivamente la cuantía de las prestaciones de las cotizaciones previas. De ahí su calificación como contributivo, que remite, en definitiva, al esquema básico del contrato de seguro privado⁹¹.

El segundo modelo se basa en las ideas de Beveridge y en el sistema neozelandés. En el conocido informe *Social Insurance and Allied Services*, de 1942, también conocido como *Plan Beveridge*, se sientan los principios que caracterizan a un verdadero sistema de Seguridad Social. Son puntos esenciales de dicho informe⁹²: la unificación de los seguros sociales existentes, incluido el de accidentes de trabajo, con cotización única y gestión centralizada, dependiente de un Ministerio *ad hoc*; la universalización subjetiva de la protección, que ha de dispensarse a todos los ciudadanos, y no sólo a los trabajadores; la generalización igualatoria de la protección, que debe tender a la cobertura de cualquier situación de necesidad y a la homogeneización, superando las diferenciaciones que derivan tanto del carácter profesional

89. Vid. FORSTHOFF, 1961, pp. 49-50.

90. Para una síntesis de los dos modelos de Seguridad Social, *vid.* ALARCÓN (1999, pp. 32 y ss. y 2005, p. 32) y, asimismo, LABORDE (2005, pp. 42 y ss.).

91. ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 28.

92. Seguimos a ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 23.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

o no del riesgo productor, como de los diversos niveles de salarios y/o de cotizaciones; la financiación tripartita, como en los seguros sociales, pero con una importancia creciente de la aportación estatal, a cuyo cargo exclusivo han de correr determinadas parcelas del sistema. Además, Beveridge preveía la creación de un servicio nacional de la salud para todos los ciudadanos, de carácter gratuito, financiación a cargo exclusivo del Estado e integración en el propio sistema de la Seguridad Social. También se incluirían en dicho sistema, y el Estado debería financiar exclusivamente, la ayuda familiar, consistente principalmente en complementos salariales, y la asistencia nacional, para cubrir situaciones especiales de necesidad no determinadas previamente, una vez demostrada su existencia por el interesado. El modelo ideado por Beveridge hace hincapié en el carácter asistencial de las prestaciones, es decir, su no vinculación a la previa cotización, lo que puede y debe tener dos consecuencias: la primera, que para obtener determinadas prestaciones, como la asistencia sanitaria o el derecho a un mínimo vital, no será necesaria la previa cotización, ni siquiera la afiliación previa al sistema, habida cuenta de la universalidad subjetiva de cobertura; y la segunda, que las prestaciones económicas entregadas por encima de ese mínimo vital no tienen por qué ser necesariamente proporcionales a las cotizaciones⁹³. El modelo neozelandés incluye, como características adicionales, la uniformidad absoluta de todas las prestaciones y la financiación exclusiva con cargo a los Presupuestos del Estado. Parte de la doctrina considera que tales características son inseparables de un verdadero modelo asistencial de Seguridad Social o, incluso, de lo que debe considerarse un verdadero sistema de Seguridad Social; por el contrario, otros autores entienden que el modelo asistencial no implica necesariamente la concurrencia de las notas citadas⁹⁴.

En general, los sistemas de Seguridad Social vigentes en los países desarrollados son mixtos, y contienen elementos de uno y otro modelo⁹⁵. En los sistemas mixtos, determinadas prestaciones (como la asistencia sanitaria o las pensiones no contributivas) se conceden por igual a todos los ciudadanos, o incluso a los extranjeros residentes, por el mero hecho de serlo; su concesión no requiere la existencia de determinados requisitos, o sólo precisa demostrar la situación de necesidad; la financiación corre a cargo exclusivamente del Estado. En cambio, otras prestaciones (como las pensiones contributivas) sólo se otorgan si existen ciertas cotizaciones previas, que resultan de la afiliación obligatoria al sistema de Seguridad Social sobre la base del ejercicio de una actividad profesional; la cuantía de las prestaciones se halla en fun-

93. ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 28.

94. Mantienen la última postura ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, p. 28.

95. *Vid.* ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA (1991, pp. 28-29) y ALARCÓN (1999, pp. 41-42).

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

ción de dichas cotizaciones, y el Estado sólo aporta directamente una parte de su financiación.

Pues bien, ante todo, el derecho a la Seguridad Social coadyuva a garantizar la dignidad de la persona, principal fundamento del orden político y de la paz social, según el artículo 10.1 CE. Tal circunstancia marca el ámbito y, por tanto, los límites del derecho (hasta dónde debe llegar), entre los que se encuentran el derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como la libertad de elección de la profesión u oficio (art. 35.1 CE), o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁹⁶. Además de su conexión con la dignidad de la persona, el derecho a la Seguridad Social encuentra su fundamento en varias normas constitucionales⁹⁷. En primer lugar, el sistema de Seguridad Social es uno de los elementos fundamentales que hacen reconocible a un Estado social (art. 1 CE). El Estado social garantiza la dignidad de la persona, si es necesario a través del otorgamiento de prestaciones públicas, con el fin de asegurar rentas a quienes no pueden generarlas real o presumiblemente (discapacitados, personas sin empleo, ancianos, niños). Además, el derecho a la Seguridad Social está relacionado con el principio de igualdad real (art. 9.2 CE). A través de la protección de los necesitados, el sistema de Seguridad Social evita la existencia de grandes diferencias sociales e impulsa la igualdad social. Es importante subrayar que el derecho a la Seguridad Social guarda una íntima conexión con los derechos a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la salud de las personas (art. 43 CE), y forma por eso un todo indivisible, que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, dada la naturaleza interdependiente e indivisible de los derechos humanos. Asimismo, mediante el sistema de Seguridad Social, puede y debe llevarse a cabo una política de distribución de rentas más justa que la que genera el impulso de la economía de mercado (art. 40.1 CE). De forma indirecta, la protección de los necesitados está vinculada al desarrollo de ciertos derechos sociales fundamentales de las personas, como la educación (art. 27 CE) o la posesión de una vivienda digna (art. 47 CE). Si no se garantiza a las personas el acceso a ciertos recursos económicos, es obvio que no se les posibilita el disfrute de los derechos fundamentales, que quedarían convertidos en una mera teoría.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

El derecho a la Seguridad Social posee un contenido normativo, inte-

96. VALLE y RABANAL, 2007, p. 10.

97. *Vid.* VALLE y RABANAL (2007, pp. 10 y ss.) y, en la doctrina francesa, LABORDE (2005, pp. 198 y ss.). La OIT (2001, ap. 2) subraya también que la Seguridad Social es un derecho humano fundamental, y que puede contribuir a la dignidad humana y a la justicia social.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

grado por libertades y derechos⁹⁸. Junto al derecho a no ser sometido a una injerencia arbitraria y poco razonable en la cobertura social existente, obtenida ya sea del sector público o privado, incluye el derecho a un sistema de Seguridad Social que ofrezca las mismas oportunidades a las personas de disfrutar de una protección suficiente contra los riesgos, y que abarque la asistencia médica y las prestaciones familiares y proporcione una seguridad de ingresos si sobrevienen contingencias tales como la enfermedad o el accidente, la maternidad, la vejez, la invalidez o discapacidad, el desempleo, la muerte u otro factor que escape al control de la persona, o que sea incompatible, de otro modo, con el principio de la dignidad humana.

El contenido normativo del derecho a la Seguridad Social vincula a los poderes públicos, que deben respetarlo, protegerlo y realizarlo⁹⁹, y confiere a los ciudadanos derechos que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción u omisión de los poderes públicos o de los particulares, que pueden ejercitarse ante los jueces y tribunales, ya de forma directa, ya con el alcance que establezcan las leyes¹⁰⁰.

La exégesis del artículo 41 CE permite analizar la estructura y contenido del derecho a la Seguridad Social. De carácter público (4.1), el sistema de Seguridad Social se halla abierto a todos los ciudadanos (4.2). Debe otorgar asistencia y prestaciones sociales suficientes (4.3) frente a situaciones de ne-

98. *Vid.* OG 19, aps. 2 y 9, y OIT, 2001, ap. 15.

99. *Vid.* OG 19, aps. 43 y ss., que reproduce la tipología que han reconocido los órganos de vigilancia de los tratados internacionales, así como los organismos regionales encargados de hacer cumplir los derechos humanos. El Comité menciona las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Según las distintas traducciones, la tercera de las obligaciones consiste en cumplir, aplicar o realizar. He preferido la expresión realizar. No en vano los derechos sociales son derechos de realización progresiva, y los poderes públicos están obligados a facilitar, garantizar y promover dicha realización.

100. La doctrina suele considerar que los derechos subjetivos de los individuos en materia de Seguridad Social no están garantizados directamente en el texto constitucional, sino por las leyes ordinarias dictadas en cumplimiento de las obligaciones que impone a los poderes públicos el art. 41 CE. *Vid.*, por todos, APARICIO (2003, p. 789), quien considera que estamos ante derechos de configuración legal, y que la estructura del art. 41 CE es la propia de una norma jurídica que se expresa en forma de un principio, no de una regla y, asimismo, OJEDA (2006, pp. 958 y ss.), quien recuerda que esa es la postura del Tribunal Constitucional, cuando señala que el art. 41 CE se orienta a los poderes públicos, pero no crea derechos subjetivos singularizados (STC 68/1982). También VALLE y RABANAL (2007, p. 12) señalan que, de acuerdo con el art. 41 CE, «y salvando lo dispuesto en la CE (art. 25.2), que permite calificar los beneficios que la misma otorga como derechos subjetivos, la Seguridad Social se configura como un derecho social, o sea en primer lugar como un deber de los poderes públicos que son los que tienen que crearla, organizarla y mantenerla». *Vid.* también VÉRICEL (2007, p. 188) en el Derecho francés.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

cesidad (4.4). Las prestaciones complementarias son libres (4.5). El sistema establece dos niveles de protección (4.6).

4.1. CARÁCTER PÚBLICO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

La Seguridad Social debe ser pública. Según la tradición, el mandato constitucional se desarrolla a través de la técnica del servicio público¹⁰¹. Los

101. *Vid.* FERNÁNDEZ (1984), OJEDA (2006, pp. 949-950) y VALLE y RABANAL (2007, p. 13) y los autores que cita SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 65, nota 66). Así, FERNÁNDEZ (1984, p. 35) señala que la Seguridad Social «responde inequívocamente al concepto clásico de servicio público como servicio técnico, prestado al público, de manera regular y constante por una organización pública para satisfacer una necesidad colectiva, bajo la dirección y control de la Administración pública, que ha asumido formalmente la responsabilidad última de la prestación». La Seguridad Social constituye el modelo más avanzado de servicio público, en atención a las necesidades de los ciudadanos (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, p. 76). Desde la perspectiva de la CE, la Seguridad Social reúne las notas que tipifican el servicio público, cuales son la generalidad, la publicación y la suficiencia prestacional. En definitiva, la Seguridad Social «es quizás una de las pocas actividades que aparece en la CE como servicio público y, por ello, constitucionalizado» (SERRANO, 1983, p. 81). Tal circunstancia no supone la capitulación del Derecho del trabajo ante el Derecho administrativo. Como ha señalado FERNÁNDEZ (1984, p. 31), los administrativistas saben «que la calificación de una actividad como servicio público no implica de suyo la puesta en juego de un régimen jurídico homogéneo y global para todo el conjunto de relaciones jurídicas a que da lugar dicha actividad; que la calificación de servicio público se ha utilizado siempre tácticamente; y que, a consecuencia de lo anterior, en todo servicio público se entrecruzan siempre, en proporciones variables, el Derecho administrativo y otros ordenamientos». En síntesis, está claro que «calificar una actividad como servicio público no comporta de suyo ninguno de los riesgos que tanto parecen preocupar a la doctrina laboralista. Por esta parte, al menos, sus temores no están justificados, ya que de la calificación de la Seguridad Social como servicio público no se sigue, como una mera consecuencia, la aplicación del Derecho administrativo a todo el complejo conjunto de relaciones jurídicas a que da lugar el normal desenvolvimiento de la institución» (FERNÁNDEZ, 1984, p. 34). La aceptación de la tesis del servicio público permite, además, la delimitación del ámbito concreto de las instituciones jurídicas relacionadas con la Seguridad Social, que no son derecho de la Seguridad Social. En este sentido, FERNÁNDEZ (1984, pp. 37 y ss.) observa que las entidades gestoras son Administración pública, ya que «el Estado es su fundador y están sometidas a su tutela, como categóricamente proclama la Ley de Seguridad Social» (p. 37). Además, «su estatuto, su organización y sus relaciones con el ente matriz son, pues, y no pueden dejar de ser, Derecho administrativo puro» (p. 38). Por eso, «en el servicio público de la Seguridad Social no ocurre, pues, nada distinto de lo que sucede en otros muchos servicios públicos [...], a saber: que la relación jurídica de prestación se organiza y estructura al margen del Derecho administrativo. A esto se ciñe el Derecho propio de la Seguridad Social. Todo lo demás es materia propia del Derecho administrativo, en la medida en que éste es el Derecho propio y específico de unos sujetos singulares que son las Administraciones públicas» (p. 39). En definitiva, el art. 41 CE configura la Seguridad Social como un servicio público, de lo que se deriva como consecuencia su necesaria garantía estatal y su extensión al conjunto de la ciudadanía. Como han mantenido las SSTC

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

poderes públicos son responsables del funcionamiento del régimen de la Seguridad Social. La administración pública lo organiza y controla¹⁰². Pero el carácter público del sistema de Seguridad Social no significa que esté vetada toda intervención de los particulares en el mismo. En el sistema de Seguridad Social, son de aplicación las técnicas de colaboración admitidas por el derecho administrativo. Entidades y sujetos privados pueden participar en la gestión del régimen público de Seguridad Social a través de los instrumentos propios del derecho administrativo, como las concesiones administrativas o los conciertos con la administración pública¹⁰³.

El artículo 41 CE declara que los poderes públicos deben mantener el régimen público de Seguridad Social. El verbo mantener puede interpretarse de diferentes modos¹⁰⁴, y hacerlo sinónimo de organizar, tener o establecer¹⁰⁵, o enfocarlo desde la financiación del sistema, desde su contenido o ámbito de protección¹⁰⁶, o considerándolo, en fin, como una exigencia de mejora, pero nunca de reducción, de la protección que dispensan los poderes públicos¹⁰⁷. De acuerdo con una interpretación autorizada, la CE contem-

184/1993 y 231/1993, «el artículo 41 de la CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal»: *vid.* SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 65 y nota 66. En este punto, la privatización del sistema no es una opción constitucionalmente posible, y la asistencia privada de las necesidades sociales sólo puede tener un carácter «complementario», tal y como señala la última línea del art. 41 CE.

102. En palabras de la OG 19 (ap. 11), el sistema de Seguridad Social «debe establecerse en el marco del derecho nacional, y las autoridades públicas deben asumir la responsabilidad de su administración o supervisión eficaz». El Comité añade que «los planes también deben ser sostenibles, incluidos los planes de pensiones, a fin de asegurar que las generaciones presentes y futuras puedan ejercer este derecho». En el ap. 46, el Comité observa que, «cuando los planes de Seguridad Social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceras partes, los Estados partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema nacional de Seguridad Social y asegurar que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de Seguridad Social en condiciones de igualdad suficiente, al alcance de todos y accesible». Y agrega: «Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz, que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento».
103. *Vid.* SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 59-60) y VALLE y RABANAL (2007, p. 13). Las SSTC 37/1994 y 129/1994 resaltan que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en su conjunto. *Vid.* ESCOBAR ROCA (2005, p. 59) acerca de la gestión privada de un servicio público, como forma de otorgamiento de los derechos de prestación.
104. *Vid.*, al respecto, SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 35 y ss. y nota 23) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 13-14).
105. *Vid.* la STC 37/1994.
106. VALLE y RABANAL, 2007, p. 14.
107. Tal y como destacan VALLE y RABANAL (*ibidem*), «si por mantener se interpreta que los

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

pla la Seguridad Social como una garantía institucional, esto es, como una institución reconocible socialmente por un contenido esencial indisponible, lo que impide su desmantelamiento o las modificaciones que varíen aquella esencia¹⁰⁸. El Tribunal Constitucional ha aceptado esa tesis, y ha precisado que la garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la licitud de varios modelos posibles de protección¹⁰⁹.

Aplicado ese concepto a la Seguridad Social, se plantea el problema de saber si el artículo 41 CE reconoce derechos a los ciudadanos, o contiene, tan sólo, una garantía institucional¹¹⁰. A partir de los estudios de WOLFF y de SCHMITT¹¹¹, la protección constitucional de las instituciones de derecho público y de los institutos de derecho privado se analiza, en Alemania, mediante el concepto de la garantía institucional (*institutionelle- oder Einrichtungsgarantie*)¹¹². La categoría surgió para asegurar, de algún modo, la prioridad constitucional de algunos de los derechos fundamentales que reconocía la Constitución de Weimar. El Tribunal Constitucional alemán asumió el concepto, que ha acogido la doctrina española¹¹³. El núcleo dogmático de la teoría de la garantía institucional es una prohibición dirigida al legislador, para que no elimine o modifique de modo sustancial determinados institutos jurídicos de derecho privado, como el matrimonio o la propiedad, o instituciones

poderes públicos sólo pueden mejorar la protección que por medio del sistema se dispensa pero nunca reducirla, hay que apresurarse también a advertir que la CE no contiene algo así como un principio de irreversibilidad o consolidación del ámbito objetivo de la Seguridad Social por el mero transcurso del tiempo». Y es que no puede excluirse «que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (SSTC 65/1987 y 77/1995) y para garantizar así la viabilidad y eficacia del sistema (STC 37/1994).

108. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985, pp. 271 y ss.), LÓPEZ PINA (1996, p. 32), JIMÉNEZ CAMPO (1999, p. 132), APARICIO (2003, pp. 790 y ss.), Díez-PICAZO (2005, pp. 58 y 66) y OJEDA (2006, pp. 954 y ss.).
109. SSTC 37/1994 y 206/1997.
110. En lo que sigue, pongo al día algunas de las observaciones ya realizadas en SAGARDOY y GIL (2003, pp. 364-365), a propósito de la libertad de empresa como garantía institucional.
111. Vid. SCHMITT, 1992, pp. 175 y ss.
112. Vid. las referencias a la garantía institucional en ALEXY (1986, pp. 192 y ss., 236 y ss. y 468 y ss.) y, asimismo, el análisis crítico de HUFEN, 2007, pp. 61 y ss.
113. PAREJO (1981) introdujo la noción, cuyo uso ha criticado REY MARTÍNEZ (1994, pp. 220 y ss.). Vid. en JIMÉNEZ BLANCO (1991) y GALLEG0 (1994) un análisis de las distintas posiciones doctrinales. Vid. también Díez-PICAZO (2005, pp. 58-59) y MUÑOZ MACHADO (2004, pp. 145 y ss.) sobre los diferentes tipos de normas constitucionales y, en particular, sobre las diferencias entre derechos y garantías.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

jurídicas de derecho público, como la autonomía municipal¹¹⁴. Si a la prohibición no corresponde ningún derecho del ciudadano, la protección es tan sólo objetiva. Si a la prohibición corresponden derechos del ciudadano, la protección es también subjetiva¹¹⁵.

Al valorar la corrección de la doctrina de la garantía institucional, debe tenerse en cuenta que, en la Ley fundamental y en la Constitución española, los derechos fundamentales vinculan al legislador y son, en consecuencia, derecho de validez inmediata¹¹⁶. Por eso, carece ya de sentido suponer que las instituciones de derecho público tan sólo están protegidas de forma objetiva frente al legislador, y es dable mantener que hay un derecho del ciudadano a la existencia de las mismas¹¹⁷. La garantía institucional es, ante todo, una construcción conservadora¹¹⁸. Si se examinan instituciones como el ma-

114. Según SCHMITT, puede distinguirse entre la garantía de instituto y la garantía institucional. La primera se refiere a la garantía de institutos de Derecho privado; la segunda vale para las instituciones de Derecho público.
115. *Vid.* ALEXY, 1986, pp. 237-238. SCHMITT (1992, p. 177) escribió: «Hay, pues, garantías institucionales con derechos subjetivos y sin ellos; también la protección jurídica y la posibilidad de hacer valer pretensiones está conformada de modo muy vario; pero a la esencia de la garantía institucional no le corresponde ni un derecho subjetivo, ni el mantenimiento de una vía jurídica».
116. *Vid.* el art. 1.3 LFB y el art. 9.1 CE y, en la doctrina, ALEXY (1986, p. 469) y HUFEN (2007, p. 62).
117. *Vid.* HUFEN (2007, pp. 62-63) y, con respecto a los institutos de Derecho privado, ALEXY, 1986, pp. 469 y ss. Según el último autor citado, el argumento principal para sostener un derecho subjetivo a la existencia de los institutos «es que numerosos derechos fundamentales presuponen conceptualmente la existencia de institutos jurídicos de derecho privado». En efecto, «sin normas sobre la propiedad no existe ninguna propiedad en sentido jurídico, sin normas sobre el matrimonio, ningún matrimonio en sentido jurídico». Por tanto, «un legislador que eliminase institutos jurídicos como los de la propiedad y el matrimonio privaría a los titulares de derechos fundamentales de algo a lo que tienen un derecho subjetivo» (ALEXY, 1986, p. 470). Quiere esto decir que «existe un derecho subjetivo a la vigencia de normas de derecho privado que son necesarias para que sea posible aquello que garantiza el derecho fundamental» (p. 471). En otro pasaje, ALEXY (p. 193) escribe que «la garantía jurídico-constitucional de la institución jurídica de la propiedad es subjetivizada en la medida en la que existen derechos individuales a la no eliminación de posiciones abstractas, que se refieren a la creación, a la finalización y a las consecuencias jurídicas de la posición del propietario». También señala que «el derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas» (p. 194).
118. *Vid.* HUFEN, 2007, pp. 61 y ss. El autor recoge tres razones para el escepticismo acerca de la conveniencia de utilizar el punto de vista de la garantía institucional: dado el tenor del art. 1.3 LFB y a diferencia de cuanto sucedía en tiempos de la República de Weimar, los derechos fundamentales no necesitan condensarse en garantías institucionales para gozar de una protección adecuada; el concepto pone el acento en la protección de la existencia y continuidad de la institución, tal y como se halla

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

rimonio, la familia, la cultura, la economía, la propiedad o la autonomía local, es patente que los derechos fundamentales desempeñan una doble función: protegen la libertad de los individuos en esos ámbitos, pero también, al mismo tiempo, la institución en cuanto tal, por lo que son, en ese sentido, garantías institucionales¹¹⁹. Pues bien: en un orden constitucional que se centra en los individuos, y no en las instituciones, el acento ha de ponerse en la libertad individual en y por medio de la institución, no en la libertad y en la protección de la institución¹²⁰. En definitiva, la finalidad protectora de la institución es siempre la del titular del derecho fundamental en la institución, no la institución en cuanto tal, de modo que la amenaza de la institución puede suponer una injerencia en los derechos fundamentales de carácter subjetivo¹²¹.

Viniendo ya al supuesto que nos ocupa, el artículo 41 CE otorga un derecho frente al Estado para que éste respete, proteja y realice la Seguridad Social como institución jurídica que otorga asistencia y prestaciones suficientes para hacer frente a las situaciones de necesidad. Frente al legislador, el derecho se refiere tanto a la vigencia de las normas sobre Seguridad Social, como a que tengan un determinado contenido¹²². En el ordenamiento español, la Constitución diseña un verdadero derecho constitucional a la Seguridad Social, aun cuando el artículo 41 CE imponga *prima facie* a los poderes públicos el deber de mantener un régimen público de Seguridad Social¹²³. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de cuanto sucede en el artículo 41 CE, varios tratados internacionales invocan la Seguridad Social como un derecho del ciudadano.

En suma, el contenido normativo del derecho a la Seguridad Social vincula a los poderes públicos, que deben respetarlo, protegerlo y realizarlo, y

configurada en un momento histórico determinado, y no en el desarrollo y transformación de la misma, y, en fin, suscita el peligro de enfrentamiento entre la libertad individual e institucional, cuando lo más importante es la protección de la libertad del individuo en y por medio de la institución, no la protección de la institución en cuanto tal.

119. HUFEN, 2007, p. 62.

120. HUFEN, 2007, p. 63.

121. HUFEN, *ibidem*.

122. *Vid.*, con carácter general, ALEX, 1986, p. 468.

123. PALOMEQUE, 1980, p. 336. Asimismo, LÓPEZ PINA (1996, pp. 31-32) considera que existe un derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo, que acompaña a la garantía institucional en cuya virtud los poderes públicos deben mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. *Vid.* ESCOBAR ROCA (2005, pp. 43-44) acerca de los mandatos a los poderes públicos, como concreción del principio del Estado social.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

confiere a los ciudadanos derechos que se traducen, a su vez, en deberes concretos de acción o de abstención de los poderes públicos o de los particulares, que pueden ejercitar ante los jueces y tribunales, bien de forma directa, bien con el alcance que establezcan las leyes. Como todos los derechos sociales, el derecho a la Seguridad Social es de realización progresiva. Y así, junto a posiciones jurídicas que derivan directamente del reconocimiento constitucional del derecho, como las relativas a la no discriminación en el otorgamiento de las prestaciones (art. 41 CE en conexión con el art. 14 CE), otras sólo pueden alegarse de acuerdo con lo que dispongan las disposiciones legales y reglamentarias de desarrollo.

Del carácter público del sistema de Seguridad Social, y de la atribución de su mantenimiento a los poderes públicos, puede derivarse uno de los principios que lo informan, y que goza de tradición en nuestro derecho: el principio de solidaridad¹²⁴. El principio lo mencionaba la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad¹²⁵, y lo han recogido el artículo 2.1 de la vigente LGSS y algunos Estatutos de Autonomía. Por otra parte, en la CDF, la Seguridad Social se incluye entre los derechos de solidaridad. La manifestación básica de la solidaridad que fundamenta el derecho de la Seguridad Social la encontramos en la finalidad redistributiva de las normas que lo estructuran. La redistribución opera en tres niveles diferentes: con respecto a los sujetos protegidos, redistribuyendo sus recursos y los de su familia a lo largo de la vida; con respecto a los trabajadores actuales, redistribuyendo los recursos entre quienes los tienen en un período determinado, y quienes no los tienen en ese mismo período, y respecto de las generaciones venideras, previendo que éstas atiendan las necesidades futuras de las generaciones presentes –fin que se canaliza a través de la imposición del sistema de reparto–¹²⁶. En consecuencia, parece lógico concluir que el principio de solidaridad quede conectado a la Seguridad Social entendida como garantía institucional¹²⁷.

La solidaridad no es un molde vacío de contenido, sino un verdadero

-
124. Vid. SAGARDOY (1970, p. 16), RODRÍGUEZ-PINERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985, pp. 278-279), APARICIO (2003, p. 794), ALARCÓN (2005, pp. 24 y ss.) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 14-15) y, en el Derecho francés, LABORDE (2005, pp. 9 y ss.). ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 38) definen el derecho de la Seguridad Social como un «conjunto integrado de medidas públicas de ordenación de un sistema de solidaridad para la prevención y remedio de riesgos personales».
125. La exposición de motivos de la Ley recordaba que «sin acudir a la solidaridad nacional ante las situaciones y contingencias protegidas, la Seguridad Social no pasa de ser artificio técnico sin verdadera raíz comunitaria».
126. Vid., con detalle, ALONSO OLEA y TORTUERO (2002, p. 37) y SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 127-128).
127. Vid. SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 127-128) y VALLE y RABANAL (2007, p. 15).

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

principio jurídico, que se desarrolla a través de distintas técnicas¹²⁸ y, en concreto, la consideración conjunta de las contingencias y la ruptura del sinalagma entre las aportaciones de los sujetos protegidos o beneficiarios y las potenciales prestaciones, que se hace particularmente evidente en las prestaciones en especie. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que una exigencia esencial del principio de solidaridad es «el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios»¹²⁹.

4.2. RÉGIMEN ABIERTO A TODOS LOS CIUDADANOS

La CE exige a los poderes públicos que desarrollen un régimen en el que se tienda a la protección social de todos los ciudadanos. Existe una vocación o tendencia universalista en el precepto constitucional¹³⁰. La Constitución demanda a los poderes públicos que superen, como ámbito de protección, el marco de los trabajadores dependientes o autónomos¹³¹. El artículo 41 CE culmina una tendencia evolutiva constante, que muta incluso los planteamientos originarios del sistema de previsión: de hallarse anclado, en un primer momento, en una finalidad eminentemente defensiva, que conllevaba la limitación de la protección a unos círculos personales conflictivos, como los indigentes, los proletarios o los asalariados, pasa a convertirse en un instrumento objetivo de obtención de la igualdad material¹³². El ideal último y básico de la Seguridad Social es la universalidad personal de la cobertura. Sólo a través de formas de protección no contributiva puede organizarse adecuadamente una extensión de las prestaciones sociales a todos los ciudadanos.

Que todos los ciudadanos sean los beneficiarios potenciales de la Seguridad Social, no significa que deba operarse un cambio revolucionario en la legislación. La CE indica el camino que ha de seguirse, pero no impone un ritmo concreto. Tal circunstancia explica que el presente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, mantenga la estructura profesional del sistema

128. VALLE y RABANAL, 2007, p. 15.

129. STC 134/1987.

130. RODRÍGUEZ-PIÑERO (1988, p. 3), ALARCÓN y GONZÁLEZ ORTEGA (1991, p. 48), SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 40), ALARCÓN (1999, pp. 72 y ss.) y OJEDA (2006, pp. 951 y ss.).

131. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 43.

132. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y GONZÁLEZ ORTEGA (1985, pp. 277-278). También MONTROYA (1980, p. 297) destaca que el art. 41 CE no crea *ex novo* un programa de política social y económica hasta ahora inexistente, sino que amplía, en rigor, una tendencia previa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

vigente con anterioridad a 1978¹³³; pero también explica que extienda el número de beneficiarios de las prestaciones, a través del reconocimiento de dos niveles de protección social, contributivo o no contributivo, o la exclusión de su seno de la asistencia sanitaria, que se aspira a hacer extensiva a toda la población.

No debe confundirse la universalidad subjetiva con la extensión de la acción protectora de la Seguridad Social¹³⁴. Una cosa es el número de personas a las que protege el sistema, y otra la protección que cada uno merece u obtiene. En este punto, la CE no impone una protección única o uniforme para todos y cada uno de los ciudadanos, aunque tampoco la impida. En suma, que el régimen de Seguridad Social sea para todos los ciudadanos, no significa que deba ser igual para todos. Sin incurrir en la tacha de inconstitucionalidad, el derecho de la Seguridad Social puede distinguir entre unos ciudadanos y otros. Es más, las diferencias pueden venir impuestas por el principio de igualdad real (art. 9.2 CE). Con todo, a lo dispuesto en el artículo 41 CE le es aplicable lo previsto en otros preceptos constitucionales y, en particular, en el artículo 14 CE, que recoge los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, y exige que la ley sea igual para todos, salvo que exista un motivo objetivo y razonable.

En virtud de los compromisos internacionales asumidos por España, y aunque el derecho a la Seguridad Social es aplicable a todos, los poderes públicos deben prestar una atención especial a las personas que, tradicionalmente, han tenido dificultades para ejercer el derecho y, en particular, las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la Seguridad Social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos¹³⁵.

4.3. ASISTENCIA Y PRESTACIONES SOCIALES SUFICIENTES

El régimen público de Seguridad Social garantiza asistencia y prestaciones sociales. Las mismas pueden ser económicas (pensiones, indemnizaciones) o en especie (asistencia sanitaria, servicios sociales). La asistencia y prestaciones sociales que garantiza la Seguridad Social tienden a dotar a quien lo necesita, verdaderamente o incluso de forma presunta, de un equivalente

133. *Vid.*, sobre todo, los arts. 7, 9 y 10.

134. Seguimos a VALLE y RABANAL, 2007, p. 16.

135. OG 19, aps. 31 y ss.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

de las rentas o bienes que habría podido obtener si le hubiese sido factible realizar una actividad productiva o hacer posible que las genere, ofreciéndole asistencia sanitaria¹³⁶.

Económicas o en especie, la asistencia y las prestaciones sociales deben ser suficientes, en términos de importe y duración, a fin de que todos puedan llevar una vida digna¹³⁷. La suficiencia se mide confrontando las prestaciones que otorga el sistema con la garantía de los derechos fundamentales de las personas, y es diferente, según se refiera al nivel contributivo o no contributivo. En el primero, además de las circunstancias políticas, económicas y sociales del país, los poderes públicos deben tener en cuenta la proporcionalidad con la cotización¹³⁸. Es posible utilizar distintos métodos para determinar si las prestaciones son suficientes, y es importante que los criterios se revisen de forma periódica, para asegurar que los beneficiarios puedan obtener los bienes y servicios que necesitan para realizar los derechos fundamentales¹³⁹.

4.4. PROTECCIÓN FRENTE A SITUACIONES DE NECESIDAD

La asistencia y prestaciones sociales suficientes deben otorgarse en situaciones de necesidad, que nacen de la imposibilidad de generar rentas laborales¹⁴⁰. La referencia a las situaciones de necesidad no debe hacernos pensar que sólo tiene derecho a la protección de la Seguridad Social quien ha caído en la indigencia o en la pobreza¹⁴¹. La CE no excluye la existencia de una protección especializada para los trabajadores, ajustada a los riesgos propios de su actividad¹⁴². No impide la existencia de un nivel profesional de protección. Puede deducirse del propio artículo 25.2 CE un vínculo entre el trabajo y los beneficios correspondientes a la Seguridad Social. Por lo demás, que la CE se refiera en plural a las situaciones de necesidad, no es incompatible con el recurso a un cierto grado de abstracción en las normas que regulan la Seguridad Social, que lleve a contemplar entre ellas, como base sobre la que se construye el otorgamiento de las prestaciones, a situaciones de necesidad presuntas, como la del huérano menor de una cierta edad o la de la persona mayor que cumple otra¹⁴³.

136. VALLE y RABANAL, 2007, p. 9. La STC 239/2002 precisa que las necesidades se establecen legalmente de manera objetiva y no se exige, en la modalidad contributiva, la prueba de recursos para la obtención de la prestación por parte del beneficiario.

137. OG 19, ap. 22.

138. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 47 y ss.

139. OG 19, ap. 22.

140. VALLE y RABANAL, 2007, p. 9.

141. VALLE y RABANAL, 2007, p. 17.

142. VALLE y RABANAL, *ibidem*.

143. VALLE y RABANAL, *ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La utilización de la expresión situaciones de necesidad en el artículo 41 CE, con una alusión específica al desempleo, puede entenderse como una alusión indirecta al «ideal de cobertura» mantenido hoy por nuestra Seguridad Social, de acuerdo con las normas internacionales básicas sobre la materia y, en especial, con el Convenio número 102 de la OIT. En tal caso, el término situaciones de necesidad es sinónimo de riesgos o contingencias¹⁴⁴. Por ideal de cobertura del sistema de Seguridad Social se entiende el conjunto de prestaciones por determinados riesgos que lo hacen reconocible, y sin el cual se convertiría en una mera colección de seguros. En concreto, son riesgos que componen el ideal apuntado: el accidente personal, la enfermedad, la maternidad, la invalidez, la vejez, la muerte, el paro y las cargas familiares¹⁴⁵. El ideal de cobertura parece que se ha estabilizado hace tiempo, al menos por lo que se refiere a las prestaciones económicas del sistema, aunque no tanto por lo que hace a las prestaciones en especie, esto es, las sanitarias y los servicios sociales, cuyo desarrollo, incluso (o especialmente) en épocas de crisis, e impulsado por las ideologías más diversas, parece constante¹⁴⁶. Recientemente, se ha juzgado conveniente considerar la dependencia como un riesgo digno de protección. Según indica su exposición de motivos, la Ley 39/20006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, configura las prestaciones y servicios que otorga como «una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social».

Utilizando la misma técnica que otros textos normativos, la CE contempla en otros preceptos la protección de contingencias concretas que afectan a ciertos colectivos, como las personas discapacitadas (art. 49 CE) o mayores (art. 50 CE). Tales contingencias pueden ser objeto de protección por medio de la Seguridad Social, o por medidas varias de política social. De ellas tam-

144. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 45.

145. *Vid.*, p. ej., OIT (2001, ap. 15) y OG 19, aps. 12 y ss. En nuestro Derecho, el cuadro general de las prestaciones lo establecen los arts. 38, 86 y 114 LGSS. *Vid.* en ALARCÓN (1999, pp. 108 y ss.) una síntesis y en VALLE y RABANAL (2007, pp. 105 y ss.) una exposición sistemática del contenido de la acción protectora de la Seguridad Social. *Vid.* los trabajos de GARCÍA NINET y VICENTE (2003), MALDONADO (2002 y 2003), CAVAS y FERNÁNDEZ ORRICO (2003) y TORTUERO y PANIZO (2003) acerca de la incapacidad temporal y la incapacidad permanente, la jubilación, la protección social por desempleo y la protección por muerte y supervivencia. Sobre la jubilación, *vid.* también el tratado de LÓPEZ CUMBRE (coord.) (2007). *Vid.* los Informes del Defensor del Pueblo (2007, pp. 461 y ss. y 2008, pp. 694 y ss.) acerca de las quejas en relación con las prestaciones de incapacidad temporal y permanente, jubilación, supervivencia y desempleo.

146. *Vid.* VALLE y RABANAL, 2007, p. 17, y los autores que citan.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

bién pueden ocuparse las normas propias de otras ramas del ordenamiento jurídico, como las civiles o las administrativas¹⁴⁷.

4.5. SEGURIDAD SOCIAL COMPLEMENTARIA

Según el artículo 41 CE, la asistencia y las prestaciones complementarias del régimen público de Seguridad Social serán libres¹⁴⁸. Del inciso se deducen dos consecuencias¹⁴⁹:

En primer lugar, una vez garantizada la protección en las situaciones de necesidad que componen el ideal de cobertura, el régimen público de Seguridad Social puede ofrecer a los ciudadanos prestaciones complementarias, cuya aceptación quede a su entera voluntad. Tal sucede, por ejemplo, con la enfermedad de breve duración en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA).

En segundo término, el ordenamiento jurídico debe franquear a los particulares la posibilidad de pactar o crear prestaciones privadas que complementen las prestaciones públicas o cubran las contingencias no protegidas por ellas. En la CE, libre no es sinónimo de privado, ni en ella lo privado se opone a lo público: el término libre no se contrapone tanto a público como a obligatorio o, dicho de otro modo, no equivale a privado, sino a voluntario o no obligatorio¹⁵⁰. Ahora bien, en ningún caso es posible interpretar la referencia constitucional a las prestaciones complementarias libres como una vía para privatizar el sistema público de Seguridad Social. Tal interpretación iría en contra de lo dispuesto en el artículo 41 CE considerado en su totalidad.

Integran la Seguridad Social complementaria las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y los planes y fondos de pensiones¹⁵¹.

4.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Partiendo de la distinción básica entre el régimen público de Seguridad Social y las prestaciones complementarias libres, el sistema de protección social se estructura en dos bloques:

En primer lugar, un régimen público, obligatorio, mínimo o básico, que otorga prestaciones suficientes, y se halla integrado por un nivel contributivo,

147. VALLE y RABANAL, 2007, p. 18.

148. Vid. PÉREZ (1985), SÁNCHEZ-URÁN y AGUILERA (2003), AGUILERA, BARRIOS y SÁNCHEZ-URÁN (2005) y OJEDA (2006, pp. 966 y ss.).

149. VALLE y RABANAL, 2007, p. 18.

150. Vid. SÁNCHEZ-URÁN (1995, p. 64) y los autores que cita.

151. Vid., sobre el particular, VALLE y RABANAL, 2007, pp. 223 y ss.

de ámbito profesional y de naturaleza contributiva, y por un nivel no contributivo, de ámbito universal y naturaleza asistencial¹⁵².

En segundo lugar, un régimen público y/o privado, libre o voluntario, de ámbito universal y/o profesional y complementario¹⁵³. Es una protección adicional a la otorgada suficientemente por el régimen público, de la que podrán beneficiarse los ciudadanos que así lo deseen y estén en condiciones de hacerlo.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

La referencia constitucional a los ciudadanos no puede entenderse como una limitación personal de la Seguridad Social española a los nacionales de nuestro país. En realidad, la Seguridad Social protege a los residentes en España¹⁵⁴.

En el nivel contributivo, se hallan comprendidos los españoles o extranjeros que residan en España y ejerzan una actividad profesional en el territorio nacional. En efecto, según el artículo 7.1 LGSS, a efectos de las prestaciones de carácter contributivo, están comprendidos en el sistema de Seguridad Social todos los españoles y extranjeros comunitarios que residan en España cuando reúnan los siguientes requisitos adicionales: por un lado, ejercer su actividad en el territorio nacional y, por otro, pertenecer a alguno de los siguientes colectivos laborales: trabajadores por cuenta ajena y dependientes de las distintas ramas de la actividad económica, sin que importe la modalidad de su contrato de trabajo, mayores de dieciséis años; trabajadores por cuenta propia o autónomos mayores de dieciocho años; socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado; funcionarios públicos civiles y militares y estudiantes. Así pues, para ser sujeto potencial beneficiario de las prestaciones contributivas, la primera nota básica es realizar una labor productiva, bien por cuenta ajena o por cuenta propia (el caso de los estudiantes es, en realidad, una excepción) y la segunda, que admite salvedades, llevarla a cabo en el territorio nacional¹⁵⁵. Por su parte, los trabajadores extranjeros no co-

152. El Tribunal Constitucional ha declarado que, al configurarse como una función del Estado, el sistema de Seguridad Social permite incluir en su ámbito no sólo a las prestaciones de carácter contributivo, sino también a las no contributivas (STC 239/2002).

153. Según señala la STC 208/1998 se suprime la garantía del Estado sobre las prestaciones complementarias.

154. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, p. 43, nota 37.

155. STC 77/1995.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

munitarios tendrán acceso a las prestaciones en su modalidad contributiva cuando residan o se encuentren legalmente en España (art. 7.1 LGSS). Con todo, la aplicación de esta regla general admite excepciones, que vienen avaladas, por lo demás, por un buen número de convenios internacionales, que extienden la protección del sistema de Seguridad Social incluso a los trabajadores ilegales. Pueden verse, por ejemplo, los Convenios 19 y 143 de la OIT, así como la Recomendación 151 de la OIT.

En este sentido, tras las modificaciones que han introducido las Leyes Orgánicas 14/2003, de 20 de noviembre, y 2/2009, de 11 de diciembre, el artículo 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LE), dispone que, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, la carencia de la correspondiente autorización de residencia y trabajo no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será un obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. El precepto añade que, en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Y concluye que, salvo los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero. Ha concretado el alcance de esta previsión el artículo 42.2 del Real Decreto 84/1986, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores. En virtud de la norma reglamentaria, y como criterio general, los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de los países que hayan ratificado el Convenio n° 19 de la OIT, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda, a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Ello se entiende sin perjuicio de la aplicación, a los mismos efectos de protección, del principio de reciprocidad expresa o tácitamente reconocida. Asimismo, los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el sistema, sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones, de acuerdo con lo establecido en la ley¹⁵⁶.

156. *Vid.*, al respecto, VALLE y RABANAL, 2007, pp. 32-33.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el nivel no contributivo, y según establece el artículo 7.3 LGSS, están comprendidos en el sistema de Seguridad Social todos los españoles residentes en territorio nacional. Así pues, las notas básicas que caracterizan al potencial beneficiario de las prestaciones no contributivas son ostentar la nacionalidad española y residir en territorio español. Por lo que hace a los extranjeros, los ciudadanos de los países de la Unión Europea que residan en España se asimilan a los españoles a todos los efectos. También se equiparan a los españoles los hispanoamericanos, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio español. Los restantes extranjeros se benefician de la protección del sistema en su nivel no contributivo si así se dispone en los tratados, convenios o acuerdos ratificados al efecto, o cuando así proceda en virtud de reciprocidad tácita o expresamente reconocida (art. 7.5 LGSS). Por tanto, debe contrastarse con lo dispuesto en el artículo 7.5 LGSS la declaración del artículo 10.1 LE, que establece, sin excepción, que los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esa ley orgánica tendrán derecho al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente¹⁵⁷.

5.2. OBLIGADOS

De acuerdo con el mandato constitucional, corresponde al Estado la regulación, dirección y gestión del sistema de Seguridad Social. En España, es tradición que los órganos centrales del Estado se reserven las competencias normativa y fiscalizadora sobre el sistema, y que atribuyan la gestión directa a las llamadas entidades gestoras de la Seguridad Social, que se ocupan de recaudar las cotizaciones destinadas a financiarlo, y a reconocer y otorgar las prestaciones correspondientes. Las entidades gestoras son organismos estatales autónomos, sujetos al derecho administrativo, cuya actividad controlan determinados ministerios, como los de Empleo y Seguridad Social o Economía.

Según el artículo 57.1 y la disposición adicional decimonovena de la LGSS, las entidades gestoras de la Seguridad Social son¹⁵⁸: el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), con competencia en materia de gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema, a excepción de las que corresponden al IMSERSO y al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, antiguo INEM); el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGS), sucesor del antiguo INSALUD –que desapareció con la transferencia de las competencias estatales en materia de salud a las Comunidades Autónomas–,

157. Subrayan esta circunstancia VALLE y RABANAL, 2007, p. 34.

158. VALLE y RABANAL, 2007, pp. 49-50.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

y que gestiona las prestaciones sanitarias en Ceuta y Melilla; el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), que gestiona las prestaciones de invalidez y jubilación no contributivas, así como los servicios sociales complementarios del sistema de la Seguridad Social y los planes, programas y servicios de ámbito estatal para personas mayores y para personas con dependencia, y el Instituto Social de la Marina (ISM), que gestiona el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar. También gestiona el sistema, proporcionando un servicio común a las entidades mencionadas, la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), que tiene personalidad jurídica propia. En ella se unifican todos los recursos financieros de la Seguridad Social, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única. Sus competencias son muy importantes, y han ido aumentando con el tiempo. Se extienden a la realización de los actos de encuadramiento (inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de los trabajadores), necesarios para establecer las relaciones jurídicas de Seguridad Social, y a la liquidación y recaudación de los derechos económicos (recaudación de cuotas por cotizaciones debidas a la Seguridad Social)¹⁵⁹. Asimismo, debe considerarse como entidad gestora de la Seguridad Social el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE, antiguo INEM), en cuanto tiene a su cargo, por lo que respecta al sistema de Seguridad Social, la protección económica de los desempleados y la cotización en su nombre (art. 226 LGSS)¹⁶⁰.

El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001, prevé la creación de una Agencia de la Seguridad Social¹⁶¹. En concreto, en el apartado IX, el Acuerdo señala que la actual estructura organizativa de la Seguridad Social, que supuso una indudable mejora frente a los esquemas de gestión anteriores, no responde adecuadamente a los nuevos planteamientos que se derivan de la realidad actual. Por eso, resulta conveniente llevar a la práctica el contenido de la recomendación 7ª del Pacto de Toledo, mediante la constitución de una Agencia de la Seguridad Social, que logre una integración orgánica y funcional de las funciones de afiliación y recaudación y de gestión de prestaciones. A tal fin, el Gobierno se compromete, previa consulta con las organizaciones sociales, en el plazo máximo de un año a remitir a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de creación de la Agencia de la Seguridad Social, a fin de que la gestión y administración de la Seguridad Social se lleve a cabo con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes y eficacia social,

159. Vid. VALLE y RABANAL (2007, pp. 58-59) acerca del protagonismo de la Tesorería General de la Seguridad Social en los actos de encuadramiento a la Seguridad Social.

160. VALLE y RABANAL, 2007, p. 50. Vid., no obstante, la STC 124/1989, FJ 8.

161. Vid. LÓPEZ GARCÍA (2001) y DURÁN (2002) acerca de este Acuerdo.

además de descentralización funcional. Conviene recordar que la recomendación 7ª del Pacto de Toledo, sobre integración de la gestión, habla de reafirmar la eficacia gestora del sistema, a través de una mayor integración orgánica de las funciones de afiliación, recaudación y de gestión de prestaciones, que facilite nuevos avances en ese ámbito. Durante años, los sucesivos Gobiernos no cumplieron ese compromiso del Acuerdo de 9 de abril de 2001, de gran trascendencia para la mejora de la gestión del sistema de Seguridad Social. Pues bien, la disposición adicional séptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, prevé ya la constitución de una Agencia Estatal de la Seguridad Social.

El ordenamiento jurídico español admite que determinadas personas físicas y jurídicas colaboren con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, en el ámbito de las prestaciones que otorga el sistema. Son las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social; las empresas e, incluso, las asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas que figuren inscritas precisamente como colaboradoras en el correspondiente registro establecido *ad hoc* (art. 67 LGSS). La colaboración en la gestión de prestaciones por parte de entidades privadas se adecua más a los sistemas de Seguridad Social profesionales, cuya financiación depende de las aportaciones empresariales, y cuya acción protectora se basa en riesgos específicos propios del trabajo dependiente. Puede obedecer a razones históricas, prácticas o técnicas. Y, en principio, no puede analizarse como una suerte de privatización de la Seguridad Social, sino más bien como un conjunto de técnicas para garantizar la eficacia administrativa y gestora del sistema¹⁶².

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

Desde el punto de vista del derecho internacional, y al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la Seguridad Social impone a los Estados

162. *Vid.*, con detalle, VALLE y RABANAL (2007, pp. 50 y ss.). Con cita de la STC 37/1994, dichos autores señalan que todo depende de la relevancia que llegue a tener la colaboración en la gestión en el conjunto del régimen público de Seguridad Social, y de si avanza hasta poner en cuestión su titularidad pública. Y concluyen que «si esta titularidad pública se mantiene se manifiesta a través de la asunción por el Estado del control sobre sus colaboradores y a través de la garantía de las prestaciones de Seguridad Social en todo caso» (p. 51). Por su parte, ALARCÓN (1999, pp. 63-64) expresa perplejidad por la pervivencia de la técnica de la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

las obligaciones de respetar, proteger y realizar el derecho¹⁶³. Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la Seguridad Social, es importante distinguir entre la incapacidad y la renuencia del Estado a cumplir sus obligaciones. Al respecto, el artículo 2.1 PIDESC obliga a cada Estado a tomar las medidas necesarias «hasta el máximo de los recursos de que disponga». Para que el Estado pueda atribuir el incumplimiento de las obligaciones mínimas derivadas del derecho a la Seguridad Social a la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha hecho todo lo que está a su alcance para utilizar todos los recursos a su disposición, en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Por tanto, viola las obligaciones que ha contraído, en virtud de normas internacionales como el PIDESC, el Estado que no esté dispuesto a utilizar al máximo los recursos de que dispone para hacer efectivo el derecho a la Seguridad Social. Si la limitación de recursos imposibilita el cumplimiento pleno por el Estado de las obligaciones que le impone el Pacto, el Estado tendrá que justificar, no obstante, que ha hecho lo que está a su alcance por utilizar todos los recursos de que dispone para cumplir, de forma prioritaria, las obligaciones generales y particulares que derivan del derecho a la Seguridad Social.

Las violaciones del derecho a la Seguridad Social pueden producirse mediante actos de comisión, consistentes en la acción directa del Estado o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. Las violaciones pueden consistir, por ejemplo, en la adopción de medidas deliberadamente regresivas, incompatibles con las obligaciones básicas; en la revocación o la suspensión formal de la legislación necesaria para seguir disfrutando del derecho a la Seguridad Social; en el apoyo activo a medidas adoptadas por terceras partes que sean incompatibles con el derecho a la Seguridad Social; en el establecimiento de condiciones de admisibilidad diferentes para las prestaciones de asistencia social destinadas a las personas desfavorecidas y marginadas en función del lugar de residencia; o en la denegación activa de los derechos de las mujeres o de determinados grupos o personas. Las violaciones por actos de omisión pueden ocurrir cuando el Estado no adopta medidas suficientes y apropiadas para garantizar el ejercicio del derecho a la Seguridad Social. Entre tales violaciones, figuran: el no adoptar medidas apropiadas para lograr el pleno ejercicio por todos del derecho a la Seguridad Social; la no aplicación de la legislación pertinente o de las políticas destinadas a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social; el no garantizar la sostenibilidad financiera de los planes de pensiones; el no reformar o derogar la legislación manifiestamente incom-

163. *Vid.* OG 19, aps. 43 y ss. *Vid.* también AMNISTÍA INTERNACIONAL (2005, pp. 40 y ss.) acerca de las obligaciones previstas en el Derecho internacional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

patible con el derecho a la Seguridad Social; la no regulación de las actividades de determinados grupos o personas para impedirles que violen los derechos económicos, sociales y culturales; el no suprimir con prontitud los obstáculos que el Estado Parte tiene la obligación de eliminar para permitir el ejercicio inmediato de un derecho garantizado; el no cumplir sus obligaciones básicas; o el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones internacionales al celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales o empresas multinacionales¹⁶⁴.

En el derecho interno, la ley exige unos requisitos generales para el acceso a las prestaciones contributivas. Además de un período de cotización o carencia, es también un requisito general estar afiliado y en alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social¹⁶⁵. La ley condiciona también el acceso a las prestaciones no contributivas a la concurrencia de determinados requisitos. De acuerdo con la teoría general de las prestaciones de la Seguridad Social, las mismas están sujetas a restricciones, como la existencia de topes máximos¹⁶⁶ o la incompatibilidad entre las pensiones¹⁶⁷.

El Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad de ciertas medidas adoptadas por el legislador para racionalizar los gastos de la Seguridad Social, tales como la incompatibilidad entre la pensión de jubilación y el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad retribuida en las Administraciones públicas¹⁶⁸, la incompatibilidad de las pensiones entre sí¹⁶⁹, el establecimiento de topes máximos a la cuantía de las mismas¹⁷⁰ o la obligación de abono por parte del empresario, sin la posibilidad de descontar el pago de sus cotizaciones, de la prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común y accidente no laboral entre los días cuarto y decimoquinto¹⁷¹. En general, el Tribunal Constitucional ha afirmado la constitucio-

164. Los aps. 64 y 65 de la OG 19.

165. *Vid.* el art. 124 LGSS y, en la doctrina, MONTOTOY (dir.) (2005, p. 278) y VALLE y RABANAL (2007, pp. 118-119). Existen mecanismos para suavizar la concurrencia de los requisitos, tales como la eliminación del requisito de alta y de la carencia en algunos casos, o como la contemplación de determinadas situaciones asimiladas al alta. *Vid.* BARRIOS (1997) acerca de las situaciones asimiladas al alta y GALA (1997) sobre la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización a la Seguridad Social.

166. Art. 47 LGSS.

167. *Vid.* el art. 122 LGSS y, en la doctrina, RON (2000).

168. SSTC 65/1987, 188/1988 y 65, 66 y 67/1990, y SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 91-92.

169. STC 103/1984 y SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 113-114.

170. STC 134/1987 y BORRAJO (1991, pp. 1497-1498) y SÁNCHEZ-URÁN (1995, pp. 92-93 y 113).

171. SSTC 37/1994 y 129/1994. Sobre el particular, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 60 y ss.

nalidad de los requisitos legales, a veces muy rigurosos, para acceder a las prestaciones¹⁷².

7. GARANTÍAS

En el plano del Derecho internacional, de conformidad con el artículo 2.1 PIDESC, los Estados Partes deberán recurrir a «todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas», para dar cumplimiento a las obligaciones dimanantes del Pacto, entre las que se hallan las relativas al derecho a la Seguridad Social. El Estado tiene un margen de discreción para determinar qué medidas son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente al Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para que toda persona disfrute del derecho a la Seguridad Social lo antes posible.

De acuerdo con los instrumentos de Derecho internacional, las víctimas de las violaciones del derecho a la Seguridad Social deben tener derecho a una reparación adecuada, que puede consistir en una restitución, indemnización, satisfacción o la garantía de que no se repetirán los hechos¹⁷³.

Ya en el Derecho interno, y según dispone el artículo 53.3 CE, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y sólo podrán alegarse ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen¹⁷⁴. Aun así, como el resto de disposiciones de la CE, el artículo 41 CE es una verdadera norma¹⁷⁵. Vincula al legislador en un doble sentido: impone la

172. Así, p. ej., la exigencia de un período mínimo de cotización (STC 13/1984), el cumplimiento de los actos constitutivos de la relación jurídica (STC 189/1987 y las que siguen su doctrina) o las condiciones o exigencias para acceder a una determinada prestación (STC 119/1987 y ATC 404/1988). Al respecto, *vid.* SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 80 y ss.

173. OG 19, ap. 77.

174. *Vid.* DÍEZ-PICAZO (1996), JIMÉNEZ CAMPO (1996 y 1999, pp. 121 y ss.) y RIVERO (2002).

175. Como se sabe, GARCÍA DE ENTERRÍA (1983) ha mantenido que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo. Según las SSTC 240/1999, FJ 4; 95/2000, FJ 5, y 203/2000, FJ 4, la violación de estos preceptos está abierta al recurso de inconstitucionalidad, pues estos principios informadores, como la entera norma constitucional, son normas jurídicas superiores (finalistas o de programación final que, además, contienen mandatos al legislador, principios de igualdad y garantías institucionales), que vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 CE), y no «meras normas sin contenido», por lo que su desconocimiento (de los bienes o valores constitucionalmente relevantes que consagran) por las resoluciones judiciales dictadas, en aplicación de las leyes, las hace incurrir en la falta de justificación y razonabilidad vulneradora del art. 24.1 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

emanación de las disposiciones legislativas necesarias para alcanzar el fin perseguido por el precepto, y prohíbe legislar en sentido contrario a lo en él establecido. En su caso, puede utilizarse la vía del recurso de inconstitucionalidad [art. 161.1.a) CE]¹⁷⁶. En el caso de los condenados a pena de prisión que estén cumpliendo la misma, el derecho a los beneficios correspondientes a la Seguridad Social es objeto de una tutela constitucional plena y reforzada, al revestir el carácter de un derecho fundamental y libertad pública (art. 25.2 CE). Tales ciudadanos podrán recabar la tutela jurisdiccional del derecho ante los tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

El alcance y el contenido concreto de los derechos de los ciudadanos, en el ámbito de la Seguridad Social, vienen determinados fundamentalmente en la LGSS y en sus normas de desarrollo¹⁷⁷. Aun así, los jueces y tribunales pueden juzgar los casos de violaciones del derecho a la Seguridad Social, o por lo menos de las obligaciones fundamentales, invocando directamente el precepto constitucional o los tratados internacionales que reconocen el derecho¹⁷⁸.

La ley tutela de forma intensa las prestaciones de Seguridad Social¹⁷⁹. Así, las mismas son inembargables, salvo en los casos de obligaciones alimenticias del beneficiario¹⁸⁰; no pueden ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento¹⁸¹ y, en cuanto a aquellas cuyo responsable es el empresario, tienen el carácter de créditos privilegiados y gozan, al efecto, de la protección que dispensa al salario el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET)¹⁸². Asimismo, para no lesionar la protección del

176. *Vid.* PALOMEQUE (1991, p. 97). En un trabajo anterior, PALOMEQUE (1980, p. 335) indica que el art. 41 CE constituye una norma propia y directamente obligatoria, y no un mero principio orientativo. Añade que, en cuanto norma dirigida básicamente al legislador, es preceptiva o vinculante bajo un doble perfil o aspecto: no sólo prohíbe legislar en sentido contrario a sus propios términos (aspecto impeditivo), sino que impone la emanación de leyes o de las actuaciones normativas necesarias para alcanzar los fines perseguidos en el precepto constitucional (aspecto impositivo). Y concluye que, frente a una interpretación reductora del art. 161.1.a) en relación con el art. 53.1 CE, es segura la competencia del Tribunal Constitucional en la revisión, a través del recurso de inconstitucionalidad, de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley que desarrollen los principios que contiene el art. 41 CE. *Vid.* también ALARCÓN (1999, pp. 47 y ss.).

177. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 38-39.

178. OG 19, ap. 79.

179. *Vid.* VALLE y RABANAL, 2007, p. 118.

180. *Vid.* los arts. 607 y 608 LECiv.

181. Art. 40 LGSS.

182. Art. 121.2 LGSS. No obstante, en caso de concurso de acreedores, es de aplicación la Ley Concursal (arts. 90 y 91.4).

Capítulo VIII. El derecho a la Seguridad Social

beneficiario, existen mecanismos de corrección tendentes a que reciba la protección, aun en los casos de incumplimiento de los requisitos de encuadramiento o de las obligaciones de cotización. Pueden mencionarse, en este sentido, el alta de pleno derecho¹⁸³ y la automaticidad de las prestaciones¹⁸⁴.

Puede incurrirse en responsabilidad administrativa por vulneración de las normas de Seguridad Social. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la función inspectora, que será desempeñada por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad, comprende los cometidos de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y contenido normativo de los convenios colectivos, en el ámbito del sistema de Seguridad Social y, en concreto, en lo que hace a: las normas en materia de campo de aplicación, inscripción, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación de cuotas del sistema de la Seguridad Social; las normas sobre obtención y disfrute de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, así como de los sistemas de mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, además de cualesquiera modalidades de sistemas complementarios voluntarios establecidos por convenio colectivo; las normas sobre colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como la inspección de la gestión y funcionamiento de las entidades y empresas que colaboran en la misma o en la gestión de otras prestaciones o ayudas de protección social, y, por último, el ejercicio de la inspección por el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 5.2, apartado d), de la LGSS.

De igual modo, el artículo 78 LGSS dispone que la inspección en materia de Seguridad Social se ejercerá a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, desarrollando las funciones y competencias que tiene atribuidas por la ley. Específicamente, corresponderá a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la vigilancia en el cumplimiento de las obligaciones que derivan de la LGSS y, en especial, de los fraudes y morosidad en el ingreso y recaudación de cuotas de la Seguridad Social; la inspección de la gestión, funcionamiento y cumplimiento de la legislación que les sea de aplicación a las entidades colaboradoras en la gestión, y la asistencia técnica a entidades y organismos de la Seguridad Social, cuando les sea solicitada. Las competencias transcritas se ejercerán de acuerdo con las facultades y procedimientos establecidos en las disposiciones aplicables. De acuerdo con el artículo 79

183. Art. 125.3 LGSS.

184. Art. 126.3 LGSS.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

LGSS, los servicios de la Seguridad Social prestarán su colaboración a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en orden a la vigilancia que ésta tiene atribuida respecto al cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores establecidas en la LGSS.

Los artículos 20 y siguientes de la LISOS establecen las infracciones en materia de Seguridad Social. El artículo 40 LISOS establece la cuantía de las sanciones. En virtud de lo establecido en el artículo 43.1 LISOS, las sanciones que puedan imponerse a los distintos sujetos responsables se entenderán sin perjuicio de las demás responsabilidades exigibles a los mismos, de acuerdo con los preceptos de la LGSS y de sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

Asimismo, la ley trata de fomentar el cumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones de prevención de riesgos laborales. Así, existe un recargo por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales¹⁸⁵. Por otro lado, la materialización de los riesgos que protege el sistema puede dar lugar también a responsabilidades empresariales administrativas, civiles y penales¹⁸⁶. En este sentido, los artículos 11 y siguientes de la LISOS tipifican las infracciones por vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales. El artículo 40 LISOS establece la cuantía de las sanciones.

La tutela de los derechos subjetivos en el campo de la Seguridad Social se lleva a cabo en la jurisdicción social. En efecto, corresponde al orden social de la jurisdicción la competencia para juzgar de las cuestiones litigiosas en materia de Seguridad Social y de mejoras de la acción protectora de la Seguridad Social, incluidos los planes de pensiones y contratos de seguro, siempre que su causa derive de un contrato de trabajo o de un convenio colectivo¹⁸⁷.

En fin, el artículo 129.1 CE prevé la participación de los interesados en la Seguridad Social. El texto constitucional encomienda a la ley diseñar el modelo de participación, en general, en todos «los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general» y, más en particular, las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social. En la actualidad, dicha participación se recoge en el artículo 60 LGSS, que faculta al Gobierno para regular la participación en el control y vigilancia de la gestión de las entidades gestoras, que se efectuará gradualmente, desde el nivel estatal al local, por órganos de composición tripartita integrados por representantes de los sindicatos, de las organizaciones empre-

185. Art. 123 LGSS.

186. VALLE y RABANAL, 2007, pp. 125 y ss.

187. *Vid.* el art. 2.b) y c) LPL.

sariales y de la Administración Pública. Para dar cumplimiento a esa exigencia, diversas normas reglamentarias han venido precisando el alcance y contenido de los órganos gestores de control y vigilancia de la gestión que, junto a los de dirección (Director General, Secretario General, etc.), conforman la estructura orgánica de estos servicios. La tarea participativa se concentra en los primeros. En la esfera central, son el Consejo General de cada entidad y la Comisión Ejecutiva. En la esfera provincial, operan las Comisiones Ejecutivas Provinciales¹⁸⁸.

8. CONSIDERACIONES FINALES

El derecho a la Seguridad Social es un derecho social de realización progresiva, del que no dispone una buena parte de los seres humanos¹⁸⁹. Según la Organización Internacional del Trabajo, más de la mitad de la población mundial carece de prestaciones de Seguridad Social, y sólo una de cada cinco personas tiene una cobertura adecuada de Seguridad Social¹⁹⁰. Aunque la limitación de los recursos disponibles supone un obstáculo para la realización plena del derecho, la importancia fundamental de la Seguridad Social para la dignidad humana obliga a los poderes públicos a darle prioridad en la legislación y en la política, con una asignación adecuada de recursos¹⁹¹. Conviene abordar la Seguridad Social como un bien social, y no como una mercancía o un mero instrumento de la política económica¹⁹². La extensión de la Seguridad Social contribuye a la promoción de la justicia y de la solidaridad social¹⁹³.

En el artículo 41 CE, no hay tanto un modelo nuevo de Seguridad Social, que ilegítimamente o supere el sistema configurado con anterioridad a su entrada en vigor, como un mandato a los poderes públicos de perfeccionar el modelo mixto, esencialmente contributivo, a que responde el sistema español. El perfeccionamiento se producirá cuando se garanticen prestaciones para todos los ciudadanos a través de mecanismos no contributivos de protección, y se restablezcan, sin las disfuncionalidades asistenciales, los elementos profesionales y contributivos del sistema¹⁹⁴.

En las últimas décadas, España ha dado pasos decisivos para consolidar y mejorar el sistema de Seguridad Social heredado del franquismo. La última

188. Vid. MERCADER (2009b, pp. 129 y ss.), a quien remitimos para mayores detalles.

189. OG 19, ap. 7.

190. OIT, 2001, ap. 17, y 2003.

191. OG 19, ap. 41.

192. OG 19, ap. 10.

193. OIT, 2001, aps. 2 y 21.

194. SÁNCHEZ-URÁN, 1995, pp. 50 y 58.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

etapa de la evolución viene marcada por el desarrollo del Pacto de Toledo, suscrito en 1995 y renovado en 2003. Pese a los avances logrados, los poderes públicos deben seguir perfeccionando los mecanismos de protección social y, en particular, los propios de la Seguridad Social. El logro del pleno ejercicio del derecho a la Seguridad Social es un fin ineludible del Estado social.

Capítulo IX

El derecho a la protección de la salud*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a la protección de la salud (en adelante, derecho a la salud), entendido como derecho fundamental, surge en España con la Constitución de 1978¹. La primera referencia relevante a la salud de nuestro constitucionalismo histórico se encuentra en el texto de 1931, según el cual «el Estado *prestará* asistencia a los enfermos» (art. 43), añadiéndose que «La República *asegurará* a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social *regulará* los casos de seguro de enfermedad, accidente [...], vejez, invalidez y muerte» (art. 46). Parece claro así que la Constitución republicana no llegó a configurar un derecho subjetivo pero sí un mandato de actuación de los poderes públicos (nótese la forma imperativa de los verbos en cursiva), el cual apenas llegó a desarrollarse, dada la brevedad de su vigencia.

En el régimen de Franco encontramos referencias similares, desprovistas de la fuerza vinculante propia de una Constitución, en la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958, según la

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA. Agradecemos los comentarios generales de María José AMORÍN y Manuel GARCÍA ENCABO a una primera versión de este capítulo, así como los comentarios puntuales, a alguna de nuestras tesis, de Fernando BENITO y Pablo DE LORA. Concluida la redacción del capítulo, tenemos noticia de la aparición de la extensa monografía de LEÓN ALONSO (2010), que aborda nuestra misma temática pero que, por razones de cierre editorial, lamentablemente no hemos podido tomar en consideración.

1. Obviamente, mucho antes existió en nuestro país un Derecho sanitario *meramente administrativo*, que no corresponde tratar aquí. Para esa Historia remitimos, por todos, a las síntesis de MUÑOZ MACHADO, 1995, pp. 15-90, y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 27 y ss.

cual «todos los españoles tienen derecho: [...] a los beneficios de la asistencia y Seguridad Sociales» (Principio IX), añadiéndose que «El Estado procurará por todos los medios a su alcance perfeccionar la salud física y moral de los españoles» (principio XII). Pese a la naturaleza meramente política del texto, en esta larga etapa se sentaron las bases (de gran trascendencia para la sustancial efectividad actual, como veremos, del elemento de disponibilidad del derecho) de un sistema sanitario público, si bien limitado a los trabajadores y ajeno a la lógica de los derechos fundamentales². Así, la Ley de 14 de diciembre de 1942 creó el Seguro Obligatorio de Enfermedad, que fue expandiéndose progresivamente, tanto en materia de prestaciones sanitarias como de sujetos beneficiarios de las mismas, especialmente a partir de la aprobación de la Ley de 28 de diciembre de 1963, de Seguridad Social³.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

El vigente artículo 43 CE, central para nuestro análisis, no fue objeto de excesivo debate en las Cortes Constituyentes. Resulta significativo que nunca llegara a discutirse la oportunidad de un precepto de esta naturaleza. En el Anteproyecto Constitucional encontramos ya una redacción similar a la actual: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la sanidad y la higiene, así como garantizar las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto» (art. 36). De acuerdo con las tendencias más modernas de política sanitaria, la Ponencia Constitucional introdujo después la referencia a las «medidas preventivas»⁴ y la Comisión de Constitución del Senado sustituyó la expresión «la sanidad y la higiene» por «la salud pública»⁵. De estas modificaciones y de los debates correspondientes, PEMÁN GAVÍN ha extraído como consecuencia que la CE incorpora un concepto amplio de salud pública⁶, tesis con la que coincidimos (*infra*, 4.1).

2. En esta época, autores como ORTIZ DÍAZ (1966), MORELL OCAÑA (1970) o ESCRIBANO COLLADO (1976) destacaron la necesidad de *subjetivizar* las obligaciones propias del sistema sanitario público, propuesta sin duda loable pero sólo posible, en el contexto de las leyes fundamentales, bajo la figura de los derechos subjetivos de rango meramente legal.
3. Sobre este proceso, por todos, PEMÁN GAVÍN, 2005, pp. 5 y ss.
4. Aceptación de la enmienda del Grupo Parlamentario de UCD. *BOCG* de 17 de abril de 1978, Congreso de los Diputados, n° 82, pp. 1545 y 1546.
5. Aceptación de las enmiendas del senador Sánchez Castiñeiras (UCD), similares a las presentadas por el Senador Hurtado SIMÓN (UCD) y por el Grupo Socialista del Senado. *BOCG* de 30 de agosto de 1978, Senado, n° 46, pp. 2078-2079 y 2084.
6. PEMÁN GAVÍN, 1989, pp. 67-68.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

Del debate previo al rechazo de determinadas enmiendas por la Ponencia del Congreso⁷ pueden extraerse dos nuevas pautas para la interpretación auténtica:

- a) La prohibición de «socializar» (más correctamente, nacionalizar) la sanidad, por cuanto se consideró innecesaria la referencia a la libertad de creación y gestión de centros sanitarios privados, por encontrarse esta implícita en el reconocimiento de la libertad de empresa⁸ (*infra*, 4.3.1).
- b) La consideración de la libertad de elección de médico y centro sanitario como facultades que quedan fuera del contenido constitucional del derecho fundamental (*infra*, 4.3.1).

1.2.2. Normas sobre el derecho a la salud

La protección de la salud aparece, directa o indirectamente, expresa o implícitamente, en normas de reconocimiento de derechos, mandatos a los poderes públicos y normas de organización de la CE. Una primera aproximación a todas ellas resulta necesaria para centrar el objeto de nuestro estudio y encauzar adecuadamente la posterior interpretación sistemática. Así:

- a) El artículo 43.1 reconoce el «derecho a la protección de la salud» con categoría de derecho fundamental, esto es, directamente exigible por los ciudadanos ante todos los poderes públicos, sin que para ello resulte obstáculo, como hemos sostenido, el artículo 53.3⁹ (*supra*, III, 1.2). El análisis de este derecho, centro de toda la regulación constitucional de la salud¹⁰, es el objeto central del presente capítulo.
- b) El artículo 43.2 (y el 43.3, en su referencia al fomento de la educación sanitaria) incorpora un mandato (y una reserva de ley correlativa), dirigido a todos los poderes públicos, que básicamente viene a concretar, como complemento del párrafo anterior, las principales obligaciones derivadas del derecho fundamental, entendido básicamente en sentido objetivo (*infra*, 2.2 y 4.1).
- c) El artículo 15 reconoce el derecho a la vida e integridad, que puede contemplarse como uno de los fundamentos posibles del derecho a

7. BOCG de 17 de abril de 1978, n° 82, p. 1545.

8. Así, con apoyo precisamente en la interpretación auténtica, GARRIDO FALLA, 2001, p. 881.

9. La cita de este último precepto resulta, en todo caso, ya superflua, pues la legislación de desarrollo confirma la subjetivización (*infra*, 4.1).

10. Acertadamente, APARICIO TOVAR, 2002, p. 1555.

la salud (*infra*, 3.2), cuestión ésta relevante a la hora de determinar su contenido. Además, entre los derechos de los artículos 15 y 43.1 existe una marcada unidad fenomenológica¹¹, de ahí que no resulte infrecuente que cuando un Tribunal no pueda proteger el derecho a la salud como tal, este sea protegido a través de las normas de reconocimiento del derecho a la vida e integridad¹². De no darse este obstáculo procesal, resulta preferible garantizar estas situaciones fronterizas por la vía del artículo 43.1 y no del artículo 15, y ello por las razones metodológicas ya vistas, a las que remitimos (*supra*, IV, 1.4).

- d) Los artículos 41 y 45 reconocen, respectivamente, los derechos a la Seguridad Social y al medio ambiente, preceptos que ayudan, nuevamente, a la delimitación negativa del derecho a la salud, solución que en este caso carece de consecuencias jurídicas significativas pero que resulta útil a efectos dogmáticos, para una mejor sistematización de las figuras a estudiar. En primer lugar, el artículo 45 CE puede ser interpretado, entre otras cosas, como una ampliación del derecho a la salud, en el sentido de eliminación de situaciones que a corto, medio o largo plazo pueden llegar a producir enfermedades¹³. En cuanto a la problemática relación entre Seguridad Social y salud, especialmente debatida en nuestra doctrina, nos adscribimos a la tesis según la cual los derechos a la Seguridad Social y la salud están

-
11. Insiste en esta idea DEL REY GUANTER (1998), de la cual el autor parece extraer, como consecuencia fundamental (y en apariencia paradójica), que el derecho a la salud tiene un contenido propio, cuya importancia obliga a desvincular la figura de los parámetros propios del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social; *vid.* asimismo, RIVERO LAMAS, 2000, pp. 48-49.
12. Inspirándose en el TEDH (*infra*, 1.3.1), el Tribunal Constitucional ha señalado que «el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma» (SSTC 35/1996, 119/2001, 5/2002, 62/2007 y 160/2007). Téngase en cuenta que, si no se diera el obstáculo formal de la exclusión del art. 43.1 del recurso de amparo (ésta es la auténtica razón de que apenas exista jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud, frente a la explicación dada por PEMÁN GAVÍN, 2009, pp. 85-86), lo correcto hubiera sido proteger estas situaciones por la vía del derecho a la salud y no por la vía del derecho a la vida e integridad. Dada la «función educadora» de esta doctrina sobre los tribunales ordinarios, no tenemos nada que objetar, pero estos últimos, no condicionados ya por el mencionado obstáculo formal, deberían ya razonar sin problema a partir del art. 43.1.
13. Así, ESCOBAR ROCA, 1995, pp. 80-82. El medio ambiente es unánimemente considerado como uno de los condicionantes más importantes de la salud, y así lo reconoce el propio legislador (p. ej., art. 19 LGS).

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

configurados de forma independiente (*supra*, VIII, 4), lo que ofrece un argumento (entre otros que después se verán) para concluir que resulta más coherente con la Constitución que la titularidad del derecho a la salud no se haga depender de la previa condición de afiliado a la Seguridad Social, lo que tradicionalmente ha implicado alguna forma de cotización.

- e) El mandato de los poderes públicos de velar por «la seguridad e higiene en el trabajo» del artículo 40.2 CE es un complemento importante de la política sanitaria exigida por el artículo 43.2, situándose extramuros de la misma. Nuevamente, la regla interpretativa que venimos utilizando nos lleva a analizar esta cuestión en otra sede sistemática (*supra*, VII, 4.2).
- f) Como excepción, el deber de los poderes públicos de garantizar la salud «de los consumidores y usuarios», del artículo 51.1, debe integrarse en el derecho que estudiamos, pues carece de sustantividad propia: no hay una salud de los usuarios (potencialmente, todos los ciudadanos) distinta de la salud en general. De esto se deduce que alguna de las garantías típicas del Derecho de consumo resultarán aplicables al derecho a la salud (*infra*, 7.4).
- g) Los artículos 39.2, 49 (ambos implícitamente) y 50 (expresamente) establecen, respectivamente, el deber de los poderes públicos de promover la salud de la embarazada, de las personas en situación de discapacidad y de las personas mayores. Las tres previsiones han de verse como un recordatorio de que, al menos en estos casos, la política sanitaria debe ser especialmente cuidadosa, en una suerte de acción afirmativa constitucionalizada (*infra*, 5.1.2).
- h) Las normas constitucionales de distribución de competencias en la materia merecen una referencia especial¹⁴. Según el artículo 148.1.21 CE, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de «Sanidad». Por su parte, el artículo 149.1.16 reserva al Estado la «competencia exclusiva» (compartida, en realidad) sobre «Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos». En su delimitación de estas materias, el Tribunal Constitucional se ha preocupado especialmente de garantizar la igualdad entre todos los españoles en el ejerci-

14. No es éste, en todo caso, el lugar para analizar a fondo esta cuestión, que será abordada de forma tangencial, por cuanto sólo indirectamente incide sobre el derecho a la salud. Para más detalles, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 41 y ss.

cio del derecho a la salud. Las decisiones más relevantes son las siguientes¹⁵:

- Sobre las competencias estatales de coordinación y planificación sanitarias, la STC 32/1983 (*leading case* en la materia) analiza el todavía vigente Real Decreto 2824/1981, reglamento que, en cuanto al fondo, resiste las críticas de los Gobiernos vasco y catalán, desde una generosa concepción de las bases estatales sobre sanidad. Uno de los argumentos, a nuestro juicio decisivo, empleados por el Tribunal para delimitar ampliamente la noción de bases es precisamente su conexión con los artículos 43.1 y 149.1.1. De esta conexión se deriva, en general, la «exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional» y se justifican, en particular, las competencias estatales sobre control sanitario de alimentos, aditivos, drogas y productos médicos y farmacéuticos, así como la alta inspección¹⁶, como modo de «garantizar la igualdad de las condiciones básicas (art. 149.1.1 CE) entre todos los españoles para el ejercicio de su derecho a la salud».
- Sobre los registros sanitarios de alimentos, las SSTC 32/1983, 42/1983, 87/1985 y 111/1986 enjuician la creación y competencias de registros estatales y autonómicos. Se justifica la existencia de un registro nacional y se recortan, mediante sentencias interpretativas, las competencias de los registros autonómicos, nuevamente (aunque con menor contundencia que en el caso anterior), desde un concepto amplio de bases, fundado, entre otras cosas, en «la necesaria protección del derecho a la salud de todos los ciudadanos, [...] cuya protección deben garantizar los poderes públicos en condiciones de igualdad».
- Sobre el derecho al medicamento, la STC 98/2004 resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Presidente del Gobierno contra el artículo 51 de la Ley de Canarias 5/1996, que habilita al Gobierno de Canarias a regular precios de referencia de los medicamentos, de forma tal que si los facultativos desean prescribir medicamentos más costosos deberán emitir un informe complementario, que a su vez deberá ser aprobado por el órgano competente del Servicio Canario de la Salud. Aunque en esta oca-

15. Hacemos referencia tan sólo a las sentencias que conectan, directa o indirectamente, las materias competenciales en juego con el derecho del art. 43.1 CE. Para una panorámica más amplia, *vid.*, p. ej., DE LA CUEVA ALEU, 2004, pp. 49 y ss.

16. Se citan las cuatro materias que se conectan expresamente con el derecho a la salud. La conexión implícita se produce también en relación con las demás.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

sión no se alude expresamente al artículo 43.1 CE¹⁷, es evidente que el derecho a la salud se encuentra implícito en la argumentación del Tribunal. La Sentencia realiza una interpretación de la normativa canaria que salva su constitucionalidad, y ello en el sentido siguiente: con la legislación estatal del medicamento (actualmente, Ley 29/2006) «se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima, que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser susceptible de mejora (y nada se dice de limitaciones al legislador autonómico presupuestario *ex art.* 149.1.13), en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera». En consecuencia, la fijación autonómica de precios de referencia es constitucional «siempre que se respeten los mínimos establecidos por la norma básica estatal»¹⁸.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL¹⁹

1.3.1. Panorámica del bloque del artículo 10.2 de la Constitución

Los textos internacionales más relevantes para la interpretación del artículo 43 CE²⁰, que serán nuevamente aludidos después, al tratar de las cuestiones concretas, son los siguientes:

a) En el sistema de Naciones Unidas, ya el artículo 55.b) de su Carta

-
17. Tampoco se alude al art. 149.1.1, escudándose al respecto el Tribunal en un argumento procesal, a nuestro juicio (y a juicio de los dos votos particulares) en exceso formalista.
 18. Conviene destacar que la STC 98/2004 fue seguida de dos votos particulares, logrando ambos la adhesión de otros tres magistrados del Alto Tribunal. En síntesis, para los cinco magistrados disidentes, las bases del artículo 149.1.17, dada su conexión con el derecho a la salud, no permiten diferencias (ni siquiera para mejorar) entre las Comunidades Autónomas. Volveremos sobre esta cuestión en los lugares oportunos.
 19. Para la búsqueda en Internet de la mayor parte de los documentos que siguen y para una relación más amplia de los mismos remitimos a la exposición de SALADO en FIO, 2006, pp. 25-84 y 111-139.
 20. Dejamos fuera la importante labor de la Organización Internacional del Trabajo, ya que la problemática específica de la salud laboral no será abordada en este capítulo; al respecto, *supra*, VII, 1.2 y VIII, 1.2.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

fundacional, de 1945, incluyó el compromiso de «solución de problemas internacionales de carácter [...] sanitario y de otros problemas conexos» y poco después el Tratado de Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946 calificó en su Preámbulo de derecho fundamental «el goce del grado máximo de salud». Seguidamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 proclamó que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial [...] la asistencia médica» (art. 25). Resulta claro, en consecuencia, que desde el comienzo la salud fue considerada un derecho humano a nivel universal²¹.

A nivel universal, el texto más importante para el derecho a la salud²² es sin duda el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), cuyo artículo 12 reconoce «el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» y establece, a título de ejemplo, cuatro medidas obligatorias para los Estados: la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas; y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. La Observación General del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) n° 14, de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (OG 14), ha dado amplia concreción al contenido del artículo 12, la cual, con independencia de su exacto valor jurídico (al respecto, *supra*, IV, 4.3.2 y 4.4.2), resulta de especial utilidad para la interpretación del artículo 43 CE.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también de 1966, se refiere a la salud pública como límite directo de los derechos a la libertad deambulatoria (art. 12.3), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 18.3), al derecho de reunión (art. 21) y al derecho de asociación (art. 22.2). Otros convenios internacionales sobre derechos humanos se ocupan también fragmentariamente del derecho a la salud, entendido esta vez como derecho subjetivo, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 [art. 5.e)], la

-
21. Para más detalles, p. ej., TOEBES, 1999, o TOGRUSKIN, MILLS y TARANTOLA, 2007, pp. 449 y ss.
 22. La normativa internacional sobre salud pública tiene menos trascendencia para este capítulo; para una panorámica reciente de la misma, PONS RAFOLS, 2010, pp. 23 y ss. En cuanto a la conexión del derecho a la salud con otros derechos y obligaciones del sistema universal, en cuyos detalles no podemos ahora entrar, *vid.*, p. ej., GONZÁLEZ, 2003, pp. 161 y ss.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 [arts. 11.1.f) y 12]²³, la Convención sobre Derechos del Niño de 1999 (arts. 24.1, 25, 32 y 39)²⁴ o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 (arts. 22.2 y 25)²⁵.

b) En el sistema del Consejo de Europa²⁶, la Carta Social Europea de 1961²⁷ reconoce, en la Parte I, que «Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar» (ap. 11) y, dentro de la Parte II y bajo la rúbrica del «derecho a la protección de la salud» (art. 11), el deber de los Estados de «adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines», eliminar las causas de una salud deficiente, establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y prevenir las enfermedades (especialmente las epidémicas y endémicas); y, bajo la rúbrica del «derecho a la asistencia social y médica» (art. 13), el compromiso de los Estados de, entre otras cosas, «velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes [...] pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado»²⁸. El mismo artículo 13 remite al Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, de 11 de diciembre de 1953, que establece la obligación de los Estados Partes de atender en su territorio a los nacionales del resto de los Estados Partes.

El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 1997 (Convenio de Oviedo), incluye no sólo normas sobre bioética (temática que, salvo referencias puntuales, quedará fuera de este capítulo) sino también sobre el acceso equitativo a los beneficios de la sanidad (art. 3), las obligaciones profesionales y las normas de conducta (art. 4) y sobre los dere-

-
23. *Vid.* la Recomendación General del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer n° 24, sobre la mujer y la salud, de 1999 y SALADO, en FIO, 2004, pp. 40-41.
 24. *Vid.* la OG del Comité de Derechos del Niño n° 4, sobre la salud y desarrollo de los adolescentes, de 2003, y SALADO, en FIO, 2004, pp. 42-44.
 25. *Vid.* SALADO, en FIO, 2010, pp. 53-55.
 26. Para más detalles, desde nuestra perspectiva, FOÀ, 1998, pp. 57 y ss.
 27. Se cita el texto original, pues el texto revisado (que introduce modificaciones importantes sobre el derecho a la salud) no ha sido ratificado por España.
 28. La evidente diferencia entre los contenidos de las Partes I y II se explica por el diferente grado de vinculación de ambas: la primera, casi utópica, contiene objetivos políticos y la segunda, más realista, quiere presentarse como vinculante y por tanto susceptible de ser cumplida.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chos al consentimiento (arts. 5-9) y a la información (art. 10), en relación con el derecho a la salud.

Tangencialmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) configura la salud pública como límite directo de los derechos a la libertad y seguridad [art. 5.1.e)], al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.2), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9.2), a la libertad de expresión (art. 10.2) y a la libertad de reunión y asociación (art. 11.2), si bien este límite ha sido aplicado en escasas ocasiones por la jurisprudencia²⁹.

Con bastante frecuencia, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido algunas facetas del derecho a la salud como parte del contenido de los derechos a la vida (art. 2), a la prohibición de la tortura (art. 3) y a la vida privada y familiar (art. 8). La ubicación sistemática no nos parece relevante, y el propio Tribunal no se muestra del todo coherente en este punto. Por la relevancia que está cobrando la jurisprudencia europea en nuestro Tribunal Constitucional y en nuestra doctrina (ya tuvimos oportunidad de hacernos eco de ello, a título ejemplificativo, en *supra*, IV, 6.3), y sin perjuicio de volver sobre algunas Sentencias en los lugares oportunos, conviene exponer ahora las líneas esenciales del TEDH sobre el derecho a la salud:

- En su faceta defensiva, se han considerado intervenciones contra el derecho a la salud la extradición o expulsión de extranjeros si están gravemente enfermos y no pueden recibir cuidados médicos en su país³⁰, las detenciones de personas enfermas o en riesgo de enfermedad³¹, la obligación de cumplir el servicio militar por personas mayores³² y la obligación de someterse a radiaciones potencialmente peligrosas para la salud³³.
- Se ha reconocido el derecho a la asistencia sanitaria y medicamentos, en relación sobre todo con el fallecimiento de reclusos por inexistente o inadecuada asistencia sanitaria³⁴. Es importante destacar que se con-

29. SSTEDH *Cha'are Shalom Ve Tsedek* contra Francia, de 27 de junio de 2000 y *Clisse* contra Francia, de 9 de abril de 2002.

30. *D* contra Reino Unido, de 2 de mayo de 1997 y *N* contra Reino Unido, de 27 de mayo de 2008.

31. *Aliev* contra Ucrania, de 23 de abril de 2003; *Slimani* contra Francia, de 27 de julio de 2004; *Noveselov* contra Rusia, de 3 de junio de 2005 y *Slawomir* contra Polonia, de 20 de enero de 2009.

32. *Tastan* contra Turquía, de 4 de marzo de 2008.

33. *McGuinley* y *Egan* contra Reino Unido, de 9 de junio de 1998.

34. Más que de titulares privilegiados podemos hablar aquí de una obligación de dotar de efectividad al derecho a la salud en situaciones de vulnerabilidad, algo que, por cierto, deriva de su misma naturaleza; al respecto, *infra*, 3.2 y 5.1.2.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

dena al Estado no por falta de garantías judiciales tras el fallecimiento sino por la omisión de la asistencia misma. Uno de los casos más claros es *Tarariyeva* contra Rusia, de 14 de diciembre de 2006, donde de la mera falta de asistencia se deduce sin más la vulneración del artículo 3 CEDH. Si bien el TEDH no lo indica expresamente, puede hablarse entonces de una obligación estatal de asistencia médica a los reclusos³⁵. Fuera del ámbito de los reclusos, la asistencia sanitaria se conecta con el derecho a la Seguridad Social, por vía del Protocolo 1³⁶. No hay muchas Sentencias al respecto, por lo que no llega a aclararse si el CEDH contiene un derecho universal a la asistencia sanitaria o si ésta cubre, únicamente, bien a los cotizantes previos (así parece desprenderse de la conexión con la propiedad privada), bien los casos de enfermedad ocasionada por omisión del deber estatal de protección frente a riesgos.

- Se imponen también actuaciones preventivas para evitar la muerte o enfermedad. En general, se considera que la omisión de actuaciones preventivas en caso de riesgo para la vida o la salud vulnera el CEDH. La jurisprudencia se centra en casos relacionados con el medio ambiente³⁷. En este bloque cabe incluir las Sentencias sobre el ámbito penitenciario no relacionadas con la asistencia sanitaria en cuanto tal sino más bien con la obligación estatal de prevenir la enfermedad³⁸.
- En cuanto a las garantías del derecho a la salud, el TEDH considera que en caso de fallecimiento por inexistente o inadecuada asistencia médica, debe existir una reparación³⁹. Asimismo, se considera obliga-

35. *McGlinchey* contra Reino Unido, de 29 de abril de 2003; *Farbthuhs* contra Letonia, de 2 de diciembre de 2004; *Labzov* contra Rusia, de 16 de junio de 2005; *Gürbüz* contra Turquía, de 10 de noviembre de 2005; *Melnik* contra Ucrania, de 28 de febrero de 2006; *Scoppola* contra Italia, de 10 de junio de 2006; *Kotsaftis* contra Grecia, de 12 de junio de 2008; *Renolde* contra Francia, de 16 de octubre de 2008; *Kilavu* contra Turquía, de 21 de octubre de 2008; *Dzieciak* contra Polonia, de 9 de diciembre de 2008; *Gagiu* contra Rumanía, de 24 de febrero de 2009; *Paladi* contra Moldavia, de 10 de marzo de 2009; *Groni* contra Albania, de 7 de julio de 2009; *Generalov* contra Rusia, de 9 de julio de 2009; *Sulejmanovic* contra Italia, de 16 de julio de 2009; y *Pitalev* contra Rusia, de 30 de julio de 2009.

36. *Bourdov* contra Rusia, de 7 de mayo de 2002.

37. *Powell y Rayner* contra Reino Unido, de 21 de febrero de 1990; *López Ostra* contra España, de 9 de diciembre de 1994; *Guerra y otros* contra Italia, de 19 de febrero de 1998; *Öneryildiz* contra Turquía, de 18 de junio de 2002 (confirmada por la de 30 de noviembre de 2004); *Hatton y otros* contra Reino Unido, de 8 de julio de 2003; *Moreno Gómez* contra España, de 16 de noviembre de 2004; *Fadeyeva* contra Rusia, de 10 de junio de 2005; *Giacomelli* contra Italia, de 2 de noviembre de 2006; *Budaieva y otros* contra Rusia, de 20 de marzo de 2008.

38. *Brânduse* contra Rumanía, de 7 de abril de 2009.

39. *Calvelli y Ciglio* contra Italia, de 17 de enero de 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción del Estado la creación de un sistema de recursos (civiles o penales) que permita el ejercicio efectivo de las acciones indemnizatorias en caso de responsabilidad médica⁴⁰. Esto es, el derecho a la vida privada incluye el derecho a una indemnización por error médico.

c) En el sistema de la Unión Europea el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (versión revisada de 2008) señala que «Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana». Asimismo, puede hablarse de un carácter meramente objetivo del derecho a la salud, derivado de la política sanitaria comunitaria que diseña el artículo 168 TFUE. Como veremos en su momento (*infra*, 5.1.3), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha reconocido implícitamente un cierto derecho fundamental comunitario a la salud, pero no derivado del artículo 35 CDF sino, curiosamente, de la libertad de prestación de servicios de los actuales artículos 56 a 62 TFUE. Por su parte, el Reglamento (CE) 883/2004, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos comunitarios en todo el territorio de la Unión Europea (*infra*, 5.1.3).

1.3.2. Referencia a otros documentos internacionales

Sin la fuerza jurídica propia de los textos citados en el apartado anterior y dejando fuera la amplísima documentación internacional específica sobre salud pública⁴¹, cabe citar un grupo heterogéneo de documentos útiles para la interpretación del derecho a la salud, formado básicamente por los siguientes:

- a) En el sistema de Naciones Unidas⁴², la Declaración de Alma-Ata, de 1978, que se ocupó sobre todo del derecho a la salud en la atención primaria, y, parcialmente, la Declaración del Milenio, y en concreto, los Objetivos de Desarrollo del Milenio, de 2000, de los cuales tres están relacionados con la salud (reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna y combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades); las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 37/194, de 18 de diciembre de 1982 (Principios de ética médica en la protección de personas presas y detenidas), 58/173, de

40. *Codarcea* contra Rumanía, de 2 de junio de 2009.

41. La política de salud pública no será objeto de atención prioritaria en este capítulo.

42. A nivel universal, fuera del sistema de Naciones Unidas, tiene interés la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos del paciente, hecha en Lisboa en 2005.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

10 de marzo de 2004 y 60/35, de 8 de febrero de 2006; los Informes anuales de la Organización Mundial de la Salud sobre la salud, así como sus planes de acción (el último, para el decenio 2006-2015); los múltiples documentos, y en especial los Informes anuales (desde 2003), del Relator Especial sobre el Derecho a la Salud⁴³; y, con relación a España, las Observaciones Finales del Comité DESC, que periódicamente este órgano emite sobre nuestro país.

- b) En el sistema del Consejo de Europa, las Recomendaciones del Comité de Ministros 99-21 E, sobre listas de espera; 2000-18 E, sobre políticas de promoción de la salud; 2000-5 E, sobre participación en salud; 2001-12 E, sobre la salud de personas en situación de marginación; 2006-7, sobre la seguridad sanitaria; 2006-18 E, sobre la salud en una sociedad multicultural⁴⁴; las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 1445-2000, sobre la seguridad sanitaria de la población europea; 1626-2003, sobre la reforma de los sistemas sanitarios en Europa; 1784 y 1785-2007, sobre el VIH-SIDA; 1921-2010 sobre la salud de la mujer; y 1959-2011, sobre la políticas preventivas de salud; así como la Resolución 1339-2004, del mismo órgano, sobre la estrategia europea de promoción de la salud sexual y reproductiva⁴⁵; y, con relación a España, las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, que periódicamente este órgano emite sobre nuestro país.
- c) En el sistema de la Unión Europea, la salud se enfoca básicamente desde una perspectiva objetiva, sólo de forma muy indirecta relacionada con el derecho a la salud estrictamente considerado⁴⁶. De entre los múltiples documentos sobre salud, seleccionamos, por su relación directa con el derecho a la salud, la Comunicación de la Comisión de 20 de abril de 2004, para el apoyo a las estrategias nacionales de modernización de la asistencia sanitaria.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL⁴⁷

1.4.1. La Ley General de Sanidad

Los primeros años de vigencia del texto constitucional no resultaron

43. Los textos, en <http://www2.ohchr.org/english/issues/health/right/visits.htm>.

44. Los textos, en http://www.coe.int/t/dg3/health/recommendations_en.asp.

45. Los textos, en http://assembly.coe.int/ASP/Doc/ATListingThesaurus_E.asp?DescID=6628.

46. Hay multitud de documentos en http://europa.eu/legislation_summaries/public_health/index_es.htm. Para una síntesis de los más relevantes remitimos a CAMPINS ERITJA, 2010, esp. pp. 397-405.

47. Para una exposición más amplia del contexto sociopolítico, remitimos a RODRÍGUEZ Y DE MIGUEL (1990), GUILLÉN Y CABIEDES (1998) y RICO (1998).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

propicios para el desarrollo del artículo 43.1 CE, y ello por dos motivos principales: la existencia de otras prioridades (se consideró procedente comenzar con la regulación de los derechos liberales) y la crisis económica del momento. No obstante, entre 1978 y 1981 se aprueban algunos reglamentos importantes, que abren paso a una concepción de la sanidad más acorde con los parámetros constitucionales, como el Real Decreto-ley 36/1978 (creación del INSALUD) o los Reales Decretos 1517/1981 (transferencia de competencias sanitarias a Cataluña) y 2824/1981⁴⁸ (coordinación y planificación sanitarias).

El proceso de elaboración de la primera ley de desarrollo del derecho a la salud, que vino acompañado de algunos reglamentos preparatorios⁴⁹ y dio lugar a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), comienza en la primera legislatura socialista, con un borrador presentado por el ministro Ernst Lluch en diciembre de 1983. Este borrador diseña un modelo sanitario totalmente novedoso en nuestro país, creando un Sistema Nacional de Salud (SNS) inspirado en el *National Health Service* británico y basado en cinco ejes fundamentales: la desvinculación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social⁵⁰, la superación de una concepción exclusivamente curativa de la sanidad, la universalización de la asistencia sanitaria, la integración de la red pública y la descentralización. Debido a la presión de sectores conservadores y a divergencias dentro del propio Gobierno, la propuesta inicial socialista, especialmente hasta la aprobación, en abril de 1985, por el Consejo de Ministros del Proyecto de Ley, perdió algo de su sentido transformador originario⁵¹, si bien conservó, a nuestro juicio, sus principales rasgos originales. En el trámite parlamentario los partidos nacionalistas lograron potenciar la descentralización del sistema, prestando así su apoyo a la ley. En la votación final no se obtuvo la aprobación de los grupos parlamentarios popular (por no garantizarse la libre elección de médico) y comunista (por posponerse la universalización –en el sentido de gratuidad– de la sanidad).

La LGS tiene naturaleza básica (art. 2.1), salvo sus artículos 31.1.b) y c) (sobre determinadas potestades inspectoras) y 57 a 69 (sobre la organización

48. Anulado parcialmente por la ya citada STC 32/1983.

49. El RD 137/1984, sobre estructuras básicas de salud, y sucesivas ampliaciones de la cobertura de la asistencia sanitaria pública anticipan ya puntos esenciales de la LGS.

50. No lograda del todo, ni aun hoy, como iremos viendo. Existe en esta materia una cierta esquizofrenia legislativa: la LCC se dicta al amparo del art. 149.1.16 CE pero poco después, la reforma del art. 86.2 LGSS operada por la Ley 24/1997 sigue relacionando asistencia sanitaria y Seguridad Social. Recientemente, la DA 22ª de la Ley 27/2011 parece volver a la senda marcada, a nuestro juicio, por la CE y la LGS.

51. Se mantienen los conciertos con la sanidad privada y se pospone la financiación vía impuestos y universal a un momento posterior.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

de las Áreas de Salud), que quedan como Derecho supletorio del dictado por las Comunidades Autónomas. Paralelamente, se dictó la Ley Orgánica 3/1986, por entenderse que las materias en ella reguladas estaban reservadas a este tipo normativo.

Como iremos comprobando, aunque sólo dos de sus artículos (el 1 y el 10) se refieren directamente a posiciones subjetivas, casi todo su contenido (con la excepción, quizás, de los dos últimos títulos, sobre docencia e investigación y sobre el Instituto de Salud Carlos III) afecta, de una u otra forma, al derecho a la salud. Así se señala en el artículo 1.1 de la propia Ley, que concreta su objeto en «la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución».

La LGS ha sido objeto de un desarrollo normativo suficiente y de un grado de aplicación, a grandes rasgos, bastante satisfactorio. La bonanza económica de los primeros años de vigencia de la Ley hizo posible la separación (todavía no definitiva) entre sanidad y Seguridad Social, así como un desarrollo importante de la red asistencial y de las prestaciones sanitarias públicas. La sanidad no se ha convertido en un campo habitual de confrontación radical entre los principales partidos y hoy se sigue considerando a la LGS como uno de los pilares normativos fundamentales de nuestro Estado social. Resulta significativo que ni siquiera en el contexto de la actual crisis económica se haya planteado seriamente su reforma.

1.4.2. La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

Los más de 16 años transcurridos desde la entrada en vigor de la LGS llevaron a la necesidad de adaptarla a la evolución posterior, especialmente de cara a la configuración de un sistema sanitario de hecho modificado tras la fuerte (y ya concluida, en el momento de presentarse el proyecto) descentralización acaecida. El proyecto de ley, presentado por el segundo Gobierno del Partido Popular en noviembre de 2002 (bajo la responsabilidad de la ministra Ana Pastor), se convirtió finalmente en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCC), que fue aprobada, tras un rápido y fructífero debate parlamentario (se tuvieron en cuenta buena parte de las enmiendas presentadas), por unanimidad de las Cámaras.

La LCC modifica partes importantes de la LGS y regula un variopinto conjunto de cuestiones (lo que se demuestra, p. ej., en la relación, contenida en su art. 2, de los principios que la informan), con importantes novedades en materias como la función estatal de coordinación general de sanidad, el

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS) o la financiación sanitaria. Si bien la mayor parte de sus contenidos guardan relación indirecta, aunque trascendental (por cuanto garantizan la disponibilidad del derecho o miran por la igualdad en el ejercicio del mismo) con el derecho a la salud, existen otros que implican desarrollo más claro y directo del artículo 43 CE, y en especial el artículo 4 y la amplia y novedosa regulación de las prestaciones sanitarias (arts. 7 a 29), que no se encontraban concretadas en la LGS, con vulneración, a nuestro juicio, de la reserva de ley establecida en el mismo artículo 43. El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización (RDCSC), desarrolla el alcance de las prestaciones sanitarias, y tiene por tanto una trascendencia constitucional evidente.

La LCC tiene en su mayoría carácter básico (DF 1ª), si bien un buen número de preceptos no admite desarrollo autonómico, bien por ser dictados en ejercicio de competencias exclusivas, bien por ser de aplicación únicamente a la Administración General del Estado.

1.4.3. Referencia a otras leyes estatales

Otras cinco leyes estatales regulan, de manera más indirecta o parcial, aspectos importantes del derecho a la salud. A ellas sólo haremos breve mención:

- a) La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) sigue en gran parte al ya citado Convenio de Oviedo y regula cuestiones en su mayoría previstas lacónicamente en la LGS y desarrolladas en los años anteriores por la legislación autonómica. Trata de los derechos a la información y documentación sanitarias, intimidad, autonomía del paciente, así como de la historia clínica, temas que afectan a la faceta defensiva del derecho a la salud⁵², los cuales, pese a la ya amplia doctrina y jurisprudencia que han generado, no serán abordados aquí en profundidad (*infra*, 4.2).
- b) La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los

52. El art. 2.6 tiene una trascendencia más amplia, en su referencia a que «Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado [...] a la correcta prestación de sus técnicas». La regulación de los derechos a la intimidad y protección de datos, por su parte, queda claramente fuera del contenido del art. 43 CE, pues encaja mejor en el art. 18.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

medicamentos y productos sanitarios, llamada Ley del medicamento (LM), aborda, bien que tangencialmente, como veremos, un aspecto clave del derecho a la salud, el derecho al medicamento (*infra*, 4.4).

- c) Las Leyes 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (LOPS) y 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud (LEMPE), resultan relevantes por cuanto contribuyen a fijar las obligaciones del personal sanitario, el cual conforma una parte importante del grupo de obligados por el derecho a la salud (*infra*, 5.2.2).
- d) La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), además de realizar modificaciones puntuales en la LGS, la LCC y la LAP y de poner fin a un viejo problema de igualdad en la atención sanitaria (*supra*, 5.1.2), regula las actuaciones de salud pública y refuerza las competencias estatales en la materia. A efectos de este capítulo, adquiere especial relevancia la ampliación de las garantías objetivas del derecho a la salud (*infra*, 7.1 y 7.2).

1.4.4. Panorámica de la legislación autonómica

Inicialmente, los Estatutos de Autonomía se limitaron a asumir mediante una fórmula escueta («desarrollo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior» o similares) las competencias que se derivaban del texto constitucional, con la única precisión añadida, en algunos casos, de la organización y administración de los centros sanitarios a su cargo, con un alcance claramente ejecutivo⁵³.

Específicamente sobre el derecho a la salud, tras la aprobación de la LGS las Comunidades Autónomas fueron adoptando, bien leyes generales sobre la sanidad propia, que incluyeron una regulación más amplia y detallada de los derechos de la LGS, algunos derechos no previstos por ella y la conversión de determinadas obligaciones administrativas de la legislación estatal en derechos subjetivos⁵⁴, bien normas específicas sobre derechos de los pacientes, normalmente de alcance más limitado, circunscrito sobre todo a un reconocimiento pormenorizado de los derechos del Convenio de

53. Por citar los todavía vigentes, p. ej., EA de Galicia, art. 33 o EA del País Vasco, art. 18.

54. Así, Andalucía (Ley 2/1998, art. 6), Aragón (Ley 6/2002, art. 4), Asturias (Ley 1/1992, art. 49), Baleares (Ley 5/2003, arts. 5-19), Cantabria (Ley 7/2002, arts. 23-42), Canarias (Ley 11/1994, arts. 6-10), Castilla-La Mancha (Ley 8/2000, art. 4), Extremadura (Ley 10/2001, art. 11), La Rioja (Ley 2/2002, arts. 5-14) y Madrid (Ley 12/2001, arts. 27-29).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Oviedo⁵⁵, bien un doble listado de derechos⁵⁶. Como veremos, poco después (o, en algún caso, poco antes) de la aprobación de estas leyes, la LAP y la LCC, al modo de mínimo común denominador, harán suyas la mayor parte de las innovaciones autonómicas.

Casi todos los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados desde 2006 concretan, a veces con mucho detalle, el alcance de la materia compartida⁵⁷, recordando la participación de la Comunidad Autónoma en la planificación y coordinación estatal⁵⁸ (algo ya previsto en la LCC) y, lo que resulta más discutible, asumiendo competencias exclusivas (desbordando por tanto lo ejecutivo) en el ámbito de los centros, servicios y establecimientos sanitarios⁵⁹ e incluso en toda la sanidad⁶⁰, previsión esta última dudosamente constitucional⁶¹. En cuanto al derecho a la salud, es regulado por vez primera en los nuevos Estatutos de Andalucía (art. 22), Aragón (art. 14), Baleares (art. 25), Castilla-León (art. 13.2) y Cataluña (art. 23)⁶², que recogen (a veces con cierto detalle y vocación de generalidad, a veces de forma breve y fragmentaria) elementos del derecho que ya habían sido previstos, en su mayoría, en su legislación propia.

Desde la perspectiva que aquí interesa, el problema principal que plantea la normativa autonómica que sumariamente acaba de describirse es la afectación de las diferencias, estatutarias y legales, entre Comunidades Autónomas al principio de igualdad de todos los españoles en el disfrute del derecho a la protección de la salud, cuestión ésta que conviene examinar caso por caso, por lo que remitimos a los lugares oportunos de este capítulo.

2. CONCEPTO

2.1. LA SALUD COMO OBJETO DEL DERECHO A LA SALUD

La salud es el bien jurídico-constitucional que da vida al derecho recono-

55. Así, Castilla y León (Ley 8/2003), Cataluña (Ley 21/2000), Galicia (Ley 3/2001) y País Vasco (Decreto 175/1989).

56. Así, Navarra (Ley 10/1990, arts. 5 y 8-11 y Ley 11/2002) y Comunidad Valenciana (Ley 3/2003, arts. 15 y 16 y Ley 1/2003).

57. P. ej., EA Andalucía, art. 55.2; EA Canarias, art. 117.3; EA Cataluña, art. 162.3.

58. P. ej., EA Andalucía, art. 55.4; EA Canarias, art. 117.4; EA Cataluña, art. 162.4.

59. P. ej., EA Andalucía, art. 55.1; EA Aragón, art. 71.55; EA Canarias, art. 117.1; EA Cataluña, art. 162.1.

60. P. ej., EA Aragón, art. 71.55; EA Castilla y León, art. 74.1.

61. *Vid.*, sobre este punto, la interpretación del art. 2.6 del RD 2824/1981 que se realiza en la STC 32/1983.

62. Los Estatutos extremeño y valenciano no incluyen catálogos de derechos.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

cido en el artículo 43.1 CE. Puede considerarse el objeto o finalidad del derecho, pero no estrictamente su contenido, el cual no viene conformado por la salud en sí sino por las acciones encaminadas a su consecución (derecho *a la protección* de la salud)⁶³. De esta forma, nos encontramos ante un derecho de alcance, en principio, finalista: como regla general, no puede exigirse la salud como tal (algo muchas veces imposible para la acción humana) sino más bien que se realicen acciones en su favor (obligación de medios), aunque en ocasiones pueden exigirse también resultados⁶⁴; piénsese sobre todo en los casos de enfermedades claramente susceptibles de curación⁶⁵.

La salud, como objeto del derecho a la salud, no es un concepto típicamente jurídico, sino en parte científico, en parte cultural y en todo caso histórico. La dogmática tiene el deber de dar cuenta de las definiciones al uso y de adaptarlas a un ordenamiento jurídico concreto, que tiene su propia lógica. Debe partirse al respecto, como resulta habitual, de la conocida declaración de la Organización Mundial de la Salud, que en su norma constitutiva, de 1946, definió a la salud como el «estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades y dolencias». Parece claro, y así lo reconoce con rotundidad la doctrina, que esta definición no resulta sin más aplicable a nuestro Derecho, ya que incluye bienes no protegidos por el artículo 43 sino por otros preceptos de la CE⁶⁶ y porque alude a un objetivo que no cabe pretender constituya una finalidad abarcable por el Derecho y la acción del Estado. Aquí tiene razón el dicho «quien mucho abarca, poco aprieta».

Desde la Medicina, todas las definiciones remiten a un estado de normalidad orgánica y funcional, delimitado negativamente como la ausencia de enfermedad. En esta dirección, la definición más precisa y exigente que encontramos en nuestro ordenamiento (y la que tomaremos como referencia en este capítulo) se encuentra en el artículo 20.3 LCC, el cual, a la hora de

-
63. La protección a la que alude el art. 43.1 engloba las facetas de respetar, proteger (en sentido estricto) y cumplir del Derecho internacional (*vid.*, p. ej., ap. 33 de la OG 14), a las que parte de la doctrina ha añadido la de promover.
 64. Aun en esta dirección (insistimos, nunca absoluta), no debe perderse de vista el dato de la participación del paciente en su propia curación, pues en algunas ocasiones no se llega al resultado previsto por falta de colaboración de aquél.
 65. De esta forma, no podemos aceptar, al menos en términos absolutos, la doctrina jurisprudencial según la cual las obligaciones sanitarias son *siempre* obligaciones de medios.
 66. La LGS hace referencia, entre otros, a tres ámbitos relacionados con la salud, con el fin de conectar la actuación sanitaria con la propia de los sectores correspondientes: seguridad e higiene laboral (arts. 18.9 y 21), medio ambiente (arts. 18.6 y 19.2) y consumo (arts. 18.10, 25.2 y 27).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

fijar criterios para la incorporación de nuevas prestaciones al SNS, viene a señalar que la salud guarda relación, negativamente, con la ausencia de enfermedades, dolor y sufrimiento y, positivamente, con la esperanza de vida y con la autonomía personal. En definitiva, tener salud implica vivir los años deseados, sin necesidad de ayuda de otras personas y desprovisto de enfermedades, dolor y sufrimiento (en estos dos últimos casos, en el sentido sanitario de la expresión). Recordemos que estos elementos deben ponerse en conexión con la idea de protección, también en el sentido estricto que ya hemos apuntado en relación con la propia salud: el derecho fundamental no incluye cualesquiera medidas encaminadas a evitar la enfermedad, el dolor o el sufrimiento o a promover la esperanza de vida o la autonomía sino únicamente las medidas sanitarias. Así, quedaría fuera del ámbito protegido por el artículo 43 CE, además de la actuación sobre los ámbitos laboral, ambiental y de consumo, el amplio campo de la atención socio-sanitaria, relativo a las consecuencias no sanitarias de los problemas de salud⁶⁷, que más bien encaja en el contenido del derecho a los servicios sociales (*infra*, XIII, 2.1)⁶⁸.

Los elementos que integran la definición de salud (y en especial los términos enfermedad, dolor y sufrimiento) remiten, como adelantábamos, a consideraciones científicas, pero también culturales y por tanto históricas⁶⁹. No es igual, por ejemplo, la concepción del sufrimiento de una u otra cultura o de uno u otro momento histórico dentro de la misma cultura. Sin embargo, no cabe caer en un relativismo cultural, pues existe un mínimo común denominador que, dentro de las pautas dominantes en nuestro entorno, permite objetivar en alta medida el concepto de salud⁷⁰. Desde esta perspectiva, tal y como sucede con la mayor parte de los derechos sociales, cabe apreciar una tendencia a la ampliación progresiva del concepto de salud, pues cada vez son mayores no sólo los conocimientos científicos (lo que antes se consideraba una molestia sin trascendencia es ahora calificado de enfermedad) sino también los anhelos y exigencias de bienestar de la sociedad⁷¹. Por cuanto

67. Así, la DA 4ª del RD 63/1995, declarada vigente por el RDCSC. En contraste, las prestaciones relacionadas en el art. 14 LCC podrían encontrar cobijo en el concepto constitucional de salud; téngase en cuenta que el precepto, pese a su título, está hablando más bien de atenciones sanitarias especiales, no tanto de atención sanitaria propiamente dicha.

68. Existen buenos Informes sobre la materia del DEFENSOR DEL PUEBLO (2000) y del ARATEKO (2007). Obviamente, la relación es recíproca: los problemas de salud tienen consecuencias sociales y viceversa.

69. Últimamente, Moscoso, 2011.

70. Recordemos que las necesidades son básicamente objetivas (*supra*, IV, 3.2); de interés para nuestro tema, DE CURREA-LUGO, 2005, pp. 36-40.

71. No obstante, debemos recordar que las necesidades son básicamente objetivas (*supra*, IV, 3.2) y que sólo pueden evolucionar hasta cierto punto. Recientemente, en un sugerente ensayo, COHEN (2009, pp. 119-120) cita el clásico trabajo de ARROW donde

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

la salud tiene mucho de concepto abierto y por cuanto la salud resulta ser la antesala de la determinación del contenido del derecho a la salud (las acciones que van a exigirse son aquellas necesarias para la protección del bien jurídico y no otras), se impone un diálogo colectivo para definirla en cada momento: no sólo el Parlamento y la Administración (y el personal sanitario a su servicio) tienen algo que decir sobre qué es enfermedad, dolor o sufrimiento o sobre hasta dónde debe proteger frente a ellos el Estado sino también las sociedades científicas y la sociedad civil deben pronunciarse al respecto⁷², lo que exige adecuados foros de participación (*infra*, 4.1 y 7.2).

2.2. SALUD INDIVIDUAL Y SALUD PÚBLICA

La salud como bien jurídico-constitucional es única, pues en última instancia mira siempre hacia el interés de personas concretas (*infra*, 5.1.1). A nuestro entender, las expresiones «salud» del artículo 43.1 CE y «salud pública» del artículo 43.2 no aluden a objetos distintos sino a uno solo, que puede protegerse de dos maneras⁷³:

- a) La protección de la salud individual abarca el conjunto de acciones dirigidas a tutelar la salud (esto es, conservar la vida, favorecer la autonomía y eliminar o paliar la enfermedad, el dolor y el sufrimiento) de personas concretas en casos concretos, normalmente a solicitud de éstas. Los dos componentes típicos del contenido del derecho, entendido en este sentido, son la asistencia sanitaria y, como prolongación de ésta, el derecho al medicamento. En las páginas que siguen de este capítulo nos ocuparemos sobre todo de este doble componente del derecho a la salud.
- b) La protección de la salud pública (también llamada colectiva) abarca el conjunto de acciones (en su mayoría preventivas), dirigidas igualmente a tutelar la salud, en el sentido antes indicado, pero al margen o con independencia de la situación concreta de personas concretas (art. 1 LGSP). Como es habitual, la determinación de las acciones que integran esta forma de protección es más difusa que en el caso

este demostró que las necesidades (subjettivas) de atención sanitaria de la población están muy condicionadas por la oferta (en el sentido económico del término), afirmación pensada sobre todo para Estados Unidos (donde los servicios sanitarios normalmente se compran y venden) pero que bien podría servir para España (exigencias arbitrarias al «papá» Estado).

72. Obviamente, hasta cierto punto, pues no debe olvidarse que los derechos fundamentales (también por tanto los DFSP) deben, en su esencia, permanecer al margen de las mayorías (el Estado social como límite de la democracia).

73. Así viene a reconocerse en una de las monografías más relevantes sobre salud pública de la reciente doctrina española: CIERCO SEIRA, 2006, p. 8.

anterior, pero hoy día la normativa internacional y los antecedentes históricos (recordemos que el Estado se preocupó antes de proteger la salud colectiva –policía sanitaria– que la salud individual –asistencia sanitaria–) permiten dibujar un conjunto bastante diferenciado y consolidado de actuaciones sobre las que difícilmente cabría marcha atrás, conformando así una suerte de garantía institucional de la salud pública, ahora consolidada por obra del artículo 43.2 CE⁷⁴.

Como después veremos (*infra*, 4.1), como regla general, la protección de la salud individual configura el contenido del derecho fundamental subjetivo y la protección de la salud pública el carácter meramente objetivo de dicho derecho fundamental. Sin embargo, hay también algunas excepciones o supuestos de intersección (acciones en defensa de la salud pública que forman parte del contenido del derecho a la salud estrictamente considerado).

3. FUNDAMENTO

Habida cuenta de su expreso reconocimiento constitucional, el derecho a la salud no precisa ser fundamentado en principios constitucionales. Sin embargo, la perspectiva iusfilosófica resulta útil para destacar la importancia de este derecho (situándolo al mismo nivel que los directos liberales) y da pautas para la solución de alguno de los problemas jurídicos más difíciles de resolver. Tras exponer las principales teorías actuales sobre el fundamento del derecho a la salud, analizaremos brevemente su relación con los principios constitucionales de más claro componente moral.

3.1. TEORÍAS

Las teorías más relevantes sobre el fundamento del derecho a la salud pueden agruparse como sigue⁷⁵:

74. A título de ejemplo, pueden citarse las actuaciones en cinco ámbitos concretos (*vid.* asimismo el título II de la LGSP): a) La vigilancia y control de las enfermedades transmisibles. b) Las campañas de vacunación, articuladas en torno a los calendarios de vacunación aprobados por el CISNS. c) La lucha contra la drogadicción: además de los tipos penales relacionados con la droga (*infra*, 7.7) y de la amplia labor policial y judicial que ello conlleva, el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, dependiente del Ministerio, ejecuta un amplio Plan de carácter transversal pero centrado fundamentalmente en la prevención, mediante actuaciones de muy diverso signo. d) la lucha contra el tabaquismo. La Ley 28/2005, de Medidas Sanitarias contra el Tabaquismo, ha supuesto un cambio radical en la lucha contra este problema. Como medida más llamativa, se ha tipificado como infracción administrativa el consumo de tabaco en los centros de trabajo, así como en los establecimientos abiertos al público. La Ley 42/2010, de reforma de la anterior, ha limitado aún más el consumo. e) La seguridad alimentaria, regulada ahora por la Ley 17/2011.
75. Para profundizar en la materia, que en este lugar no podemos obviamente estudiar

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

- a) Libertarias. Para el liberalismo más extremo y conservador, en la estela de HAYEK y NOZICK, no existe un derecho humano a la protección de la salud. Partiendo de una concepción absolutista de la libertad individual, los autores libertarios que se han ocupado del tema (ENGELHARDT, sobre todo⁷⁶) rechazan, en general, cualquier intervención no consentida sobre la propiedad privada y, en particular, que pueda exigirse compensar las necesidades sanitarias de terceros (las cuales son producto del infortunio, no de la injusticia), especialmente si implican imposiciones del Estado sobre la distribución de los recursos disponibles. El único sistema justo de protección de la salud es el que deriva del mercado. Las demandas de asistencia sanitaria no son demandas de justicia y sólo pueden ser satisfechas, en su caso, mediante la caridad.
- b) Utilitaristas. Las corrientes utilitaristas, muy en boga en Estados Unidos, normalmente no se pronuncian sobre la existencia de un derecho humano a la protección de la salud, cuestión ésta que consideran un *pseudoproblema*. Tampoco proponen una teoría completa de esta temática, limitándose a establecer criterios de justicia sanitaria (entendida, sobre todo, como racionalización del gasto), en la línea de aumentar la salud sumada de todos los ciudadanos. Suele asociarse a las concepciones utilitaristas⁷⁷ el método AVAC (años de vida ajustados por la calidad, QALY en inglés), que combina el número de años y la calidad de vida que una persona puede ganar gracias al tratamiento médico⁷⁸. De esta forma, en caso de restricciones presupuestarias, se daría preferencia a aquellos pacientes con mayor capacidad de mejorar su salud con el tratamiento, no a los más enfermos ni necesitados. En general, el método lleva al resultado de ayudar al mayor número de los menos necesitados en perjuicio del menor número de los más necesitados.
- c) Teorías del «mínimo decente». En el contexto del ya largo debate, todavía abierto, sobre la reforma sanitaria en Estados Unidos, a partir de los años setenta se formularon diversas teorías que cabe agrupar bajo el rótulo del «mínimo decente». Estas concepciones vienen a defender, con matizaciones y oscilaciones, la existencia de un dere-

en detalle (la Filosofía del Derecho es disciplina auxiliar de la dogmática), existen dos buenas monografías recientes en lengua castellana: LEMA AÑÓN, 2009, y DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI, 2009.

76. Existe traducción al castellano de su obra más importante: ENGELHARDT, 1995.

77. Así al menos lo afirman DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI, 2009, pp. 107 y ss.

78. Por todos, McKIE, RICHARDSON, SINGER y KUHSE, 1998.

cho humano a la salud (desmarcándose así con claridad de los libertarios) pero se encuentran excesivamente condicionadas por la misma obsesión de los utilitaristas: racionalizar el gasto sanitario. Charles FRIED defiende un «derecho positivo fundamental» a acceder a los recursos de una sociedad, que no debería limitar los derechos negativos de los demás (propone para ello un impuesto al consumo), así como una obligación del Estado de dar satisfacción a un mínimo decente de protección de la salud, cuyo contenido debe ser fijado a partir de lo que la sociedad esté dispuesta a gastar en salud⁷⁹. Allen BUCHANAN se mueve en la misma dirección, si bien, seguramente con mayor coherencia, destaca la naturaleza benéfica y no de derecho humano del mínimo decente, basándose no tanto en la necesidad de salvaguardar la libertad de terceros como en la irresoluble indeterminación del contenido de dicho mínimo decente⁸⁰. Norman DANIELS (seguramente el autor más reconocido en la materia), que se considera heredero de RAWLS, entiende la asistencia sanitaria como un bien primario derivado del principio de igualdad de oportunidades. Ahora bien, habida cuenta de la imposibilidad de satisfacer las necesidades sanitarias de todos, DANIELS exige la determinación de un mínimo de justicia moralmente exigible, que cabe concretar en la obligación del Estado de procurar que todos los individuos conserven o recuperen su «funcionamiento normal» como miembros de la especie humana. Esto implica, positivamente, que hay necesidades objetivas que deben satisfacerse y, negativamente, que el Estado no tiene la obligación de introducir mejoras en el funcionamiento normal de los individuos. DANIELS llega a proponer un amplio catálogo de necesidades objetivas de salud (servicios médicos preventivos, curativos y rehabilitadores y servicios personales y sociales no médicos), que debe concretarse en los casos particulares a partir de un concepto ampliado de justa igualdad de oportunidades. Dentro de los recursos económicos y nivel tecnológico disponibles, el Estado deberá atender las necesidades conectadas a la protección equitativa de la igualdad de oportunidades para conquistar los proyectos individuales en las distintas etapas de la vida⁸¹. En sus últimos trabajos,

79. FRIED, 1978.

80. BUCHANAN, 1984, pp. 212 y ss. Se insiste en la tesis de la indeterminación en HESSLER y BUCHANAN (2002, pp. 92-95), proponiéndose como solución el método democrático. Nótese que el argumento de la indeterminación es falaz, por cuanto es utilizado por estos autores en relación al ámbito internacional y no al nacional. En este capítulo se trata del derecho a la salud en el Derecho constitucional español, ámbito en el cual la indeterminación no es obviamente tan acusada.

81. DANIELS, 1985.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

DANIELS insiste especialmente en la importancia de la deliberación pública para determinar el contenido del derecho a la salud⁸².

- d) Teorías de las capacidades. Las teorías más recientes vienen a aceptar la existencia de un derecho humano a la salud. Yendo más allá de las doctrinas del mínimo decente y superando buena parte de sus ambigüedades y contradicciones, llevan hasta sus últimas consecuencias los principios de libertad e igualdad y evitan centrar el debate en el problema del racionamiento sanitario; no niegan su existencia pero lo relegan a una posición secundaria. En cierto modo hacen suyos algunos planteamientos de la teoría de las necesidades⁸³ (*supra*, IV, 3.2) pero intentan superar los problemas que plantean.

Las dos autoras que mejor reflejan esta concepción se acogen expresamente a la teoría de los derechos de Amartya SEN, que se mueve, como es sabido, en la crítica igualitaria al liberalismo imperante, incluso al liberalismo moderado de RAWLS. Graciela VIDIELLA fundamenta el derecho a la salud en los principios de autonomía y diferencia, si bien apenas llega a desarrollar el segundo de ellos. Para VIDIELLA, el principio de autonomía (escasamente desarrollado, a su juicio, en RAWLS) exige dotar a los individuos de capacidad suficiente para desarrollarse como persona moral, lo que entre otras cosas incluye ser capaz de vivir hasta el final de la vida lo mejor posible (no morir prematuramente o no quedar reducido en sus posibilidades, estar libre de enfermedades evitables, usar los cinco sentidos o valerse por sí mismo en la edad adulta). El principio de la diferencia exige compensar las desigualdades existentes en salud entre los individuos. VIDIELLA critica a los autores que no llegan a resultados concretos y útiles para orientar la política sanitaria y establece ella misma una lista de prioridades en salud, que sin embargo no llega a conectar con las capacidades que previamente había considerado derivadas del principio de autonomía. Al final, reconoce que desde la Filosofía no se puede ir mucho más allá en la concreción de las prioridades, al depender aquélla de «datos empíricos que ilustren sobre el estado sanitario de la población y sus necesidades preponderantes, el nivel de desarrollo tecnológico y económico, los recursos disponibles,

82. DANIELS, 2002. Así también, DWORKIN, 2003, p. 345 y DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI, 2009, p. 221.

83. Fundamenta el derecho a la salud expresa y únicamente en la teoría de las necesidades es MARTÍNEZ DE PISÓN, 2006, pp. 134-137, sin un desarrollo de la tesis que nos permita obtener luz para resolver problemas concretos. Más ampliamente, DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI, 2009, pp. 174 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

etc.»⁸⁴. Por su parte, Jennifer Prah RUGER, en un nivel más elevado de abstracción, elabora igualmente un listado de capacidades, destinado a justificar tanto los derechos positivos de los individuos como las obligaciones de la sociedad de satisfacerlos. Destaca la presencia de un cierto número de objetivos irrenunciables de toda política sanitaria (no queda del todo clara su configuración como derechos humanos) pero también un amplio ámbito, todavía mayor, de «acuerdos teóricamente incompletos» que deben ser concretados por cada sociedad en particular. RUGER defiende la necesidad de consensos para la toma de decisiones en materia sanitaria y establece algunos criterios, materiales y procedimentales, al respecto⁸⁵.

Los cuatro bloques de teorías sobre el fundamento del derecho a la salud que, en apretada síntesis, acaban de ser expuestos, se mueven en un plano puramente filosófico, sin proyección expresa, ni general ni particular, sobre el ordenamiento jurídico. Aquí deben seleccionarse aquellas teorías que resulten compatibles o más coherentes con la moralidad implícita en nuestra norma fundamental y, sobre todo, que puedan arrojar alguna luz para la mejor interpretación de la misma.

Desde nuestra perspectiva, las teorías que consideran la protección de la salud como objeto de la caridad o de la beneficencia (todas las libertarias y alguna otra) resultan inaceptables, por negar lo que con total claridad se deduce de la Constitución: el reconocimiento de un derecho. Tampoco las teorías utilitaristas pueden ser asumidas aquí, no sólo por su negación, en la práctica, de la existencia de este derecho sino también por la primacía que otorgan a la razón económica sobre la razón jurídica. El método AVAC (al parecer, en franca decadencia⁸⁶) nos parece abiertamente incompatible con la finalidad de los derechos sociales (satisfacción de las necesidades básicas) y se enfrenta a la concepción del derecho a la diferenciación que, como enseguida veremos, se impone en materia de salud⁸⁷.

Las teorías del «mínimo decente» tienen su parte de interés, por cuanto ponen el acento en la necesidad de definir prestaciones mínimas, algo, como veremos, esencial en cualquier planteamiento jurídico de la cuestión. Desde una perspectiva no muy lejana, las teorías de las capacidades, aunque precisarían dar el salto a la afirmación sin rodeos de un derecho humano a la salud, encaran el mismo problema, si bien de forma más adecuada, por cuanto no

84. VIDIELLA, 2000.

85. RUGER, 2006.

86. Así lo cree al menos HEINIG, 2008, pp. 448-449.

87. Para una crítica más amplia de las doctrinas utilitaristas, DE LORA y ZÚNIGA FAJURI, 2009, pp. 114 y ss.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

centran su argumentación en el problema de la escasez sino en la realización de las capacidades exigidas por principios morales indiscutidos.

3.2. SALUD Y VALORES CONSTITUCIONALES

La existencia de un derecho humano a la salud es clara para el Derecho internacional universal (*supra*, 1.3.1), vinculante para el intérprete, como sabemos (art. 10.2 CE), y para las teorías sobre el fundamento del derecho que hemos considerado, por las razones expuestas, más acertadas. Siendo esto así, el derecho conecta con valores morales constitucionalizados, que pueden ayudar a comprender el sentido de la figura y a resolver alguno de los problemas concretos que suscita.

La dignidad de la persona, entendida como principio constitucional autónomo (art. 10.1 CE), resulta escasamente operativa para fundamentar el derecho a la salud, habida cuenta de la persistente indeterminación de su contenido jurídico⁸⁸. Ya hemos visto cómo, en sus formulaciones más recientes, la dignidad se concreta, ante todo, en la capacidad del individuo para ser efectivamente libre (*supra*, III, 2.1); de esta forma, la dignidad queda diluida en el contenido de otro principio, el de libertad, mucho mejor perfilado en la Filosofía moral y política y en la Teoría constitucional. De otro lado, la doctrina filosófica que seguramente mejor conecta con el principio de dignidad es la teoría de las necesidades (*supra*, IV, 3.2) y acabamos de poner de manifiesto que lo mejor de esta teoría ha sido asumido por las teorías de las capacidades, centradas también en el principio de libertad. Las formulaciones empíricas de las necesidades de salud apuntan en la misma dirección⁸⁹.

Sea como fuere, no cabe descartar un uso residual del principio de dignidad, en aquellos casos en los cuales el principio de libertad resulte insuficiente para justificar prestaciones moralmente exigidas por la comunidad, especialmente cuando está en riesgo la vida de las personas. La dignidad es un principio jurídico que involucra obligaciones de terceros y bien puede considerarse un trato indigno, necesitado por tanto de eliminación mediante acciones positivas, dejar sin asistencia sanitaria a personas necesitadas de cuidado, más cuando sin dicho cuidado una persona podría fallecer.

88. Aquí sí debemos dar la razón a HESSLER y BUCHANAN, 2002, pp. 89-90. KIRCHHOF (1998, p. 201) se basa tan sólo en este valor para concluir que «la protección de la dignidad humana exige que un paciente pueda recuperar la salud gracias a un tratamiento médico». Esta posición nos parece que parte de una concepción de la dignidad que seguramente no hallaría consenso suficiente.

89. DOYAL y GOUGH, 1994, pp. 219-241.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El valor de la libertad (art. 1.1 CE) o, si se quiere, el «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1), ofrece un mejor fundamento del derecho a la salud; al exponer las teorías del mínimo decente y de las capacidades ya vimos como ambas coincidían en dotar de importancia al derecho en la medida en que resultara necesario para poder ejercer realmente la libertad (art. 9.2 CE). Así, dentro del contenido del derecho habrá de incluirse, al menos, el aseguramiento de la salud necesaria para poder ejercer los derechos de libertad expresamente reconocidos en la CE: desarrollar ideas y exponerlas (arts. 16 y 20), desplazarse (art. 19) o realizar una vida social y económica activa (arts. 21, 22, 23, 35 y 38). Pese a las afirmaciones del Preámbulo y del artículo 45.2, la CE no reconoce un derecho al bienestar o a la calidad de vida, pero ambos bienes pueden conectarse con el artículo 10.1, a fin de justificar los cuidados a la salud en los casos no cubiertos por específicos derechos de libertad.

Por otro lado, el valor de la libertad se proyecta sobre el derecho a la salud en el sentido de considerarlo como un derecho en sentido estricto, esto es, como una protección que en principio no puede imponerse sin el consentimiento de su titular (*infra*, 4.2).

El valor o principio de igualdad, por su parte, tiene menos fuerza, al menos de manera autónoma (ya hemos visto que complementa eficazmente al valor de la libertad, que debe ser efectiva o libertad para todos), para fundamentar el derecho a la salud. Como veremos, la igualdad sirve, sobre todo, para extender la titularidad del derecho (*infra*, 5.1.2) o de alguno de sus elementos (*infra*, 4.3.2): un derecho que sólo beneficia a una minoría no es un derecho fundamental, consideración ésta que se deriva de la misma naturaleza de esta categoría pero que queda más clara si atendemos a la conexión del derecho con el valor o principio de igualdad.

En todo caso, la igualdad impide diferencias de trato injustificadas en el disfrute del derecho a la salud, y ello tanto en un sentido jurídico como fáctico. Ya hemos señalado que las teorías utilitaristas resultan inaceptables para nuestra Constitución, por cuanto descuidan precisamente este principio. En primer lugar, habrá que examinar si las normas que excluyen a los extranjeros de la titularidad del derecho y las que establecen diferencias en el contenido del derecho según el lugar de residencia de su titular son inconstitucionales. En segundo lugar, deberá atenderse a las condiciones reales de disfrute del derecho, el cual tiene por objeto principal, como sabemos, proteger frente a la enfermedad, sin que quepa establecer diferencias por razón de la misma. Es más: en la lógica del derecho está proteger antes las enfermedades más importantes, esto es, atender primero a quien se encuentra en peor situación. De esta forma, el derecho tiene un componente natu-

ral, un mandato implícito de acción afirmativa⁹⁰, y así se señala parcialmente en la propia Constitución y se recuerda con reiteración en la OG 14, entre muchos otros documentos internacionales.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Estructuralmente, el derecho a la salud es, ante todo, un derecho de prestación. Contiene también una faceta defensiva, de menor relevancia para la imagen típica (la que resaltaremos en esta obra) de la figura, que es la propia de un derecho social.

Como hemos adelantado, la normativa vigente configura un auténtico derecho subjetivo, esto es, judicialmente exigible por los particulares; siendo esto así, la mención al artículo 53.3 CE resultaría ya del todo superflua, incluso para quienes defienden la inexistencia de *auténticos* derechos en el capítulo tercero⁹¹. Así, los dos primeros párrafos del artículo 1 LGS hablan, literalmente, de «derecho a la protección de la salud» y el párrafo cuarto del mismo precepto confirma plenamente que nos hallamos ante un derecho subjetivo, al afirmar que, para su ejercicio (más exactamente, para su cumplimiento primero y para su garantía después), sus titulares «están legitimados, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional». Seguramente porque es el *leitmotiv* de toda la Ley, el artículo 10 LGS no incluye expresamente la asistencia sanitaria en el catálogo de derechos reconocidos (sí suelen hacerlo, en cambio, las leyes autonómicas), pero este reconocimiento puede considerarse implícito en el apartado 7 (derecho a la asignación de médico), más cuando después se incluye (ap. 14) el derecho al medicamento, el cual no tendría sentido sin una asistencia sanitaria previa.

-
90. Si la pobreza es la primera causa de las diferencias en el estado de salud de las personas (por todos, POND y POPAY, 1996, pp. 184 y ss.), la misma existencia de un derecho a la salud de titularidad universal lleva consigo una carga antidiscriminatoria evidente. Ésta es en síntesis la tesis de EBSEN (1997, pp. 77 y ss.), para quien «una asistencia mínima tendría que garantizar que quienes necesiten ayuda no sean diferenciados por ello». Así también, DE CURREA-LUGO, 2005, pp. 40-41, PUYOL, 2001, pp. 239 y ss. y, sobre todo, LEMA AÑÓN, 2009, pp. 165 y ss.
91. La doctrina va lentamente asumiendo esta tesis. *Vid.*, al respecto el trabajo pionero, muy completo y razonado, de CABAÑAS GARCÍA, 1989, pp. 5405 y ss.; asimismo, entre otros muchos, BORRAJO DACRUZ, 1996, esp. p. 196 o PAREJO ALFONSO, 2004, pp. 224 y 230. Entre los trabajos más recientes, todavía insisten en la concepción tradicional DE LORA (2004, pp. 878-879) y MARTÍNEZ DE PISÓN (2006, pp. 140-141). Resulta paradójico que sean filósofos del Derecho quienes se aferren a la interpretación tradicional del art. 53.3 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La LCC, que se mueve en una lógica algo distinta, no contiene una fórmula general de reconocimiento del derecho o de los derechos asociados al mismo, sino que se preocupa tan sólo de reconocer (al menos, expresamente) aquellos derechos que considera necesarios para la cohesión del SNS, lo que guarda relación, sobre todo, con el derecho a la igualdad (art. 4 LCC). Sin embargo, para el derecho a la salud la LCC resulta quizás más importante que la propia LGS, por cuanto concreta con una precisión antes inexistente a nivel legal el contenido de las prestaciones que cabe exigir como parte del SNS. Inicialmente, en el artículo 3.1 se hace una alusión genérica a los «derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria» y luego los artículos 7 a 19 detallan las prestaciones del SNS, sin que llegue a realizarse una conexión entre ambos tipos de preceptos. A nuestro juicio, de la interpretación sistemática (del conjunto de la LCC y de ésta con la LGS) se deduce que las prestaciones del SNS forman parte del contenido del derecho fundamental subjetivo a la salud (esto es, pueden exigirse en última instancia ante los tribunales), salvo que por su contenido no quepa establecer una relación clara con la salud individual de personas concretas.

La determinación del contenido del derecho a la salud corresponde, como es habitual, primeramente al legislador, con la colaboración del poder reglamentario, que incluye aquí normas muy peculiares⁹², y subsidiariamente, en los casos particulares, a la jurisprudencia y a la propia Administración, incluyendo, en última instancia, a los profesionales sanitarios. Como ya hemos adelantado, el contenido del derecho es relativamente abierto y de ahí la importancia de la deliberación pública en este ámbito (algo exigido, por otra parte, por el art. 28 del Convenio de Oviedo) y de la participación social en la toma de decisiones correspondiente, cuestión esta advertida por la mayor parte de los filósofos estadounidenses (entre los ya citados, HESSLER, BUCHANAN, DANIELS y RUGER) y sobre la que volveremos (*infra*, 7.2).

En la determinación del contenido del derecho a la salud hay tres cuestiones generales a resolver, que remiten a su vez a tres biparticiones de dicho contenido:

- a) ¿Cuál es el contenido del derecho, indisponible por el legislador, esto es, su contenido constitucional? De no encontrarse dicho contenido reconocido en la ley, existiría inconstitucionalidad por omisión. Según los parámetros generales aquí asumidos (*supra*, IV, 4.2), este con-

92. Nos referimos a los protocolos y a las guías de práctica clínica, cuyo carácter normativo (relativo, en términos estrictamente jurídicos) se destaca en el art. 4.7.b) LOPS y, sobre todo, a lo largo y ancho del RDCSC; al respecto, GALÁN CORTÉS e HINOJAL FONSECA, 1996.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

tenido está integrado por las acciones necesarias para proteger el objeto del derecho (la salud) constitucionalmente definido, de conformidad con los valores, también constitucionales, que le sirven de fundamento⁹³. Las dificultades de precisar este contenido (de separar entre contenido propiamente dicho y el contenido adicional) son obvias, de ahí que, en búsqueda del consenso, podamos asumir la determinación que realiza la OG 14⁹⁴, la cual, dejando fuera los llamados condicionantes de la salud, incluye obligaciones estatales en las siguientes materias: asistencia sanitaria no discriminatoria (en especial, acceso de los grupos vulnerables o marginados); medicamentos esenciales (al menos, los del Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS); distribución equitativa de instalaciones, bienes y servicios de salud; plan de acción nacional de salud pública (con especial referencia a grupos vulnerables y marginados), con mecanismos de participación, revisión periódica y seguimiento; atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; inmunización contra las principales enfermedades contagiosas; prevención, tratamiento y combate de enfermedades epidémicas y endémicas; educación e información sobre «los principales problemas de salud en la comunidad», incluyendo métodos de prevención y combate de esas enfermedades; y capacitación adecuada del personal sanitario, incluyendo educación en salud y derechos humanos (apartados 43 y 44). Pese al esfuerzo de concreción realizado por el Comité DESC, las fronteras entre lo mínimo y lo adicional resultan todavía bastante borrosas. Sin embargo, consideramos que, como comprobaremos, nuestra legislación recoge estos puntos esenciales.

b) ¿Pueden existir contenidos diferentes del derecho, según el lugar de

-
93. Si aceptamos que el objeto del derecho fundamental es la lucha contra toda enfermedad, una vez demostrado que una enfermedad existe, hay poco margen para el contenido adicional. Resulta significativo que HEINING, partidario de una determinación estrecha del contenido del derecho a la salud (si bien llega a ella, como veremos, más bien tras la entrada en juego del límite de la reserva de lo posible), acaba reconociendo (2008, p. 447) que «en condiciones normales, una relectura [del art. 2.2 LFB] adecuada al Estado social se aproximaría a un *derecho prima facie que asegurase cualquier forma de terapia médica que fuera adecuada y necesaria de manera evidente*. Los defensores de una concepción restrictiva del mínimo médico existencial considerarán endeble este amplio punto de partida, lo cual refleja la enorme importancia de los bienes jurídicos en cuestión. Una argumentación estricta en función de la libertad sólo puede concluir que el mínimo médico existencial debe ser determinado más exhaustivamente que los mínimos propios de [otros DFSP]» (cursivas en el original).
94. Así p. ej., PARRA VEGA, 2003.

residencia u otros factores? En cuanto a lo primero, ya hemos señalado que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la existencia de contenidos adicionales distintos, incorporados por las Comunidades Autónomas, resulta legítima⁹⁵. Las diferencias (jurídicas y fácticas) entre unas y otras Comunidades Autónomas⁹⁶ pueden afectar al contenido propiamente dicho del derecho a la salud o a su contenido adicional; centrándonos en las diferencias jurídicas (las fácticas son difícilmente evitables), en el primer caso cabe presumir su inconstitucionalidad y en el segundo (que será el habitual) su constitucionalidad.

En cuanto a las diferencias de prestaciones por otros motivos, el caso más claro es el de los funcionarios que reciben asistencia sanitaria privada (no siempre, pues se les permite optar por el régimen común) pero financiada públicamente, gracias a los convenios suscritos con el SNS por sus respectivas mutualidades. El supuesto es diferente al de quienes deciden acudir, asumiendo su coste, a la sanidad pri-

-
95. En general, *supra*, III, 3.5. En relación con nuestro tema, esto conlleva que pueda negarse un determinado tratamiento (o negar su gratuidad) a un paciente que no tenga establecida su residencia en una Comunidad Autónoma que haya decidido ir más allá del contenido constitucional del derecho. Esta diferencia de trato entre residentes y no residentes parece objetiva y razonable (STC 98/2004) y no creemos aplicable el razonamiento de la jurisprudencia estadounidense (describiéndolo, sin pronunciarse al respecto, DE LA QUADRA-SALCEDO, 2004, pp. 30-34) según el cual la diferencia de trato vulneraría «el derecho fundamental a viajar» (sic).
96. El Consejo Económico y Social (CES), en un Informe reciente (2010), viene a criticar la disparidad en el ejercicio del derecho a la salud entre Comunidades Autónomas; *vid.* asimismo, GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL y BARBER PÉREZ, 2006. Se trata además del problema más frecuentemente denunciado por los expertos en salud pública (éstos suelen preferir el término equidad, pero no vemos razones de peso para dejar de utilizar el término más propio de nuestro ámbito, la igualdad) pero, hasta donde hemos visto, con poca claridad sobre su encaje jurídico. Incluso el CES (órgano a quien se presume una preparación jurídica mayor) se muestra al respecto extremadamente ambiguo (o prudente): tras enumerar las situaciones sanitarias que reflejan una mayor disparidad entre Comunidades Autónomas, en ningún caso afirma que dicha disparidad vulnere la igualdad o resulte inconstitucional. Veamos: «no cabe interpretar cualquier diferencia como desigualdad», y más adelante: «La equidad en el acceso a las prestaciones no debe interpretarse como uniformidad total, ni como identidad de las carteras de servicios». El Estado «únicamente [...] [debe] garantizar un mínimo común denominador o un nivel mínimo de prestaciones suficiente, compatible tanto con la efectividad del derecho a la salud como con el desarrollo de prestaciones diferenciales por las comunidades autónomas, en coherencia con la opción constitucional por un Estado descentralizado políticamente», afirmación que no deja de ser un lugar común. Es decir, sabemos que algunas diferencias son legítimas y que, quizás, otras no lo serían, pero no se establece criterio alguno para distinguir entre unas y otras.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

vada, pues en ese caso el derecho a la salud, en sentido estricto⁹⁷, no entra en juego (*supra*, IV, 5.2.3). Parece claro que estos funcionarios disfrutaban, al menos, del mismo nivel de prestaciones que los demás (si no lo creen así, pueden elegir el régimen común). El problema que entonces se plantea es si resulta constitucional que reciban más, pero para llegar a esta premisa deberíamos admitir que la sanidad privada es mejor que la pública, lo que no se ha demostrado. A nuestro entender, los funcionarios que no opten por adscribirse al régimen común pueden recibir una atención sensiblemente distinta, pero derivada no tanto de la cobertura de las prestaciones (en lo sustancial, idéntica a la general, DF 4ª LCC y DA única del RDCSC) sino más bien de la comodidad derivada, en su caso, de la sanidad privada. Ahora bien, como veremos, la comodidad no es un elemento del derecho fundamental sino a lo sumo de su contenido adicional (*infra*, 4.3.1). Por tanto, el régimen especial de los funcionarios nos parece constitucional.

- c) ¿Todos los contenidos del derecho son exigibles como derecho subjetivo? Existe una parte del derecho fundamental que es meramente objetiva⁹⁸: sirve a los mismos intereses (la protección de la salud, que en última instancia es siempre salud individual) pero no en todos los casos puede ser exigida ante los tribunales; desde otra perspectiva, puede afirmarse que forma más bien parte de las garantías (objetivas) del derecho y no tanto de su contenido (*infra*, 7.3 y 7.4). Así sucede con la parte sustancial de la política de salud pública⁹⁹. Esta política, que cabe definir como aquella destinada a la prevención y control de enfermedades al margen de la asistencia sanitaria concreta¹⁰⁰, forma parte de las prioridades de la LGS, de la LCC y, sobre todo, de la LGSP, y se concreta en un amplio y variado conjunto

97. Obviamente, sí en su faceta defensiva.

98. Detrás de esta tesis se encuentra seguramente la imposibilidad fáctica de dar satisfacción efectiva a todos los intereses relacionados con la salud: *vid.* al respecto, p. ej., HESSLER y BUCHANAN (2002, pp. 85-86).

99. La LCC incluye algunas acciones en materia de salud pública que creemos forman parte del derecho subjetivo a la salud [sobre todo, art. 12.2.c) y d), desarrollado por los apartados 3 y 4 del Anexo II del RDCSC]. La conversión de obligaciones administrativas en contenido del derecho subjetivo está más clara en algunas leyes autonómicas.

100. Hacemos esta precisión conceptual, pues la legislación utiliza con frecuencia un concepto muy amplio de salud pública, que prácticamente la identifica con la salud sin más. Por otra parte, uno de las finalidades principales de la LGS, no conseguida del todo, fue integrar las medidas preventivas en el ámbito de la asistencia sanitaria individual (p. ej., arts. 12.1 y 13.1 LCC), en cuyo caso nos encontraríamos fuera, a nuestro entender, del concepto típico de salud pública.

de obligaciones de las Administraciones públicas, cuya vinculación jurídica resulta sin embargo bastante relativa¹⁰¹. Entre ellas cabe citar la realización de estudios epidemiológicos y la planificación y evaluación sanitaria, basándose en «un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica» (art. 8.1 LGS), la educación sanitaria (exigida ya por el art. 43.3 CE), considerada «elemento primordial para la mejora de la salud» (art. 18.1), la difusión de la información epidemiológica «para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud» (art. 18.13) y el fomento de la investigación científica en salud (arts. 18.15 y 106-110). El artículo 65 LCC y la LGSP *in totum* establecen también obligaciones importantes, desprovistas sin embargo de sanciones específicas frente a los incumplimientos de la Administración; no es de extrañar, por ello, que no siempre haya llegado a adoptarse una práctica plenamente coherente con los principios legales. No hay que olvidar, sin embargo, el valor añadido de esta normativa (desarrollo, en definitiva, del art. 43.2 CE) como límite o justificación de las intervenciones sobre derechos fundamentales (incluyendo el mismo derecho a la salud, en su faceta individual: *infra*, 6), algo ya previsto, según vimos, en el PIDCP y en el CEDH, lo que en última instancia redundaría en beneficio de la salud individual, habida cuenta de que, como sabemos, el bien jurídico protegido es el mismo.

4.2. LA SALUD COMO DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la salud incluye, en primer lugar, la posibilidad de reaccionar jurídicamente frente a los ataques contra la salud individual y colectiva. Desde el punto de vista del derecho fundamental no es necesario que todas estas reacciones sean de naturaleza judicial ni que queden a disposición directa de los titulares del derecho. Al menos, los daños directos contra la salud de personas concretas (que normalmente también afectan al derecho

101. P. ej., ninguna de las carencias de la sanidad española, que habitualmente se critican (p. ej., NAVARRO, 2005, pp. 455-458 y 2006, pp. 50-59) sería fácilmente superable mediante la mera invocación de los mandatos constitucionales aplicables, al margen de la lógica de los derechos subjetivos. Desde luego, no cabe descartar (y resulta recomendable como estrategia procesal) la exigencia ante los tribunales de obligaciones legales de la Administración, por la vía del art. 43.1 CE (en general, *supra*, IV, 4.4.3). Al respecto resulta significativa la STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886), en la cual (por cierto, por vía de responsabilidad patrimonial y sin referencia expresa al derecho a la salud) se acaba subjetivando una obligación administrativa general de información en materia sanitaria.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

a la integridad¹⁰²) deben ser castigados y reparados mediante acciones que los afectados puedan entablar ante los tribunales, y así sucede, como después veremos, en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a los ataques directos (procedentes, normalmente, de particulares)¹⁰³, la consideración de la salud como derecho reaccional no plantea especiales problemas de determinación del contenido, debiéndonos remitir al respecto al apartado sobre las garantías del derecho (*infra*, 7.7).

El derecho reaccional puede ser afectado también por omisión de los poderes públicos en su protección: buena parte de los controles administrativos sobre los servicios sanitarios (*infra*, 7.4) vienen exigidos por el derecho fundamental¹⁰⁴, por lo que su falta de previsión legal o reglamentaria o su falta de aplicación pueden ser inconstitucionales. En estos supuestos, las fronteras entre lo defensivo y los prestacional nuevamente se diluyen.

En segundo lugar, la salud es configurada en la CE como un derecho, no como un deber ni como un derecho-deber. En consecuencia, la libertad de someterse o no a un determinado tratamiento médico forma parte del contenido del derecho a la salud¹⁰⁵. Esta interpretación del artículo 43.1,

102. Se trata de un supuesto de concurrencia de derechos o, como dice CANOSA (2006, pp. 106-110), de solapamiento.

103. Paradójicamente, los ataques directos procedentes de la Administración se producirán casi siempre en el mismo ámbito sanitario (p. ej., contagio de hepatitis o VIH en una transfusión o consecuencias de un tratamiento médico invasor o peligroso): en este caso, la intervención sobre la faceta defensiva y sobre la faceta prestacional (por mala asistencia sanitaria) del derecho vienen a confundirse.

104. Veamos p. ej. la regulación de la seguridad del tratamiento sanitario, dirigido en última instancia a evitar daños a la salud de los pacientes. Los artículos 22 y 27 LCC imponen garantías de seguridad (a desarrollar reglamentariamente), en los casos de «técnicas, tecnologías o procedimientos respecto de los que no exista suficiente información» y de apertura de nuevos centros, servicios y establecimientos sanitarios. Pese a que la legislación vigente incluye únicamente obligaciones de los poderes públicos, creemos que en supuestos excepcionales resultan exigibles, como contenido de un derecho subjetivo a la seguridad sanitaria (integrado en el derecho fundamental a la salud), unas actuaciones mínimas.

105. Las SSTs (Civil) de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3) y 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197) califican al consentimiento informado como «derecho humano fundamental, [...] consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia», afirmándose seguidamente que deriva también del «derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo». A nuestro juicio, se citan demasiados derechos y lo más correcto seguramente sea reconocer aquí que se produce una cierta intersección entre salud e integridad física. En la dirección correcta, aunque todavía con alguna ambigüedad parece situarse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007, 133), cuando afirma que «el derecho fundamental implicado [¿el derecho a la salud?] impone al Estado que [la] prestación se lleve a cabo en un marco procedimental a través del cual se articule *—ex ante—* la participación del individuo en la decisión sobre las medidas

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

coherente con el valor superior de la libertad (art. 1.1) y con el principio del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), implica que la decisión de ejercer el derecho (en especial, solicitar las prestaciones que integran su contenido) es una decisión libre, que sólo compete a su titular. Una asistencia sanitaria impuesta atentaría contra el derecho a la salud, en su faceta de derecho de libertad.

La configuración de la salud como un derecho de libertad, proclamada al menos desde la LGS¹⁰⁶, se encuentra hoy reconocida en los artículos 2.1 a 2.4 y 8 a 11 LAP, reguladores del llamado consentimiento informado¹⁰⁷, y en la práctica totalidad de las leyes autonómicas sobre derecho a la salud. Con buen criterio, el legislador ha considerado que la decisión de ejercer o no el derecho a la salud debe adoptarse tras una información adecuada. Esta información no tiene un contenido autónomo sino más bien un carácter instrumental, por lo que sistemáticamente conviene estudiarla al hablar de las garantías (*infra*, 7.1).

Según el artículo 8.1 LAP, «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que [...] haya valorado las opciones propias del caso». Como regla general, el consentimiento es verbal (art. 8.2). La mera presencia de una persona en el centro sanitario puede considerarse ya indicativa de su decisión de ejercer el derecho y someterse al tratamiento decidido por un facultativo. Como excepción, se exige el consentimiento escrito en los casos de «intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente». Se trata de una garantía del derecho a la información (el art. 8.3 dice que el documento a firmar «tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos» y el art. 10.1 detalla este contenido) y por tanto de la libertad plena de la decisión, pero también de una salvaguarda del facultativo y de la Administración sanitaria, por cuanto, como después veremos, la existencia o no de consentimiento es relevante para atribuir responsabilidad por daños (*infra*, 7.6). Desde luego, existe una amplia

médicas que deben adoptarse, de forma tal que el afectado otorgue su consentimiento a las mismas».

106. *Vid.* el hoy derogado art. 10.6 LGS. Para otros datos legales, derogados y vigentes, MÉJICA y DíEZ, 2006, pp. 42-47.

107. La amplia problemática del consentimiento informado no va a ser desarrollada en profundidad en este capítulo (*Vid.*, no obstante, *infra*, 7.1), que se inserta en una obra dirigida básicamente a estudiar los derechos sociales como derechos prestacionales. Para una panorámica general sobre el consentimiento informado remitimos, por todos, a GALÁN CORTÉS, 2001.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

zona fronteriza de supuestos en los que no está clara la exigibilidad del consentimiento escrito. El artículo 10.2 ofrece al respecto un criterio orientativo: «El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente». Finalmente, la LAP señala que «El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento» (art. 8.5).

El tratamiento sanitario sólo puede ser realizado sin consentimiento del paciente en cuatro circunstancias (art. 9): cuando existe riesgo para la salud pública (*infra*, 6), cuando el paciente no pueda prestar el consentimiento por razones de urgencia¹⁰⁸ o incapacidad de hecho, cuando esté incapacitado legalmente o cuando sea menor de edad (*infra*, XV, 3.2.1). En los tres últimos casos el facultativo debe consultar a los representantes y, en su caso, a los familiares y allegados del paciente, cuya opinión en algún caso parece configurarse como vinculante [art. 9.3.a)]. El artículo 9.5 aporta elementos para flexibilizar esta vinculación, permitiendo implícitamente al facultativo apartarse del parecer de sus representantes, de hecho o de derecho: «la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario».

La importancia dada por el legislador a la libertad de decisión se pone de manifiesto en el artículo 11 LAP, que regula las llamadas instrucciones previas. Se trata de un documento (escrito y que puede inscribirse en el Registro nacional aludido en el artículo 11.5) mediante el cual «una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud», pudiéndose designar en el documento a un representante «para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». Según el artículo 11.3 son nulas («No serán aplicadas») las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*. Esta última previsión del artículo 11.3 LAP plantea el problema de si el paciente puede negarse a todo tratamiento, aun cuando de esta

108. Nótese la diferencia con el anterior art. 10.6 LGS, según el cual el consentimiento podía obviarse «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento». Ahora no basta la urgencia, debiendo existir también falta de consentimiento.

negativa se derive la pérdida de la propia vida. Nuestro ordenamiento no castiga la propia muerte libremente decidida pero sí la ayuda de un tercero a causarla (art. 143 CP). Aunque existe una línea borrosa entre la eutanasia pasiva y la activa, con carácter general en la práctica se admite que el médico puede imponer el tratamiento frente a la voluntad del paciente, para evitar la muerte, libremente decidida, de éste. No podemos detenernos aquí en esta difícil cuestión¹⁰⁹, ya que afecta más bien al derecho a la vida y no tanto al derecho a la salud estrictamente considerado.

4.3. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

4.3.1. Disponibilidad

Según el apartado 12 de la OG 14, el Estado debe contar con un «número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud», lo que entre otras cosas incluye «hospitales y clínicas» y «personal médico capacitado y bien remunerado». En España tradicionalmente se sigue el modelo de provisión directa de servicios sanitarios por el Estado, tendencia que consolida el artículo 66.1 LGS, según el cual «Formará parte de la política sanitaria de todas las Administraciones Públicas la creación de una red integrada de hospitales del sector público. Los hospitales generales del sector privado que lo soliciten serán vinculados al Sistema Nacional de Salud [...] cuando las necesidades asistenciales lo justifiquen y las disponibilidades económicas del sector público lo permitan». Por su parte, el artículo 9 LCC dispone que «Las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud únicamente se facilitarán por el personal legalmente habilitado, en centros y servicios, propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél».

La sanidad no puede ser considerada un servicio público en sentido formal pero sí en sentido material¹¹⁰ (*supra*, IV, 5.2.3): ni existe monopolio público sobre el sector ni se precisa la apertura de un concurso público (aunque sí una autorización previa, art. 29.1 LGS) para la puesta en marcha de un centro sanitario privado (lo que se considera ejercicio de la libertad

109. No obstante, en relación con un tema cercano, hace años nos pronunciamos sobre el particular (ESCOBAR, 1993, esp. p. 352), en una línea favorecedora de la libertad de decisión sobre la propia vida y salud. Para un amplio (y excelente) estudio de esta materia, *vid.* DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, 2009, con un acertado equilibrio entre teoría y práctica y entre dogmática y Filosofía.

110. En esta línea, ya antes de la discusión en España sobre el «nuevo servicio público», FERNÁNDEZ PASTRANA, 1984, pp. 26 y ss.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

de empresa, arts. 88-89 LGS¹¹¹); sin embargo, la creación y mantenimiento de una red pública sanitaria parece impuesta por el artículo 43.2 CE («Compete a los poderes públicos organizar...»)¹¹², y así lo corrobora, como hemos visto, la legislación vigente. De otro lado, y en coherencia con lo anterior, la sanidad figura entre los «servicios esenciales de la comunidad» del artículo 28.2 CE¹¹³.

En la práctica, los centros sanitarios de titularidad pública son claramente predominantes sobre los de titularidad privada adscritos al Sistema Nacional de Salud¹¹⁴, los cuales se someten, en todo caso, al control público

-
111. Recordemos que, según nuestros parámetros conceptuales, el Estado social no impone la igualdad material, que todos los ciudadanos disfruten de forma idéntica de las mismas prestaciones (*supra*, III, 2.4) y la existencia de prestaciones privadas no resulta incompatible con la naturaleza de los derechos fundamentales (*supra*, IV, 4.3.1), siempre que todos los ciudadanos tengan cubiertas sus necesidades básicas. En relación con el derecho a la salud, HEINIG (2008, p. 449), con quien esta vez coincidimos, afirma: «El Estado social según la LFB no prohíbe [...] que los individuos adquieran por cuenta propia las prestaciones médicas que necesiten [...]. Las diferencias moderadas en los niveles de asistencia médica son inevitables. La nivelación material hacia abajo no debe ser el objetivo de un Estado social libre adecuado a la LFB; tampoco igualar las condiciones de vida de todos los individuos ajustándose al nivel de quienes no conocen la escasez es algo que la Constitución exija [...] ni es en realidad posible».
 112. Desde una interpretación flexible del precepto se podría entender que constitucionalmente cabe una red de titularidad privada pero sometida al control público (lo estatal y lo público son conceptos distintos), que es el modelo alemán, pero este debate no está sobre la mesa, como enseguida veremos.
 113. La jurisprudencia no discute esta premisa; otra cosa es que deba justificarse en cada caso la necesidad de los servicios mínimos, como recuerdan, últimamente, las SSTS de 21 de enero de 2008 (RJ 2008, 1658) o 6 de marzo de 2009 (RJ 2009, 2132). En caso de huelga en el sector, los convocantes deben dar un preaviso de diez días y el Gobierno autonómico puede decretar servicios mínimos, incluyendo, en última instancia, la reanudación de la actividad laboral o el arbitraje obligatorio (arts. 4 y 10 del RDley 17/1977).
 114. Desde las reformas de los noventa (siguiendo alguna normativa autonómica, RDley 10/1996, convertido en Ley 15/1997 y art. 111 de la Ley 50/1998), dejando de lado algunas excepciones muy puntuales, los Hospitales del SNS son gestionados con arreglo a alguna de las fórmulas siguientes: a) Gestión directa (la fórmula más habitual), mediante empresas públicas (también llamadas sociedades estatales), entidades públicas empresariales, fundaciones, fundaciones públicas sanitarias o consorcios sanitarios; b) Concierto con un centro sanitario privado para la prestación de servicios propios del SNS, según las reglas generales del contrato de gestión de servicios públicos arts. 251-265 LCSP, debiéndose prestar el servicio en iguales condiciones que en los centros estrictamente públicos (art. 90.6 LGS) y bajo el control permanente de la Administración sanitaria (art. 94.2 LGS); c) Convenio para la vinculación de un centro sanitario privado al SNS, fórmula según la cual aquel pasa a formar parte de éste, sometiendo su régimen sanitario, administrativo y económico al que ya existe para los hospitales públicos pero conservando su titularidad privada y el régimen jurídico de su personal, que continuará sometido al Derecho laboral

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

(p. ej., arts. 6 y 29 LCC). En la actualidad, la polémica ideológica sobre lo público y lo privado parece abandonada, pues la izquierda ha admitido modelos más flexibles de gestión y la derecha ha renunciado a una privatización generalizada de la sanidad.

La sanidad pública española pretende configurarse desde la LGS como una organización única, denominada Sistema Nacional de Salud (SNS), que integre todas las estructuras y medios públicos al servicio de la salud¹¹⁵. Actualmente tales estructuras y medios se agrupan en 17 Servicios autonómicos de Salud. A grandes rasgos, puede considerarse que el Sistema cuenta hoy con capacidad suficiente para atender a la totalidad de la población española. Las carencias del sistema pueden considerarse excepcionales y casi inevitables¹¹⁶ y, salvo lo que después se dirá sobre el reintegro de gastos sanitarios y sobre las listas de espera, no puede hablarse de inconstitucionalidad estructural o normativa por vulneración del elemento de la disponibilidad.

No cabe liberalizar el sector (pues, estrictamente, ya lo está) pero sí privatizar *la gestión* de centros públicos y hacer un uso más frecuente de las fórmulas de adscripción de centros sanitarios privados al SNS. Una eventual política pública de tal signo, en principio, no parece prohibida por la CE¹¹⁷, pero puede implicar algunos riesgos para la efectividad del derecho a la salud¹¹⁸. Aunque la normativa vigente introduce algunas cautelas, cabe dudar

(art. 66.3 LGS). Para más detalles, p. ej., DOMÍNGUEZ MARTÍN, 2006, o VILLAR ROJAS, 2007.

115. La integración de la sanidad pública en el SNS no resulta en la práctica absoluta; subsisten aparte, p. ej., la sanidad penitenciaria y las mutuas patronales de accidentes de trabajo, que pueden considerarse públicas; últimamente, DF 2ª y DF 3ª LGSP.
116. PEMÁN GAVÍN (2005, p. 105) llega a hablar de un cierto déficit «estructural» de todo sistema de provisión pública, que no se da en el sistema de provisión privada con financiación pública por acto médico.
117. Tesis unánime en la doctrina, incluso desde posiciones progresistas: p. ej., RODRÍGUEZ-PIÑERO y DEL REY GUANTER, 1999, pp. 110-112.
118. El 24 de noviembre de 2009 el Pleno del Congreso aprobó (con los votos favorables del PSOE y los partidos minoritarios de izquierda, la abstención de PNV y CiU y la oposición del PP) la toma en consideración de una proposición de ley de Izquierda Unida para la reforma de la citada Ley 15/1997. Según el diputado Llamazares, en Madrid y Valencia se han cometido excesos privatizadores que han conducido a la disminución en el cumplimiento del derecho a la salud en esas Comunidades. En estas Comunidades Autónomas se utiliza con relativa frecuencia la fórmula diríamos más liberal de las previstas en la Ley 15/1997: concierto para la gestión de todos los servicios sanitarios. El razonamiento de Llamazares vendría a ser el siguiente: algunas fórmulas de gestión sanitaria han implicado desprotección del derecho a la salud; luego, prohibamos dichas fórmulas por ley. Otros grupos niegan la premisa fáctica. En nuestra opinión, no se ha conseguido demostrar que el empleo de fórmulas de gestión más abiertas a la iniciativa privada haya conducido a la consecuencia que se denuncia, y en todo caso nuestro ordenamiento contiene resortes que permiten en todo momento el control estatal; no se olvide que seguimos bajo la cobertura

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

de que resulten siempre suficientes para garantizar que la asistencia se presta en igualdad de condiciones con los centros públicos. Además de los controles posteriores, que siempre caben, quizás sería aconsejable al menos, en línea con lo propuesto implícitamente por el apartado 35 de la OG 14 y expresamente por la Federación Iberoamericana de Ombudsmán¹¹⁹, la introducción de exigencias adicionales de garantía de la efectividad del derecho en los centros sanitarios privados que quieran adscribirse al SNS.

Un elemento importante, ya anunciado, del componente del derecho que ahora analizamos es la posibilidad de acudir a un centro sanitario privado cuando no resulta posible hacerlo a uno público (estrictamente, del SNS), con derecho al posterior reintegro de los gastos correspondientes. De 1967 a 1986 el reintegro se producía en dos supuestos: denegación injustificada de asistencia sanitaria (lo que fue interpretado por la jurisprudencia en un sentido muy favorable al derecho a la salud) y «asistencia urgente de carácter vital» (art. 18 del Decreto 2766/1967). El artículo 17 LGS, todavía vigente, optó por una fórmula de exclusión prácticamente total del reintegro, lo cual fue matizado por el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995 (hoy art. 4.3 RDCSC) y actualmente por el ya citado artículo 9 LCC. Este último precepto parece permitir un único supuesto de reintegro (las «situaciones de riesgo vital», que es algo más amplio que la urgencia pero menos que la denegación injustificada de asistencia), interpretación que corrobora el artículo 4.3 RDCSC. De esta forma, nos encontramos con un aparente retroceso con relación a la etapa de la vigencia del Decreto 2766/1967, pues la «denegación injustificada» era interpretada abarcando los casos de recurso a la sanidad privada tras un error de diagnóstico en la pública¹²⁰, falta de medios¹²¹ o espera prolongada¹²², posibilidades que ahora parece cerrar (la expresión «riesgo vital» no incluye situaciones antes admitidas) la normativa vigente¹²³. Ciertamente, el retroceso se produce no tanto en relación con la

del servicio público material. En todo caso, el debate ha caído en el olvido y la proposición de ley no llegó a tramitarse. Un informe de evaluación de los modelos de gestión sanitaria, al parecer solicitado y no concluido, nos permitiría analizar, con conocimiento de causa, si la premisa fáctica del diputado Llamazares es correcta.

119. Recomendación 5, en Fio, 2006, p. 554.

120. Para esta amplia jurisprudencia, muy casuística, *vid.* CANTERO RIVAS y ESTÁN TORRES (1998), ROMÁN VACA (1998) y POLO SÁNCHEZ (2001).

121. P. ej., STS (Social) de 17 de julio de 2000 (RJ 2000, 7183).

122. P. ej., STS de 21 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1168).

123. La STS (Social) de 8 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 9416) quiso mantener la tesis tradicional ya bajo la vigencia del RD 63/1995, por considerar que subsistían las mismas razones que justificaban dicha tesis. Esta interpretación, loable por lo que implica de garantía del derecho fundamental (aunque más valiente hubiera sido plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 9 LCC), creemos que rompe la literalidad de la norma, que sólo permite el reintegro en casos de urgencia vital. Así se pronuncia con claridad desde 2000 los Tribunales Superiores de Justicia

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

disponibilidad como con la garantía de una adecuada asistencia médica, por lo que posponemos su análisis al lugar sistemático correspondiente (*infra*, 7.4).

La delicada cuestión de la financiación de la sanidad no puede ser abordada aquí en su plenitud¹²⁴. El gasto público en salud ha ido creciendo en los últimos años¹²⁵, lo que impide acusar al legislador presupuestario de regresión y revela de nuevo lo infundado de la tesis de la crisis del Estado social (*supra*, III, 2.4.1). En 2001 la financiación del SNS se integró en el sistema general de financiación de las Comunidades Autónomas, con la previsión de que la aportación directa del Estado desapareciera (LO 7/2001 y Leyes 21 y 22/2001, asentadas sobre un modelo de suficiencia, autonomía y solidaridad), quedando tan sólo como garantía de la equidad del sistema (Fondo de Cohesión y fondo de control de la ITE)¹²⁶, y que por tanto el SNS se financiara básicamente con cargo al Presupuesto de cada Comunidad Autónoma. La crítica más frecuente al actual sistema de financiación del SNS es que no garantiza de forma suficiente la equidad territorial; téngase en cuenta, por ejemplo, que el gasto sanitario por persona oscila en 2010 entre 1.066 (Islas Baleares) a 1.623 euros (País Vasco)¹²⁷. Adviértase, sin embargo, que la importancia de este dato es relativa, pues el problema principal de la financiación es la suficiencia dinámica y el gasto sanitario por persona está influido también por otros factores. En definitiva, del mero dato de la diferencia del gasto no cabe derivar sin más la vulneración del componente de igualdad del derecho a la salud.

Por último, en cuanto al personal sanitario, incluido, como vimos, en la OG 14, en el componente de disponibilidad del derecho, cabe inicialmente decir que la legislación estatal (sobre todo, arts. 12, 13, 30, 36 y 39 LEMPE) garantiza la disponibilidad del personal necesario para la efectividad del derecho a la salud. El número del personal sanitario es considerado suficiente a nivel europeo: 0,7 médicos de familia y pediatras por cada 1.000 habitantes

e incluso, con alguna ambigüedad, la doctrina más reciente del propio Tribunal Supremo (STS –Social– de 4 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1605]). *Vid.*, al respecto, GUERRERO ZAPLANA, 2006, pp. 200-202.

124. Para más detalles, p. ej., ZORNOZA PÉREZ, 2004, REY BIEL y REY DEL CASTILLO, 2006 o ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 317 y ss.

125. El gasto público en salud fue en 2008 del 6,1 % del PIB (Informe de 2010 del SNS, <http://www.msps.es/organizacion/sns/docs/sns2010/Principal.pdf>), lo que implica un incremento importante en relación con los años inmediatamente anteriores, pero sigue situando a España en los últimos lugares de la Unión Europea-15.

126. Habría que matizar que la equidad se garantiza también con otros instrumentos, y en especial con la cartera de servicios comunes.

127. Fuente: Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, tomado del diario El País, 10 de marzo de 2011.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

y 1,2 médicos por cada 1.000 habitantes trabajando en hospitales del sector público.

La OG 14 destaca especialmente el deber del Estado de asegurar (apartado 35) que los profesionales sanitarios reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología, deber que nuestro ordenamiento proyecta sobre los propios profesionales (*infra*, 5.2.2), imponiendo exigencias importantes, que con carácter general cabe encuadrar en el carácter meramente objetivo del derecho a la salud.

Llegados a este punto, debe llamarse la atención sobre una idea que ya fue anunciada con carácter general: ninguno de los elementos prestacionales del derecho puede entenderse con carácter absoluto. Esto no quiere decir que tales elementos estén sujetos a la disponibilidad presupuestaria (*supra*, III, 5 y IV, 6.6) sino que sólo puede exigirse, constitucionalmente hablando, un contenido determinado (el adecuado al objeto del art. 43 CE), no todos los contenidos posibles. No hay, en consecuencia, un derecho fundamental a disponer de las infraestructuras y técnicas sanitarias mejores del mundo, sino a recibir una asistencia sanitaria suficiente para la tutela del bien jurídico protegido.

Desde la perspectiva señalada, algunos elementos que cabe asociar a la disponibilidad del derecho a la salud encajan mejor en su contenido adicional que en su contenido constitucional. Aquí podemos incluir la mayor parte de las prestaciones que suelen asociarse a la idea de calidad de la asistencia sanitaria. La calidad es definida en el apartado 12 de la OG 14 (resulta significativo que el Comité DESC no vuelva sobre ella al concretar el contenido mínimo del derecho) como «personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas»; como se advierte, estos elementos vienen a relacionarse, de un modo u otro con la disponibilidad. Por su parte, la LCC parece admitir dos perspectivas de la calidad, que no resultan incompatibles entre sí: una predominantemente jurídica (art. 28) y otra predominantemente administrativa (arts. 59-62); a esta última, importante para la garantía objetiva del derecho, nos referiremos después (*infra*, 7.8). La primera perspectiva, que es la que ahora nos interesa, incluye, para todos los titulares del derecho, tres posiciones subjetivas concretas, relacionadas también con la disponibilidad:

- a) El artículo 10.13 LGS reconoce el derecho «a elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud»,

estableciendo el artículo 14 del mismo cuerpo legal un mandato al poder reglamentario para la atención primaria. Dictada ya la normativa correspondiente (RR DD 1575/1993 y 8/1996)¹²⁸, los artículos 13 LAP, 28.1 LCC y 5.1.d) LOPS¹²⁹, reiteran, con unos u otros matices, dicho reconocimiento.

La libertad de elección de facultativo (la cual, pese a lo que sugiere el término libertad, es ante todo un derecho de prestación) plantea dos problemas principales. En primer lugar, la práctica imposibilidad de permitirle a todos los titulares del derecho a la salud en condiciones de total igualdad: piénsese sobre todo en las pequeñas poblaciones rurales alejadas de centros urbanos, donde la libertad de elección puede verse en ocasiones dificultada. Al encontrarnos más allá del contenido constitucional del derecho, estas diferencias de trato resultan conformes con la CE.

En segundo lugar, resulta difícil que el derecho se ejerza en condiciones realmente libres. Como se advierte con frecuencia a lo largo de todo el régimen jurídico del derecho a la salud (*infra*, 7.2), la previa información (en este caso, sobre los facultativos objetivamente «mejores») resulta clave (punto de vista que destaca especialmente el art. 13 LAP) y esta no siempre se obtiene con facilidad.

- b) El derecho a la segunda opinión facultativa ha sido reconocido, como una facultad distinta a la anterior, por los artículos 4.a) y 28.1 LCC. En esta ocasión no existe desarrollo reglamentario a nivel estatal, por lo que nos encontramos ante una omisión reglamentaria ilegal, pero no inconstitucional, en la medida en que este derecho no resulta derivación directa del artículo 43.1 CE.
- c) Una serie variada y todavía poco definida de facultades, que cabe encuadrar en el derecho a la comodidad en la asistencia sanitaria. El artículo 28.1 LCC señala que las instituciones asistenciales «abordarán actuaciones para la humanización de la asistencia y para la mejora de la accesibilidad administrativa y de su confortabilidad. Los hospitales [del SNS] procurarán la incorporación progresiva de habitaciones de uso individual». Algunas leyes autonómicas reconocen ya

128. Nótese que esta normativa resulta hoy casi inaplicable, pues no tiene carácter básico (una nueva muestra de que nos encontramos dentro del contenido adicional del derecho) y la mayor parte de las Comunidades Autónomas cuentan con normativa propia.

129. Previamente se habían dictado los RR DD 1575/1993 y 8/1996 y la mayor parte de las leyes autonómicas lo habían ya reconocido.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

un cierto derecho a la comodidad, en cuyo caso podría ser exigido por sus titulares. A nivel nacional, consideramos que, puesto que el precitado artículo 28.1 LCC se expresa en términos de obligaciones administrativas y no de derechos subjetivos, dicha exigibilidad individual no sería posible, por encontrarnos, nuevamente, dentro del contenido adicional del derecho y por no resultar la comodidad necesaria para la consecución del objeto del derecho a la salud, entendido como derecho fundamental (*supra*, IV, 4.4.3).

4.3.2. Accesibilidad

El apartado 12 de la OG 14 enumera cuatro elementos de este segundo componente del derecho a la salud: universalidad, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. La primera y la última serán tratadas después (respectivamente, *infra*, 5.1.2 y 7.4), por considerar que sistemáticamente encajan mejor en otros apartados de este capítulo.

Según la citada OG 14, los servicios de salud deben estar al alcance de todos, «a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales», y en especial a los grupos vulnerables o marginados (la OG cita ocho ejemplos) y a las personas con discapacidad. En nuestro ordenamiento, el artículo 62.2.a) LGS exige tener en cuenta, en la delimitación de las Zonas Básicas de Salud, «las distancias máximas de las agrupaciones de población más alejadas de los servicios y el tiempo normal a invertir en su recorrido usando los medios ordinarios» y el artículo 19 LCC incluye entre las prestaciones sanitarias el transporte sanitario (que será asistido o no asistido, según las necesidades, apartado 2 del Anexo VIII RDCSC¹³⁰), el cual «necesariamente deberá ser accesible a las personas con discapacidad» y que «consiste en el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte». Este último precepto plantea sobre todo dos cuestiones:

- a) El desplazamiento previsto ha de entenderse aquí como gratuito, pues de otro modo el precepto carecería de sentido (así, el apartado 1 del citado Anexo VIII, que habla de «derecho a la financiación»).
- b) Resulta problemático determinar en qué «situación» una persona tiene derecho al transporte sanitario gratuito, pues el precepto no aclara si se trata de una imposibilidad física o económica o si incluso

130. Dicho Anexo concreta también los requisitos generales del transporte y el supuesto especial del traslado de pacientes entre Comunidades Autónomas, y ello en términos sustancialmente similares a la normativa anterior. Para más detalles, F. A. GONZÁLEZ DÍAZ, 2003, pp. 103-107.

cabría exigir el transporte sanitario en los casos de dificultad de desplazamiento por razones meramente geográficas. El Anexo VIII, al aludir a la «imposibilidad física u otras causas exclusivamente clínicas» limita bastante las posibilidades interpretativas. La segunda frase del artículo 19 LCC remite al reglamento autonómico la determinación aún más concreta del contenido de esta prestación, y allí nos encontramos con significativas ampliaciones del contenido de la misma. En la práctica, el criterio que predomina es otorgar la prestación en los casos de imposibilidad física y de ausencia de transporte público en el domicilio del paciente. También suele abonarse el coste del desplazamiento (en transporte público o privado) para tratamiento médico (no para una primera consulta) a quienes residan fuera de la localidad donde se encuentre el centro sanitario, lo que excede claramente del contenido del derecho previsto en la legislación estatal (no siempre se está en una situación que impida al paciente desplazarse en los medios ordinarios de transporte). Las diferencias de trato derivadas de estas ampliaciones son constitucionales, por ir más allá, a nuestro juicio, del contenido en sentido estricto del derecho fundamental.

El elemento quizás más importante de la accesibilidad física es el transporte en caso de urgencia médica, que deriva directamente del mismo derecho a la salud. La Recomendación 111/2009, del Defensor del Pueblo, responde a la queja del familiar de un fallecido que no fue trasladado al centro más próximo y adecuado para su curación, por pertenecer dicho centro a otra Comunidad Autónoma. Con buen criterio, el Defensor, sin referencia a normativa alguna, recuerda que «debe primar la accesibilidad sobre la dependencia orgánica de los centros» y recomienda con carácter general a la Administración la utilización de «los recursos más cercanos, independientemente de que éstos pertenezcan a una u otra comunidad autónoma». Con el fin de lograr una solución permanente a este tipo de problemas, concluye proponiendo el establecimiento de protocolos de actuación y convenios marco de colaboración entre las Comunidades Autónomas limítrofes.

Por su parte, la accesibilidad económica o asequibilidad, impone, según la OG 14, que la asistencia sanitaria esté al alcance de todos. El reconocimiento de un derecho social (en este caso, si se quiere, su universalidad) no equivale necesariamente a su gratuidad sino, en todo caso, a su asequibilidad¹³¹. Nuestro ordenamiento no reconoce con claridad la gratuidad de la asistencia sanitaria pero ésta se ha impuesto en la práctica con carácter gene-

131. Para el derecho a la salud, p. ej., BORRAJO DACRUZ, 1996, p. 186.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

ral, al menos para los sujetos que tienen reconocido este derecho mediante normas especiales; para los demás, los artículos 16.3 y 83 LGS prevén la «facturación». De hecho, la LGS permite (se trata de una habilitación) el cobro de tasas (en realidad, precios públicos)¹³² por asistencia sanitaria [arts. 46.1.d) y 79.1.c)] y el «copago» ha sido defendido, como un instrumento no tanto al servicio del ahorro como de la concienciación sanitaria de la población, lo que podría llevarse a cabo sin modificar la ley¹³³.

Hasta aquí la regla general. Como excepción, hasta fecha reciente persistían situaciones en las que ciudadanos españoles o ciudadanos extranjeros con residencia en España¹³⁴ (esto es, en ambos casos, titulares del derecho a la salud: *infra*, 5.1.2) eran atendidos por el SNS, pero se les cobraba por ello¹³⁵. Se trataba de un colectivo, según el Defensor del Pueblo, de unas 200.000 personas, que respondían a situaciones heterogéneas¹³⁶, pero básica-

132. PEMÁN GAVÍN, 2005, p. 233.

133. Esta implantación no sería inconstitucional, siempre que, obviamente, se respetara el principio de asequibilidad. En todo caso, además de contrariar la tendencia natural a la gratuidad (a la que seguidamente aludiremos), siempre ha terminado descartándose por razones de igualdad y por los costes de transacción que implicaría; en efecto, resultaría difícil arbitrar un sistema compatible con la igualdad (la misma cantidad para todos no parece compatible con ésta) que pudiera ser gestionado con facilidad.

134. Dejamos fuera de momento el caso de los extranjeros sin residencia en España, cuya facturación no plantea, a nuestro juicio, problemas de constitucionalidad.

135. La facturación plantea en la práctica numerosos problemas. Por tratarse de una mera cuestión de eficacia administrativa, no será tratada aquí.

136. Según información facilitada al autor por Fernando Benito, Asesor de Sanidad del Defensor del Pueblo, (y en similar sentido, FREIRE CAMPO, 2005, pp. 83-84) los distintos ejemplos se podrían agrupar en cuatro bloques: a) Personas no incluidas en el sistema de la Seguridad Social y que tienen (o pueden tener) derecho a la prestación de asistencia sanitaria al margen del SNS, como las afiliadas mutualidades generales de funcionarios; b) Personas incluidas en el sistema de la Seguridad Social, que perciben la asistencia sanitaria a cargo de una empresa colaboradora; c) Personas incluidas en el sistema de la Seguridad Social y excluidas de la cobertura de asistencia sanitaria (antiguo régimen especial de los funcionarios de la Administración Local, gestionado por la extinguida MUMPAL y otros supuestos en los que la asistencia sanitaria se lleva a cabo por instituciones de carácter privado); d) Personas no incluidas inicialmente en el sistema de la Seguridad Social pero a las que se les otorga el derecho a la asistencia sanitaria de dicho sistema. En este último grupo cabe integrar a aquellas personas que, por no realizar una actividad laboral o profesional y no hallarse asimiladas a trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, no se encuentran incluidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y que, al mismo tiempo disponen de rentas o medios económicos suficientes, todo lo cual les impide, en principio, ser reconocidos como titulares del derecho a recibir asistencia sanitaria, pero que, no obstante, por diferentes razones y a través de diversas técnicas (atribución directa del derecho, asimilación a la situación de alta o suscripción de convenios especiales) el ordenamiento vigente les otorga la posibilidad de beneficiarse de dicha prestación, reconociéndoles la condición de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente a la siguiente: no se encuentran en ninguno de los supuestos del artículo 100 LGSS, según el cual «serán beneficiarios de la asistencia sanitaria», no todas las personas sino únicamente los trabajadores por cuenta ajena, los pensionistas y los familiares o asimilados de ambos, en todos los casos si se cumplen una serie de requisitos. Bien podría haberse entendido que este precepto quedó derogado la legislación sanitaria posterior¹³⁷, la cual, por un lado, desvincula asistencia sanitaria y Seguridad Social y, por otro, reconoce la titularidad universal (con la única excepción de los extranjeros no residentes) del derecho a la salud, pero la interpretación que siguió la Administración fue más bien otra: la asistencia sanitaria reconocida por el artículo 100 LGSS es la asistencia sanitaria gratuita.

En principio, la mayor parte del colectivo citado se incluía en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1088/1989, por el que se extiende la cobertura (léase la gratuidad) de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes (los cuales se cifran en rentas iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional). Por ello, puede afirmarse con carácter general que, aun cuando se facturaran los servicios sanitarios prestados a personas excluidas de cobertura por la antigua normativa de la Seguridad Social, dicha facturación no contravendría el principio de asequibilidad, al presumirse que quienes perciben el salario mínimo interprofesional serán capaces de hacer frente a los gastos correspondientes. En todo caso, la práctica habitual era prestar la asistencia y facturarla después, sin exigir el pago por adelantado.

Como ya concluimos en una ocasión anterior¹³⁸, la excepción mencionada, prevista en la ley (pues el art. 100 LGSS y su normativa concordante no han sido derogados) y considerada injusta por el Defensor del Pueblo¹³⁹

titular de tal derecho, si bien exigiéndose en todos los casos una contraprestación económica, a satisfacer en todo o en parte por el propio titular o por ciertos organismos públicos con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Entre la diversidad de supuestos que caben englobar en este grupo, cabe hacer mención a los siguientes: trabajadores españoles emigrantes que se hallen trabajando por cuenta ajena en otro país, durante sus desplazamientos temporales a España; trabajadores españoles que, después de haber desarrollado sus actividades laborales en el extranjero, retornan al territorio nacional, sin derecho a percibir las prestaciones de asistencia sanitaria, ni por la legislación española ni por la del país de procedencia; beneficiarios que residan en España de las diferentes categorías de pensiones de Seguridad Social prevista por la legislación federal Suiza; y perceptores del subsidio por desempleo, para los que, como una de las prestaciones constitutivas del nivel asistencial, se prevé el abono por la entidad gestora de las cotizaciones a la Seguridad Social correspondientes (entre otras) a las prestaciones de asistencia sanitaria.

137. Así parece afirmarlo PEMÁN GAVÍN, 2005, p. 32.

138. ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 137-138.

139. *Vid.*, sobre todo, la Recomendación 29/2001 y el Informe 2006, 241-242.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

y por parte de la doctrina¹⁴⁰, era discriminatoria: si la asistencia sanitaria efectivamente se presta y si la facturación se realiza respetando el principio de asequibilidad, no se contraviene de manera frontal el artículo 43.1 CE pero se vulnera el artículo 14 CE, pues desde que la sanidad se financia por vía impositiva y no mediante cotizaciones, no hay justificación razonable para la diferencia de trato consistente en exigir el pago de la asistencia sanitaria (que no se exige a la amplia mayoría) al colectivo al que nos venimos refiriendo. La solución sólo podía venir (y en esto coincidían tanto el Defensor del Pueblo como la doctrina citada) de la mano de una reforma de la legislación del Estado¹⁴¹ que anudara con claridad titularidad del derecho y gratuidad de la asistencia sanitaria pública y eliminara la obsoleta dependencia de esta de la Seguridad Social. Pues bien, precisamente en los días de conclusión de esta obra (y de finalización de la IX legislatura), llega una respuesta que en principio (a falta de un análisis más detenido) parece adecuada para resolver (en parte¹⁴²) el problema: según comienza diciendo la disposición adicional 6ª LGSP, «Se extiende el derecho al acceso a la asistencia sanitaria pública, a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. Esta extensión, que tendrá como mínimo el alcance previsto en la cartera de servicios comunes del [SNS], se hace sin perjuicio de lo expresado en los números siguientes y de la exigencia de las correspondientes obligaciones a aquellos *terceros* legalmente obligados al pago de dicha asistencia de acuerdo con lo establecido en la [LGS, en la LGSS] y de lo dispuesto en los reglamentos comunitarios europeos y convenios internacionales en la materia».

Otro tipo de posibles barreras de acceso a la asistencia sanitaria es el de los requisitos administrativos previos. En principio, el derecho a la salud pertenece al tipo de los que pueden cumplirse sin formalidades: «el procedi-

-
140. Limitándonos a los juristas (hay otras aportaciones no jurídicas, como las de FREIRE CAMPO o SEVILLA, que también critican la situación del colectivo mencionado), HERNÁNDEZ BEJARANO (2004, pp. 106-107), que distingue bien entre universalidad y gratuidad, señala que «estamos ante prestaciones básicas, esenciales, que tienen el carácter de mínimas y que, en la actualidad, deberían ser de reconocimiento gratuito a cualquier ciudadano», pero no aclara la naturaleza jurídica o moral de ese deber ser. Por su parte, PEMÁN GAVÍN (2005, pp. 39, 99-100 y 170), pese a confundir universalidad y gratuidad, llega a afirmar la inconstitucionalidad de esta situación, pero sin citar siquiera los preceptos constitucionales vulnerados.
141. Erróneamente, HERNÁNDEZ BEJARANO (2004, pp. 107-109) atribuye esta tarea al legislador autonómico. Con mejor criterio, PEMÁN GAVÍN (2005, pp. 100, 155-156 y 171), con quien coincidimos plenamente en este punto.
142. Se excluye a los extranjeros residentes y se deja la extensión de la asistencia del colectivo mencionado en el apartado 3 de la DA en manos de un posterior desarrollo reglamentario.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

miento de prestación comienza cuando el enfermo se dirige directamente al médico»¹⁴³. Sin embargo, el artículo 57 LCC y el Real Decreto 183/2004, al regular la denominada tarjeta sanitaria individual, lo hacen de forma tan confusa (parece que la tarjeta sólo se otorga a quienes tienen derecho a la asistencia gratuita) que puede dificultarse la asistencia a quienes carecen de dicha tarjeta. Como después veremos, debe distinguirse entre titularidad y gratuidad (*infra*, 5.1.2) y prestarse asistencia a todos los titulares del derecho, dispongan o no de tarjeta sanitaria individual. Con mayor motivo, tampoco la determinación del sujeto público obligado al pago puede servir de excusa para negar la asistencia, que ha de prestarse por igual a todos los titulares del derecho, con independencia de su lugar de residencia [arts. 4.c) y 24.1 LCC y 2.2 del RD 183/2004].

4.3.3. Cobertura

Las prestaciones sanitarias exigibles conforman la parte más característica del contenido del derecho a la salud. El artículo 43.1 CE impone al respecto unas prestaciones mínimas, que deben resultar suficientes para dotar de efectividad a los bienes jurídicos que dan vida al derecho fundamental. Si bien en su momento realizamos una buena poda, al dejar fuera del artículo 43 los llamados condicionantes de la salud (*supra*, 2), todavía el ámbito de la enfermedad, el dolor y el sufrimiento resulta ser relativamente amplio y borroso, y por ello también lo es la frontera entre lo exigible y lo no exigible por el derecho fundamental. Las fronteras son, en todo caso, menos borrosas de lo que normalmente se dice¹⁴⁴, por repetición mecánica de uno de los falsos lugares comunes de la doctrina tradicional sobre los derechos sociales. En realidad, los supuestos fronterizos son pocos (después aludiremos a la posición del Defensor del Pueblo al respecto) y sobre ellos podría llegarse a un acuerdo científico y social sin demasiada dificultad. Desde luego, resulta constitucional y razonable el criterio seguido por el RDCSC de excluir del contenido del derecho las prestaciones «que tengan como finalidad meras actividades de ocio, descanso, confort, deporte o mejora estética o cosmética, uso de aguas, balnearios o centros residenciales u otras similares» [art. 5.4.a)].

Sea como fuere, la importancia de la labor del Parlamento en la determinación de las prestaciones es evidente, y quizás por ello la segunda frase del artículo 43.2 CE introdujo simultáneamente un mandato al legislador y una reserva de ley en la materia, que sólo con la LCC ha sido cumplida¹⁴⁵.

143. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007, p. 149.

144. De interés, DE CURREA-LUGO, 2005, pp. 58 y ss.

145. La LGS no sólo no concretaba las prestaciones sanitarias sino que introdujo en su DF 14ª una deslegalización contraria al art. 43.2 CE, que dio lugar al RD 63/1995,

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

Como se adelantó, la CE opta por un concepto de salud comprensivo de la salud individual y de la salud colectiva, en síntesis, respectivamente, de la asistencia en caso de enfermedad y de la prevención frente a la misma (*supra*, 2). Esta perspectiva, claramente asumida, según vimos, por la LGS, se proyecta en el diseño de las prestaciones de la LCC, que incluye la asistencia en caso de enfermedad en sentido estricto, pero también prestaciones de prevención y promoción de la salud, rehabilitación y reinserción o, en términos de su artículo 7.1, los «servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud». Llamamos la atención sobre la inclusión de prestaciones no típicamente asistenciales (sobre todo, art. 11), pues ponen de manifiesto que una parte (no sustancial, en todo caso) de la salud colectiva goza de una dimensión individual, y por tanto puede ser exigida con las típicas técnicas del derecho subjetivo. En esta dirección abunda la reciente Ley 17/2011, cuyo art. 1.1 señala que «en desarrollo del artículo 43 de la Constitución» se pretende «el reconocimiento y la protección efectiva del derecho a la seguridad alimentaria, entendiendo como tal el derecho a conocer los riesgos potenciales que pudieran estar asociados a un alimento y/o a alguno de sus componentes; el derecho a conocer la incidencia de los riesgos emergentes en la seguridad alimentaria y a que las administraciones competentes garanticen la mayor protección posible frente a dichos riesgos». Como se advierte, el legislador está subjetivando aquí medidas típicas de salud pública, en una interpretación sin duda generosa del contenido constitucional del derecho a la salud.

La LCC fija las prestaciones sanitarias que conforman el contenido del derecho a la salud, lo que se traduce en un listado cerrado de prestaciones (arts. 7 a 19), lo que aporta dosis elevadas de estabilidad y seguridad jurídicas¹⁴⁶, limitando la libertad de actuación del personal sanitario y la discrecionalidad judicial, sobre todo en comparación con la situación anterior. El Catálogo de Prestaciones de la LCC es concretado por una Cartera de Servicios Comunes, aprobada, siguiendo los criterios y el procedimiento específico del artículo 20 LCC, mediante el ya citado RDCSC. Dado el amplio margen de concreción que la LCC abre al reglamento y dada la trascenden-

vigente hasta la entrada en vigor del RDCSC (la DA 4ª del RD 63/1995 conserva su vigencia).

146. Tras la decisión política de fijar por ley las prestaciones sanitarias se encuentran dos tendencias que sólo en apariencia resultan contradictorias: la superación del temor a la crisis económica y el interés por racionalizar el gasto, mediante la fijación estable de las prioridades (p. ej., art. 10.3). Desde el punto de vista constitucional, la primera tendencia es sumamente positiva y la segunda resulta razonable y, salvo que afecte al contenido del derecho fundamental (lo que no se ha demostrado, como veremos), también constitucional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cia del mismo para la efectividad del derecho fundamental¹⁴⁷, resulta crítica-ble, por razones ya expuestas (*supra*, 4.1), que no se hayan seguido en su elaboración mecanismos de participación ciudadana que vayan más allá de los generales de la LPC¹⁴⁸.

Las Comunidades Autónomas pueden ampliar la Cartera de Servicios del RDCSC, teniendo en cuenta, en todo caso, los criterios de actualización exigidos a nivel nacional y que seguidamente veremos. La normativa vigente es claramente consciente de que esta determinación autonómica del contenido del derecho debe respetar el fijado a nivel nacional y que por tanto sólo puede servir para añadir nuevas prestaciones¹⁴⁹. Dado el nivel de detalle al que se llega en el RDCSC, está claro que la normativa autonómica que fuera más allá de él se movería en el ámbito del contenido adicional del derecho fundamental, y que por tanto las eventuales diferencias entre Comunidades Autónomas en principio resultarían, como ya se ha dicho, constitucionales (*supra*, 4.1).

En su momento pusimos de manifiesto la naturaleza histórica y por tanto variable del concepto de salud, naturaleza que nuevamente encuentra reflejo en la determinación de las prestaciones concretas. En esta dirección, la LCC fija los grandes elementos de las nueve prestaciones que configura, que sólo pueden ser ampliadas por ley estatal (la técnica legislativa más correcta sería reformar la LCC), y ello tras el cumplimiento de los requisitos del artículo 10.3 (memoria económica e Informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera)¹⁵⁰. La ampliación («actualización», en los términos más comedidos del art. 21 LCC) permanente del contenido del derecho (que, mientras no se reforme la LCC, ha de referirse a alguna de las nueve prestaciones del Catálogo) viene dada, sobre todo, por la posibilidad de introducir nuevos servicios comunes (mediante Orden del Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del CISNS) o nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos dentro de los servicios ya reconocidos (para lo que no se exige norma general alguna). Las cautelas establecidas en el artículo 21.3 dejan traslucir una cierta intención del legislador de impedir mejoras en el contenido del derecho, lo que podría parecer contrario a la misma naturaleza del derecho a la salud (nuevas enfermedades requerirán nuevos tratamientos). Sin embargo, el precepto no re-

147. Pese a ello, entendemos que no se vulnera la reserva de ley, dada la necesidad de flexibilizarla en materia de prestaciones (*supra*, IV, 4.4.2).

148. Con carácter general, DE LORA, 2004, pp. 903-904, y, en el sentido del texto, VIDA FERNÁNDEZ, 2004, p. 64.

149. La doctrina es unánime al respecto; p. ej., VIDA FERNÁNDEZ, 2004, pp. 57-58.

150. Una nueva precaución frente al desbordamiento del gasto, que evidentemente no vincula al legislador futuro.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

sulta inconstitucional, pues siempre queda la posibilidad de ampliación a nuevos servicios o técnicas que contribuyan a las finalidades descritas en el apartado a) del párrafo citado, las cuales coinciden, según vimos, con el bien jurídico protegido por el derecho fundamental. La ausencia de mecanismos de participación ciudadana en el proceso de actualización inicialmente previsto (art. 8 RDCSC) ha sido parcialmente subsanada por la normativa posterior¹⁵¹.

Por razones de espacio, no podemos realizar aquí un estudio pormenorizado de las nueve prestaciones de la LCC y de su concreción actual en el RDCSC¹⁵² y en la normativa autonómica correspondiente, estudio este que seguramente excedería de lo estrictamente constitucional. Sin embargo, sí debe realizarse una valoración global de la tendencia legislativa, desde la perspectiva de su adecuación a la satisfacción de las necesidades asociadas al objeto del derecho a la salud. En relación con este punto, debe hacerse obligada mención a la aportación al tema de PEMÁN GAVÍN, que, pese a su indudable valor, cae en una cierta contradicción, por cuanto este autor comienza afirmando «el carácter restrictivo con el que se abordan las modificaciones ampliatorias del catálogo de prestaciones» para reconocer después que se han producido «desarrollos ampliatorios» e incluso «un importante ensanchamiento [que se sigue produciendo, GE] en el contenido efectivo de no pocas de las prestaciones reconocidas»¹⁵³.

Para conocer el estado actual de la cuestión, puede ser útil acudir a los Informes del Defensor del Pueblo, que sintetizan las quejas de los ciudadanos. Pues bien, si analizamos despacio sus recomendaciones sobre la cobertura de la asistencia sanitaria, observamos que las carencias demandadas por la Institución se refieren más bien a problemas, normalmente coyunturales, de disponibilidad (p. ej., déficit de servicios pediátricos en atención primaria, de servicios de reproducción asistida o de cuidados paliativos o insuficiente tratamiento de algunas enfermedades como las raras o poco frecuentes o el daño cerebral adquirido o de la rehabilitación de enfermos mentales), no tanto a la falta de previsión de determinadas prestaciones en el RDCSC. En

151. El art. 8.7 RDCSC, interpretado sistemáticamente, no incluía la posibilidad de solicitudes ciudadanas de actualización (posibles, en todo caso, *ex* art. 29.1 CE). El art. 6 de la Orden SCO/3422/2007, acertadamente, palia esta carencia, al señalar que las propuestas de actualización serán formuladas por el Ministerio de Sanidad, por las Comunidades Autónomas o a «petición razonada» de «terceros interesados», entre los que desde luego caben, al menos, las asociaciones de pacientes o de profesionales.

152. *Vid.* al respecto GONZÁLEZ DÍAZ, 2003, pp. 61 y ss., con numerosas referencias jurisprudenciales, y VIDA FERNÁNDEZ, 2004, pp. 74 y ss., con amplia bibliografía.

153. PEMÁN GAVÍN, 2005, pp. 86-91.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

definitiva, el grueso de las deficiencias de nuestro sistema sanitario, en lo que al catálogo de prestaciones se refiere, es más bien producto de la inactividad o ineficacia administrativa que de la omisión reglamentaria. Como excepción, el Defensor del Pueblo señala, sin citarlo, algunas carencias del RDCSC pero no tanto por la no inclusión de los tratamientos sanitarios en la cartera de servicios como por la disparidad existente entre Comunidades Autónomas¹⁵⁴. Dando por hecho que tales enfermedades no encuentran cabida, ni aun desde una interpretación flexible de su contenido, en el RDCSC, para afirmar la inconstitucionalidad reglamentaria (algo que el Defensor del Pueblo no llega expresamente a hacer) debería demostrarse que se trata de enfermedades importantes, que realmente afectan al bien protegido por el derecho fundamental, y para ello se precisaría de un cierto acuerdo científico y social. Como sabemos, el Defensor del Pueblo puede exigir la reparación de una injusticia, no sólo de una inconstitucionalidad (*supra*, V, 5), pero sus recomendaciones ganarían firmeza acompañadas de datos sobre dicho acuerdo.

Un tema importante y escasamente abordado por la doctrina es la forma de otorgamiento de las prestaciones normativamente definidas, pues en la práctica las decisiones competen al personal sanitario, el cual, pese a la ya aludida limitación de la discrecionalidad, sigue disponiendo, como resulta inevitable e incluso positivo, de un amplio margen de actuación. Dentro del elemento de la cobertura de la asistencia sanitaria debe incluirse, a nuestro juicio, el derecho al diagnóstico y tratamiento de las enfermedades incluidas en la cartera de servicios comunes, de forma adecuada a la *lex artis ad hoc*: en la mayor parte de los casos, una mala praxis (esto es, el incumplimiento de la *lex artis*) implicará vulneración del derecho a la salud. Aunque volveremos sobre el tema después (*infra*, 5.2.2), adelantemos de momento que en nuestro ordenamiento y práctica sanitarias estamos todavía lejos de llegar a

154. Informe 2010, pp. 398 y ss. Echamos de menos una mayor claridad en el razonamiento del Defensor, quien no cita aquí los parámetros normativos (no es lo mismo decir sin más que un tratamiento debería incluirse que decir que el RDCSC es inconstitucional por omisión) y mezcla dos cuestiones diferentes: la conveniencia de añadir tratamientos a la cartera nacional y la disparidad en la materia entre Comunidades Autónomas. Parece que el Informe presupone que si un tratamiento está incluido en una Comunidad Autónoma, debe incluirse en todas, lo que es un error. Lo que hubiera sido necesario aclarar, y aquí está la clave, es si el Defensor propone añadir tratamientos nuevos a la cartera nacional y, en caso afirmativo, con qué fundamento (habría que demostrar que son necesarios para curar una enfermedad). El Defensor parece estar recomendando la inclusión pero siempre que existan informes técnicos al respecto. Es decir, formula una especie de recomendación provisional, una solicitud de apertura del procedimiento (el derecho a la salud como derecho al procedimiento), posición modesta y deferente para con la ciencia, que nos parece correcta.

la crítica situación planteada en otros países (y que tanto preocupaba, como vimos, a los filósofos utilitaristas y del «mínimo decente»), en la cual el personal sanitario puede negarse a prestar asistencia por falta de medios económicos. En nuestro sistema las prestaciones sanitarias están bastante definidas, son un derecho subjetivo y no puede aducirse la escasez de recursos para su negación¹⁵⁵. En supuestos excepcionales, el uso por el médico de determinadas técnicas (p. ej., trasplante de órganos) exige una autorización administrativa previa. Pues bien, creemos que incluso en estos casos quien deniegue el tratamiento no podrá aducir como argumento fundamental su excesivo coste (aunque en la práctica este pueda ser el motivo oculto de la denegación) sino, en su caso, su falta de necesidad terapéutica¹⁵⁶.

4.3.4. Integridad y continuidad

El artículo 43 CE, como sabemos, es de naturaleza finalista, y por ello también han de serlo las prestaciones sanitarias derivadas del derecho a la salud. En particular, las actuaciones de la Administración deben ir encaminadas a proteger la salud, y ello al margen de eventuales vicisitudes organizativas: la Administración sanitaria se construye al servicio del individuo y no al revés, lo que va a exigir, en algunos casos, una interpretación flexible del Derecho de la organización. Se trata, en definitiva, de incorporar al conte-

155. Nótese que hablamos ahora de la asistencia sanitaria. El derecho al medicamento será tratado después.

156. No obstante, la distinción es sutil y a veces la omisión de una determinada prestación se justifica no tanto por falta de medios (aunque alguna jurisprudencia apunta este argumento) como porque no existe «el derecho del paciente a exigir la utilización de técnicas más avanzadas» (al respecto, CANTERO MARTÍNEZ, 2008, pp. 36-40). En nuestro Derecho, los llamados dilemas trágicos (en el sentido de DE LORA y ZÚÑIGA FAJURI, 2009, pp. 265 y ss.) tienen lugar, más que en el plano normativo, en el ámbito de la decisión médica. Ciertamente, la CE (y su desarrollo legislativo) exige la asistencia sanitaria siempre que exista una necesidad terapéutica. Ahora bien, en muchos casos determinar si existe o no dicha necesidad no resultará fácil, y el argumento económico puede ser atendido de forma complementaria y muy matizada, pues aquí damos la razón a DWORKIN (2003, p. 337) cuando afirma que no todo puede quedar en manos de los médicos y pacientes, ya que el dinero que gastan es de un tercero, la sociedad, y parece razonable un cierto control (por los gestores sanitarios) de la actuación de los profesionales; más adelante volveremos sobre ello (*infra*, 4.4.1). Dejando de lado el problema, muy peculiar (no podemos centrarnos en lo excepcional para construir la teoría general), de los trasplantes, pongamos p. ej. el caso, relativamente habitual, de un tratamiento costosísimo, de resultados inciertos y que sólo permitiría prolongar la vida, en condiciones difíciles, de un paciente, por un corto período, y que con el coste de dicho tratamiento podrían acortarse las listas de espera para otros tratamientos menores. En este tipo de casos, el argumento económico, aunque no pueda hacerse explícito (insistimos en que la CE no lo permite), bien podría tenerse en cuenta, también por razones de justicia, para responder a la pregunta de si el tratamiento es realmente necesario.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nido del derecho fundamental el principio de atención integral, lo que se traduce en integridad (en sentido estricto) y en continuidad de la asistencia sanitaria.

La continuidad de la asistencia sanitaria es un elemento del derecho que puede deducirse de la normativa vigente [arts. 20 LAP, en su referencia al «proceso asistencial», 12.1 y 13.1 LCC y 10.2.a) RDCSC] y que ha sido asumido por la jurisprudencia¹⁵⁷. Se refiere al componente temporal de la prestación, que comienza con el derecho al diagnóstico, continúa con la obligación de asistencia integral [art. 2.d) LCC] y concluye con la obligación de dictar el alta médica con una serie de requisitos¹⁵⁸. Lo que se pretende, en definitiva, es garantizar que el paciente no es abandonado por una Administración negligente o renuente al gasto¹⁵⁹.

El derecho al diagnóstico está reconocido, en coherencia con la concepción amplia de salud implícita en la legislación [p. ej., arts. 7.1, 20.3, 21.3.a), 28.2, 44.a), 51 y 64 LCC], en los artículos 12.2.b) y 13.2.e) LCC. Tiene como correlato, a nuestro entender, el deber del médico de realizar un primer juicio clínico, utilizando, en su caso, las técnicas necesarias.

Por su parte, los artículos 15.1 LGS y 13.1 LCC exigen la coordinación permanente entre la atención primaria y la atención especializada y los artículos 15.2 LGS y 28.2 LCC garantizan, respectivamente, el derecho a los servicios de referencia y su disponibilidad. El artículo 15.2 LGS marca un alto nivel de exigencia a nuestro sistema sanitario, al señalar que «El Ministerio de Sanidad [...] acreditará servicios de referencia, a los que podrán acceder todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma donde residan». Aunque aquí no se utiliza literalmente el término «derecho», sí mencionado en el párrafo anterior, parece clara no

157. *Vid.*, p. ej., las SSAN de 8 de marzo de 2006 (JUR 2006, 118319) y 12 de julio de 2006 (JUR 2006, 202376), que descubren nuevas concreciones del principio de continuidad, respectivamente, en el art. 219.3 del RD 190/1996 y en el art. 157.3 de la Ley 17/1999.

158. En relación con esto, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2007, p. 144) habla de un cierto derecho a una especie de procedimiento administrativo material, que comienza con la visita del enfermo al médico y concluye con el alta.

159. Los supuestos más conflictivos serán seguramente los tratamientos más largos y costosos. El art. 14.2 LCC incluye entre las «prestaciones de atención sociosanitaria» los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable, sin introducir limitación alguna por cuestiones presupuestarias. Por ello, no compartimos la propuesta de VIDA FERNÁNDEZ (2004, p. 52) de buscar en todo caso «un equilibrio entre la realización del derecho a la prestación y la racionalización del sistema».

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

sólo la exigibilidad del acceso a los citados servicios de referencia¹⁶⁰, con independencia de su coste (el art. 28.2 LCC remite al respecto al Fondo de Cohesión Sanitaria), sino también la exigibilidad de su implantación cuando no existan, al menos en los casos necesarios para la efectividad del derecho fundamental.

En cuanto al alta médica, el artículo 20 LAP dispone que debe emitirse un informe por escrito. El artículo 21, por su parte, señala que el hecho de que el paciente no acepte el tratamiento prescrito «no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos», añadiéndose que «en el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión». Esta regulación pone nuevamente de manifiesto, a nuestro juicio, la alta relevancia que nuestro ordenamiento otorga al principio de continuidad, pues remite de oficio al juez en los supuestos de exigencia por el ciudadano de asistencia sanitaria, limitando considerablemente el margen de actuación del profesional.

4.3.5. Asistencia a tiempo

La asistencia sanitaria a tiempo es un elemento importante del contenido del derecho y así se refleja en la opinión de los titulares del mismo, que sitúan con rotundidad las listas de espera como el problema principal de nuestro sistema sanitario¹⁶¹. Téngase en cuenta, en todo caso, que no cabe confundir las necesidades (que son básicamente objetivas) con las preferencias (inevitablemente subjetivas), que la espera no es igualmente dañina en todos los casos y que su grado de afectación al derecho a la salud dependerá del tipo de enfermedad, del momento de su avance, del modo en que cada paciente afronta su enfermedad y de otros factores.

Como adelantamos, la demora en la asistencia sanitaria es un problema difícilmente evitable en un sistema de provisión pública. Con carácter general, el derecho a la salud impone actuaciones positivas de los poderes públi-

160. El RD 1302/2006, que desarrolla esta materia, tampoco lo hace, pero sí cita el derecho a la salud en su Preámbulo y este derecho, como sabemos, marca toda la impronta de la LGS.

161. Señala al respecto la Recomendación 28/2009, del Defensor del Pueblo, que «existe consenso, tanto entre los ciudadanos en general como entre los profesionales y gestores sanitarios, acerca de la necesidad de adoptar medidas urgentes y tendentes a suprimir tiempos de espera *que no sean razonables*» (cursivas nuestras, GE).

cos (obviamente, ante todo, del legislador) para paliar el problema¹⁶². Una vez más, lo importante no es tanto el medio empleado como su eficacia real al servicio del fin que se pretende.

La asistencia a tiempo es uno de los pocos elementos del derecho a la salud reconocidos expresamente como tales por la LCC. El artículo 4.b) reconoce el derecho de los ciudadanos «a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo», a lo que el artículo 25.1 añade: «En el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante Real Decreto. Las Comunidades Autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco». El artículo 25.2 excluye de esta garantía los trasplantes y la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe.

El Real Decreto al que se refiere el precitado artículo 25.1 LCC ha sido dictado recientemente, con ocho años de retraso¹⁶³, paliándose así la inactividad administrativa cometida por el Gobierno durante ese período. En efecto, el reciente Real Decreto 1039/2011, de criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del SNS, impone algunas reglas (de obligado seguimiento por las Comunidades Autónomas), para avanzar (en ello insiste la Exposición de Motivos) en la garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho a la salud, pero unos criterios muy básicos: 180 días de espera para sólo cinco intervenciones (cirugía cardíaca valvular, cirugía cardíaca coronaria, cataratas, prótesis de cadera y prótesis de rodilla). Resulta así discutible que se haya paliado la inconstitucionalidad de la anterior inactividad reglamentaria, que en su momento denunciábamos¹⁶⁴.

Previamente, la mayor parte de las Comunidades Autónomas habían dictado normas sobre la materia (normalmente, referidas a intervenciones quirúrgicas o a determinadas enfermedades), pero siguiendo modelos muy dis-

162. La citada Recomendación 28/2009 exige primero una solución al problema estructural y luego el establecimiento de criterios uniformes sobre la información a facilitar a los usuarios sobre los tiempos de espera. Creemos que esta propuesta se queda algo corta: a nuestro juicio, mejor hubiera sido comenzar recomendando la adopción de una normativa general (si no, la solución material puede quedarse en provisional) no sólo sobre información sino también sobre tiempos máximos de espera; en caso de existir dicha normativa (la Recomendación nada dice sobre ello), analizar su suficiencia y, en caso de respuesta afirmativa, exigir (más que recomendar) que se cumpla.

163. Días antes de la entrada en vigor de la LCC se dictó el RD 605/2003, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el SNS, norma que constituyó un primer paso para la solución del problema pero que quedó lejos de lo exigido por el art. 25.1 LCC.

164. ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 142-144.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

tintos¹⁶⁵. Las diferencias en la normativa autonómica siguen siendo demasiado acusadas. La responsabilidad principal (en la efectividad del derecho a la salud y en la igualdad básica en el ejercicio del mismo) recae, a nuestro juicio, sobre el poder reglamentario estatal. El Gobierno ha seguido el más exigente de los modelos autonómicos (fijación de un plazo máximo), yendo más allá de la lógica de los mandatos objetivos y siguiendo la lógica (implícitamente) de los derechos fundamentales, por cuanto la asistencia en plazo (para cinco intervenciones) pasa ahora a formar parte del derecho subjetivo reconocido en la LCC. No hay problema constitucional alguno en que las Comunidades Autónomas (varias de ellas deberán ahora acomodar su normativa al RD 1039/2011) mejoren esta garantía, y algunas ya lo han hecho. La duda que persiste es si la nueva normativa estatal resulta suficiente, cuestión que deberá responderse en sentido negativo si hay otros tratamientos que no pueden esperar 180 días. El debate, centrado en una cuestión técnica, queda abierto en su caso a la vía judicial.

4.4. EL DERECHO AL MEDICAMENTO

4.4.1. Medicamentos integrados en el derecho a la salud

El reconocimiento del derecho a la salud como derecho de prestación conlleva el derecho al medicamento, pues obviamente una asistencia sanitaria sin los medicamentos asociados a la misma resultaría inútil. La OG 14 reconoce expresamente este derecho, dentro del contenido del derecho a la salud, si bien limitado a los «medicamentos esenciales» (apartados 12, 17 y 43), en un ejemplo de autocontención revelador de que las dificultades

165. Pueden clasificarse en dos categorías: a) Fijación de uno o varios plazos máximos (como regla general, 180 días) de asistencia, transcurridos los cuales el paciente puede requerir la asistencia en un centro sanitario privado de su Comunidad (Andalucía –Decreto 209/2001–, Cantabria –Ley 7/2006– y Extremadura –Ley 1/2005–), en cualquier centro sanitario de España (Aragón, Decreto 83/2003), en un centro privado concertado (Baleares, Decreto 83/2006) o en un centro alternativo (Canarias –Orden de 15 de mayo de 2003–, Castilla-La Mancha –Decreto 9/2003–, Castilla y León –Decreto 68/2008–, Murcia –Decreto 25/2006– y País Vasco –Decreto 65/2006–). En estos ocho casos, la posibilidad de acudir a otro centro sanitario es configurada claramente como un derecho subjetivo. b) Opción esencial por el modelo anterior, pero utilizando cláusulas que evitan configurar un claro derecho subjetivo, dejando en manos de la discrecionalidad administrativa la decisión a tomar; así, se emplean fórmulas de salvaguarda como: el Servicio de Salud «podrá derivar» al paciente o «podrá autorizar al centro escogido» para que este trate al paciente (Cataluña, Decreto 354/2002), «podrá ofertar» al paciente otro centro (Madrid, Decreto 62/2004) o el paciente «podrá solicitar» centro privado y la Administración lo concederá «dentro de las disponibilidades presupuestarias» (Comunidad Valenciana, Decreto 97/1996).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

presupuestarias de la sanidad van a afectar sobre todo a esta faceta del derecho fundamental.

La normativa vigente reconoce el derecho a «obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios» (o «precisos», art. 18.4 LGS) para promover, conservar o restablecer «[la] salud» (art. 10.14 LGS), «de forma adecuada a [las] necesidades clínicas [de los pacientes], en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado» (art. 16 LCC), y ello «en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud» (art. 88.1 LM). La configuración del derecho al medicamento como derecho subjetivo resulta entonces clara en nuestro ordenamiento.

En primer lugar, la normativa internacional (p. ej., la OG 14, aps. 12, 17 y 43) y nuestra legislación (sobre todo, art. 2 LM) exigen a los poderes públicos garantizar la disponibilidad de medicamentos. También en garantía del derecho a la salud de los usuarios (así, la propia OG 14, aps. 12, 34, 35 y 51), los poderes públicos tienen encomendado el control de la calidad de los medicamentos, mediante un amplio número de técnicas administrativas reguladas en los artículos 95 a 103 LGS y en buena parte de la LM. La más importante de estas técnicas, que en su conjunto cabe considerar integradas en el carácter meramente objetivo del derecho, es la obligatoria autorización previa de todo producto farmacéutico que quiera ponerse a disposición de los usuarios.

La prestación farmacéutica forma parte de las prestaciones del SNS (art. 16 LCC) y ha sido desarrollada por la LM y por el Anexo V del RDCSC. La técnica tradicional de determinación de los medicamentos financiados por el SNS para pacientes no hospitalizados es negativa, pues no hay un catálogo cerrado (como sucede con el resto de las prestaciones) sino abierto: en principio, todos los medicamentos autorizados forman parte del sistema, salvo los que resulten excluidos por vía reglamentaria. Para los medicamentos nuevos, el Ministerio de Sanidad decidirá expresamente en cada caso sobre su financiación (art. 89 LM).

Los criterios de financiación previstos en el artículo 89 LM tienen trascendencia constitucional, por cuanto establecen parámetros materiales para determinar, por parte de la Administración del Estado (en concreto, por el Ministerio de Sanidad), qué medicamentos quedan dentro y cuáles fuera del SNS. En sentido positivo, se tendrán en cuenta, entre otros factores, la gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para las que resulte indicado el medicamento en cuestión, las necesidades específicas de ciertos colectivos, la utilidad terapéutica y social del medicamento y la existencia de

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

medicamentos u otras alternativas para las mismas afecciones. Se excluyen en todo caso «los medicamentos publicitarios, los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares». A nuestro juicio, ambos tipos de criterios, aunque no se refieren expresamente al derecho a la salud, resultan coherentes con el mismo¹⁶⁶.

El Defensor del Pueblo ha recomendado que dos medicamentos, los productos sin gluten para celíacos y los necesarios para el tratamiento de la obesidad mórbida, sean incluidos en el catálogo del SNS¹⁶⁷. Como sucedía en el caso de las enfermedades no incluidas en la cartera de servicios comunes, para calificar esta omisión reglamentaria como inconstitucional debería demostrarse que se trata de medicamentos realmente necesarios para la salvaguarda del bien protegido por el derecho fundamental, y para ello se precisaría de un cierto acuerdo científico y social.

El caso de los llamados medicamentazos merece una atención especial, a fin de analizar si implicaron o no un retroceso inconstitucional. Por razones de síntesis nos detendremos tan sólo en el caso del Real Decreto 1663/1998, que amplió a 869 nuevos medicamentos la relación de los excluidos de la financiación pública¹⁶⁸. Al menos en relación con buena parte de ellos, parece claro que nos encontramos dentro del contenido del derecho a la salud, aunque seguramente en casi todos los casos dentro de su contenido adicional. Siendo esto así, se trata, al menos en apariencia, de un supuesto de regresión (una serie de medicamentos –no necesariamente los 869– útiles para el tratamiento de la enfermedad que antes eran cubiertos por el SNS ahora dejan de serlo), la cual, como sabemos (*supra*, IV, 6.4), debe estar justificada.

De entrada, resulta criticable la parquedad de la exposición de motivos del Real Decreto 1663/1998 y el propio contenido dispositivo del mismo, que se limita a realizar una remisión genérica a la LM entonces vigente, sin

166. Existen, no obstante, dos afirmaciones del art. 89 LM que deberían ser objeto de una interpretación conforme al art. 43.1 CE: en primer lugar, entre los criterios de inclusión figura también la «racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica», lo que no puede entenderse en el sentido de que las razones económicas primen sobre la garantía efectiva del derecho a la salud. En segundo lugar, se señala que «Podrán no financiarse con fondos públicos aquellos [medicamentos] cuya financiación pública no se justifique o no se estime necesaria». Esta habilitación no debe entenderse en blanco, sino condicionada también a los criterios antes mencionados y, sobre todo, nuevamente, a la garantía efectiva del derecho a la salud.

167. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2006, p. 251.

168. Nuestra argumentación resultaría trasladable, *mutatis mutandis*, al caso del RD 83/1993, enjuiciado por las SSTs de 6 de julio de 1998 (RJ 1998, 7023) y 31 de octubre de 2000 (RJ 2000, 10045).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

mencionar los criterios legales seguidos y mucho menos la aplicación concreta de los mismos a los 869 medicamentos que se excluyen. A juicio de la STS de 9 de julio de 2001¹⁶⁹ no es ilegal este proceder de la Administración, habida cuenta de que «en el expediente de aprobación de la norma aparece una justificación razonable de la exclusión», deduciéndose de dicho expediente que «la exclusión se ajusta a los criterios legales que deben orientar la decisión, pues, considerada la relación en su conjunto, en un caso, se refiere a especialidades que sólo proporcionan a los pacientes un beneficio terapéutico limitado, o especialidades de utilidad terapéutica baja, en cuya categoría se incluyen aquellas asociaciones de principios activos a dosis fijas, al parecer poco justificadas a la luz de los conocimientos científicos terapéuticos actuales, y, en otro, a especialidades indicadas en problemas de salud de menor entidad o cuyo uso es de corta duración». Esta forma de argumentar del Tribunal Supremo conduce a que la sociedad (sin acceso al expediente administrativo) quede finalmente sin conocer las razones que llevaron al Gobierno a decidir una medida regresiva de este tipo, algo que nos parece contrario a la deliberación democrática que hemos defendido en este ámbito (*supra*, 4.1). En cuanto al fondo, no parece muy correcto admitir la regresión de una forma tan escueta, pero quizás no es mucho más lo que podía pedirse al Tribunal en este caso, dado el carácter genérico de la demanda planteada¹⁷⁰.

De mayor interés resulta otra STS dictada el mismo día¹⁷¹, que analiza una exclusión concreta, la de los laxantes de lactulosa. El medicamento excluido sirve a la curación del estreñimiento, con eficacia demostrada, pero la enfermedad es tratada con otros tipos de laxantes (los de fibra), que siguen siendo financiados por el SNS. Razona al respecto el Tribunal para aceptar la exclusión de los laxantes de lactulosa como sigue: «en la escala de utilización, la lactulosa ocupa el lugar siguiente a los laxantes incrementadores del bolo; de tal manera que parece responder al uso racional de los medicamentos considerar a los de fibra como laxantes de primera elección y, por ende, susceptibles de financiación generalizada, mientras que la lactulosa sólo se financie cuando aquéllos no sean suficientes o no sean tolerados por el paciente, que es la opción que incorpora la norma impugnada». Creemos que esta argumentación justifica suficientemente la exclusión, salvando así su constitucionalidad. Si bien se mira, ni siquiera hubo estrictamente regresión, pues no llegó a afectarse al contenido del derecho a la salud.

169. RJ 2001, 6755.

170. Un buen ejemplo, no obstante, de la desigualdad de armas en este tipo de procesos, sobre la que volveremos luego (*infra*, 7.6).

171. RJ 2001, 6754.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

El otorgamiento de las prestaciones farmacéuticas en los casos concretos queda en manos normalmente de los profesionales sanitarios. Sin embargo, en este campo su libertad de decisión se ve condicionada con mayor frecuencia, posibilidad que abre el ya citado artículo 88.1 LM (donde el derecho al medicamento se reconoce «sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias») y que la legislación autonómica se ha apresurado a desarrollar. Una vez más, debemos insistir en que la racionalidad económica no puede sustituir ni prevalecer sobre la racionalidad jurídica, y en este sentido debe interpretarse la legislación citada: quien deniegue la prestación farmacéutica (en rigor, quien deniegue su gratuidad) no podrá aducir como argumento fundamental su excesivo coste (aunque en la práctica éste pueda ser el motivo de fondo de la denegación) sino, en su caso, su falta de necesidad terapéutica.

4.4.2. Asequibilidad

Al regular las prestaciones farmacéuticas, el artículo 16 LCC señala que aquéllas se proporcionarán «al menor coste posible para [los usuarios] y la comunidad». De esta forma, se rompe la regla general de identificar derecho a la prestación con gratuidad de la misma, ruptura que sólo resultaría inconstitucional si afectara al principio de asequibilidad (*supra*, 4.3.2). En el modelo actual, fuera de los centros sanitarios, los usuarios sufragan normalmente el 40 % del coste de los medicamentos, los cuales resultan gratuitos para pensionistas y asimilados (actualmente, Anexo V del RDCSC)¹⁷². En algunos procesos crónicos o graves (entre ellos el SIDA) los enfermos aportan el 10 % del coste hasta un máximo de 2,64 euros por envase. Algunos Informes revelan problemas de equidad social y territorial en relación con el pago de medicamentos¹⁷³. En diversas ocasiones se ha propuesto, como fórmula más equitativa, el «copago» por nivel de renta, medida que siempre ha terminado descartándose, especialmente por el riesgo de fraude que conllevaría.

Para explicar la situación actual debe recordarse que el gasto farmacéutico implica un porcentaje del gasto sanitario público (el 19,8 % en 2010)

-
172. Los pensionistas afiliados a las mutualidades de funcionarios deben pagar, como regla general, el 30 % del coste de los medicamentos. No creemos que pueda afirmarse que esta obligación de pago implique una vulneración del principio de asequibilidad, pero quizás sí el principio de igualdad, tal y como ha sugerido, sin llegar a afirmarlo con rotundidad, la Recomendación 7/2004, del Defensor del Pueblo, que se pronuncia claramente a favor de una reforma legislativa en este punto.
173. Los afiliados a mutualidades y entidades colaboradores suelen disponer de descuentos más amplios. Por otro lado, existen algunas diferencias entre Comunidades Autónomas en la financiación pública de medicamentos.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que siempre ha sido considerado excesivo. Las políticas públicas, especialmente desde comienzos de los noventa, se han preocupado sobre todo de la contención de dicho gasto¹⁷⁴. alguna de estas medidas reduce, aunque de forma mínima, el coste del medicamento, lo que indirectamente favorece a los usuarios.

A la vista de cuanto antecede, debemos preguntarnos si la situación actual de no gratuidad generalizada contraviene el elemento de asequibilidad del derecho, cuestión ésta que no puede responderse con carácter general, pues dependerá de la situación económica concreta de cada ciudadano. El modelo actual favorece bastante la asequibilidad (en especial, la considerable reducción –hasta un máximo de 2,64 euros por envase– del coste para los procesos en principio más costosos) pero ello no impide que puedan darse, aunque creemos que excepcionalmente, casos de imposibilidad de acceso a determinados medicamentos por insuficiencia de medios económicos. Para estas situaciones podría traerse a colación el artículo 16 LCC, en cuanto, de forma bastante ambigua, exige a la Administración «actuaciones encaminadas a que los pacientes reciban [los medicamentos] de forma adecuada a sus necesidades clínicas»¹⁷⁵, pero ni la LM ni el RDCSC concretan nada al respecto. Como tampoco la normativa autonómica sobre servicios sociales da solución al problema, creemos que podría llegar a plantearse un recurso contra la Administración sanitaria correspondiente por inactividad reglamentaria, en caso de que la falta de desarrollo del artículo 16 LCC implicara una vulneración del elemento de asequibilidad del derecho al medicamento y por tanto una vulneración del derecho a la salud.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. Individualidad

Como resulta habitual en materia de derechos sociales (*supra*, IV, 5.1.1),

174. Así, se han ensayado medidas como la exigencia de visados previos para la prescripción de productos de alto precio, el control del uso de los talonarios de recetas, la exclusión (como acabamos de ver) del SNS de medicamentos no necesarios desde el punto de vista terapéutico, la fijación de precios máximos por especialidades, la limitación de los márgenes de las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos o el fomento del uso de productos genéricos, aplicando a los mismos un precio máximo de referencia. La LM acentúa esta perspectiva, que se manifiesta ya en su mismo título. Se pretende, nuevamente, el abaratamiento del gasto farmacéutico del SNS, apostándose esta vez, sobre todo, por el mayor estímulo a los genéricos. Más adelante haremos referencia a las últimas medidas de «racionalización» del gasto farmacéutico (*infra*, 6).
175. No obstante, el precepto está pensando únicamente en una cuestión técnica, no en la accesibilidad a la prestación farmacéutica como tal.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

el derecho a la salud, dada su directa conexión con la dignidad de la persona, se atribuye sólo a las personas individuales. El bien jurídico protegido es de naturaleza estrictamente personal (las enfermedades son sólo de las personas físicas), de ahí que no quepa extender la titularidad del derecho a personas jurídicas ni a colectivos¹⁷⁶. Como hemos señalado (*supra*, 2.2), la salud pública o colectiva no hace referencia a un bien constitucional distinto a la salud individual; en todo caso, se trataría de un componente objetivo del derecho, no apto para la configuración de un elemento tan característico del derecho subjetivo como es la titularidad.

Cuestión distinta es, obviamente, que personas jurídicas y colectivos puedan defender, mediante acciones populares u otras técnicas de similar naturaleza, el derecho a la salud, algo que, como veremos, resulta de especial utilidad (*infra*, 7.6). Se trataría, en todo caso, de un problema de legitimación (en el amplio sentido del término) y no de titularidad.

5.1.2. Universalidad

Los derechos fundamentales (inclusive los sociales: *supra*, IV, 5.1.1), especialmente cuando son, a la vez, derechos humanos (y éste es el caso, como sabemos, del derecho a la salud: *supra*, 1.3.1 y 3.2), son universales, esto es, pertenecen a todos los seres humanos por igual y sin excepción¹⁷⁷. Esta universalidad (no necesariamente gratuidad¹⁷⁸) del derecho a la salud de-

176. La calificación de la salud como derecho colectivo es manifiestamente errónea. CUESTA SANZ (1998, p. 297) utiliza el término, pero de su explicación se deduce que está hablando más bien de la función social del derecho a la salud. El mismo error puede verse en BREMER, 2006, p. 45.

177. Pese a que en el ámbito sanitario a veces se usa con otro sentido, más asociado a la ciudadanía o a la residencia, mantenemos el uso del término universalidad, como equivalente a la condición de persona, que venimos sosteniendo en esta obra.

178. Preferimos el término universalidad, más propio de la teoría general de los derechos fundamentales, al término universalización, que sin embargo suele ser el frecuentemente utilizado en materia de salud. Universalización es un término ambiguo, que a veces se usa como sinónimo de titularidad universal del derecho, pero que más bien suele identificarse con la gratuidad o financiación pública para todos de la sanidad (p. ej., SEVILLA, 2006, p. 5), que, como recuerda la OG 14, es un problema diferente, que ya hemos analizado en otro lugar (*supra*, 4.3.2). La propia legislación participa con frecuencia de la confusión entre titularidad y gratuidad, lo que a veces da lugar a problemas importantes. Piénsese, p. ej., en la regulación de la tarjeta sanitaria individual, definida enigmáticamente por el art. 57 LCC como un medio (¿requisito indispensable?) para facilitar (¿limitar?) «el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria que proporciona el [SNS]». Más adelante, el art. 2.1 del RD 183/2004 señala que la tarjeta se emitirá por las Comunidades Autónomas «a las personas residentes en su ámbito territorial [titulares] que tengan acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública». Con ello se crea una confusión, que se contagia a la doctrina (PALOMAR OJEDA, 2004, p. 209), que puede llevar a la Administración sanitaria a negar la asistencia a quienes tienen jurídicamente dere-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

riva, a nuestro juicio, de la propia CE, no sólo por la conexión existente, ya demostrada, entre los artículos 10.1 y 43.1 sino también, y más claramente, por la misma literalidad de este último precepto, que utiliza una de las típicas fórmulas de atribución universal de derechos («Se reconoce»)¹⁷⁹.

Debe precisarse de antemano que la universalidad del derecho a la salud se refiere a su contenido constitucional (*supra*, 4.1), lo que implica, ante todo, asistencia sanitaria suministrada o garantizada por el Estado, resultando legítima la existencia de regímenes diferenciados de prestación (inclusive privados¹⁸⁰), siempre que para todas las personas se respete dicho contenido constitucional¹⁸¹.

La ampliación del contenido del derecho por parte de las Comunidades Autónomas no contraviene el principio de universalidad (el titular del derecho fundamental es el mismo en toda España), como tampoco la existencia de posibles titulares privilegiados del derecho. Como sabemos, esta última circunstancia, bien asentada en el estadio actual de evolución de los derechos, resulta incluso obligada en materia de derechos sociales en general (*supra*, III, 2.3.8) y del derecho a la salud en particular: como admite con claridad la OG 14 (p. ej., aps. 18, 34 y 43), entre otros muchos documentos internacionales, y reconoce con carácter general nuestro ordenamiento (art. 3.2 LCC), a necesidades específicas de salud deben corresponder derechos específicos¹⁸² (o mejor dicho, mejoras sobre el régimen general del derecho

cho a ella. Con mayor acierto se expresa el art. 2.2 RDCSC. En la dirección que proponemos, distinguiendo adecuadamente entre universalidad y gratuidad, *Vid.* la Recomendación 92/2010, del Defensor del Pueblo, resolviendo la queja de una persona a quien se negó asistencia sanitaria por tener caducada su tarjeta sanitaria. Con buen criterio, el Defensor formula una recomendación general según la cual la Administración ha de prestar asistencia sanitaria a todos los residentes en España, con independencia de que después pueda facturarse el servicio (solución esta última, por cierto, a la que, como vimos, el Defensor del Pueblo también se opone).

179. Destaca la «máxima amplitud en la configuración [del] ámbito subjetivo» del derecho, p. ej., BORRAJO DACRUZ, 1996, p. 181.
180. Los funcionarios que reciben asistencia sanitaria fuera del SNS, gracias a los convenios suscritos con sus respectivas mutualidades, siguen siendo titulares del derecho a la salud. Sólo si recibieran prestaciones inferiores a las derivadas del contenido constitucional del derecho (lo que jurídicamente no es posible, DA única RDCSC) podría discutirse la afectación al principio de universalidad.
181. La legislación vigente destaca especialmente este punto en relación a los llamados desplazados (no residentes en la Comunidad Autónoma que presta el servicio): arts. 4.c) y 24.1 LCC, 2.2 del RD 183/2004 y 2.4 y 5 RDCSC.
182. En ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 689-690, ya sostuvimos que «la mera condición de inmigrante no habilita al legislador ni a la Administración a establecer acciones positivas para proteger la salud de este colectivo. Con carácter general contamos con la obligación de aceptabilidad ("Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser [...] culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades") contenida en la OG 14 y

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

fundamental). El caso más claro es la salud de las mujeres¹⁸³ (*infra*, XVI, 3.1.6).

La legislación vigente, culminando una tendencia que venía consolidándose desde años atrás¹⁸⁴, se muestra, con la excepción que será analizada después, coherente, con la opción del constituyente por la titularidad universal del derecho a la salud: así, según el artículo 1.2 LGS, «Son titulares del derecho [...] todos los españoles», idea que se reitera, con otras fórmulas, incluso más generosas, en los artículos 3.2 («toda la población española») ¹⁸⁵, 6.4 («todos los casos de pérdida de la salud») y 46.a) («toda la población») del mismo cuerpo legal, así como en los artículos 2.b) («aseguramiento universal») y 3.1.a) (nuevamente, «todos los españoles») LCC. En su momento hicimos referencia a la aparente contradicción entre este bloque normativo y la legislación de Seguridad Social y aportamos nuestra opinión al respecto (*supra*, 4.3.2).

En la práctica del SNS, la asistencia se presta a cuantos lo solicitan y los casos que suelen citarse como excepciones a la universalización (un colectivo de unas 200.000 personas, según el Defensor del Pueblo) son, en realidad, excepciones a la gratuidad, que ya fueron analizadas en otro lugar (nuevamente, *infra*, 4.3.2). En caso de denegación de asistencia se estaría vulnerando el derecho a la salud, quedando abiertas las vías establecidas para su defensa. La única excepción a la regla de la universalidad es el caso de los extranjeros no residentes¹⁸⁶, que merece ser analizado con algún detalle.

con la obligación del art. 3.2 LCC de que las Administraciones públicas incorporen "medidas activas que impidan la discriminación de cualquier colectivo de población que por razones culturales, lingüísticas, religiosas o sociales tenga especial dificultad para el acceso efectivo de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud". Ambos tipos de obligaciones podrían entenderse, al menos en determinados casos, como parte del contenido del derecho a la salud y por tanto jurídicamente exigibles por los inmigrantes empadronados en España *pero también por [españoles] con sus mismas necesidades*» (cursivas posteriores a la edición original).

183. Al respecto, AGÍS DASILVA y BLASCO LAHOZ, 2010, pp. 485 y ss.

184. La asistencia sanitaria de la Seguridad Social se amplía significativamente en los años anteriores a la LGS: familiares de fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil (Ley 5/1979), trabajadores emigrantes retornados a España (OM de 18 de febrero de 1981), minusválidos (Ley 13/1982) y desempleados (Ley 31/1984). Para más detalles, ALONSO OLEA, 1999, pp. 52-58.

185. La DT 5ª LGS señala que «La extensión de la asistencia sanitaria pública [del art. 3.2] se efectuará de forma progresiva». La expresión no es muy afortunada y lleva a confusión, pues tal y como se aclara en el apartado II del Preámbulo y exige la interpretación sistemática, esa progresividad se refiere a la gratuidad, no a la titularidad universal del derecho, que como tal, se reconoce desde la misma entrada en vigor de la LGS. Acertadamente, HERNÁNDEZ BEJARANO, 2004, p. 105.

186. Como acabamos de ver, según la LGS y la LCC los españoles no residentes en España tienen derecho a la salud. Con frecuencia se impone a estos ciudadanos el pago

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El artículo 1.2 LGS atribuye la titularidad del derecho (recordemos, no necesariamente su gratuidad) a «los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional». El artículo 3.1.a) LCC¹⁸⁷, por su parte, remite al artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, que concreta el requisito de la residencia como sigue: «Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual [la redacción anterior decía "residan habitualmente"] tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles». El empadronamiento no se exige (bastaría por tanto que el extranjero se encontrara en España) en tres circunstancias¹⁸⁸: «enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa» (en cuyo caso se tiene derecho a la asistencia sanitaria pública «de urgencia» y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica), menores de 18 años (que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles) y embarazadas (que tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto)¹⁸⁹.

Es importante recordar que en nuestro ordenamiento el empadronamiento es competencia (de obligado ejercicio, por tanto) de los Ayuntamientos (arts. 16 y 17 LBRL), quienes no pueden negarlo a los extranjeros en situación de ilegalidad (art. 18.2 LBRL, *a contrario sensu*). En esta dirección, interesa transcribir el apartado 5 de la Resolución de 4 de julio de 1997, de la Presidenta del INE y del Director General de Cooperación Territorial, de instrucciones técnicas sobre actualización del padrón municipal, según el cual «El Ayuntamiento ni interviene en la concesión de los permisos de resi-

de la asistencia, pero, nuevamente, se trata de un problema de gratuidad, no de titularidad.

187. Es importante destacar que seguidamente el art. 3.1 incluye a los ciudadanos comunitarios y a los demás extranjeros (se entiende, en ambos casos si no son residentes en España), entre los «titulares» del derecho a la salud, pero sólo en la medida en que se lo reconozca el Derecho comunitario o los tratados y convenios suscritos. En realidad, esta remisión en blanco nos sitúa fuera del contenido constitucional del derecho: p. ej., si se concede la asistencia sanitaria ante enfermedades no graves a los ciudadanos comunitarios dicha asistencia formará parte del contenido adicional del derecho, careciendo de trascendencia constitucional directa.
188. En algunas Comunidades Autónomas (p. ej., Navarra –Ley 2/2000– y Comunidad Valenciana –Decreto 26/2000–) no se exige el empadronamiento en ningún caso. PEMÁN GAVÍN (2005, pp. 167-168) señala que «las aludidas regulaciones resultan claramente objetables desde la perspectiva competencial», citando al respecto las reglas 1ª, 2ª, 16ª y 17ª del art. 149.1 CE. No coincidimos con esta interpretación, por cuanto la normativa autonómica presenta ampliaciones al derecho que ya hemos juzgado constitucionales. Desde la perspectiva de la distribución de competencias, la STC 98/2004 avala nuestra tesis.
189. Para más detalles sobre estas situaciones, ÁLVAREZ CORTÉS, 2001, pp. 386 y ss.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

dencia ni es competente para controlarlos. Su obligación es reflejar en un registro, el padrón, el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal, [sin que deba] controlar la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, [ni sobre] la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos. En el padrón municipal deben estar dadas de alta todas las personas que habitan en el municipio, tengan o no regularizada su situación en el Registro del Ministerio del Interior». La negativa a empadronar a los extranjeros «irregulares» es ilegal y, por cuanto impide de hecho el acceso a la asistencia sanitaria¹⁹⁰, inconstitucional.

Una vez expuestos los datos legales, debemos examinar si la exclusión general a los extranjeros no empadronados de la titularidad del derecho a la salud es constitucional¹⁹¹. De entrada, recordemos que todos los extranjeros que se encuentran en España tienen derecho a la asistencia sanitaria ante «enfermedades graves o accidentes», en cuyo caso se les prestarán los servicios necesarios (no sólo los procedentes de los servicios «de urgencia», como se desprendería de una lectura apresurada del art. 12.2 LO 4/2000¹⁹²). A nuestro juicio, los problemas más acuciantes podrían solucionarse desde una interpretación generosa de la palabra «grave»¹⁹³. Queda claro, sin embargo, que el objeto del derecho fundamental va más allá de lo grave, por lo que la limitación permanece.

Al tratarse de un supuesto de exclusión por razón de la nacionalidad, no es precisa la existencia de un límite constitucional en sentido estricto, bastando al respecto con la cláusula general del artículo 13.1 CE. Sin embargo, la diferencia de trato debe contar con una finalidad legítima (de otro modo, resultaría arbitraria, art. 9.3 CE) y superar el test de proporcionalidad.

-
190. Se ha denunciado (GÁMEZ GÁMEZ y GALID PELAYO, 2001, y MÉDICOS DEL MUNDO, 2006) que algunos Ayuntamientos (singularmente el de Madrid) rechazan el empadronamiento de los extranjeros «irregulares» precisamente para impedirles el acceso a la asistencia sanitaria.
191. Téngase en cuenta que algunos de ellos se encontrarán en centros de internamiento o en espera de la concesión del estatuto de asilado o refugiado, en cuyo caso disponen también de asistencia sanitaria; al respecto, ÁLVAREZ CORTÉS, 2001, pp. 394 y ss.
192. SEUBA (2006, pp. 129-132), que enfoca correctamente la cuestión, interpreta la asistencia reconocida a todos con la urgente y no con la necesaria ante enfermedades graves, lo que le lleva a concluir que se vulnera el contenido constitucional (que él llama esencial) del derecho a la salud.
193. El riesgo de tan ambigua expresión es que deja en manos del personal sanitario un amplio margen de discrecionalidad (así, MALGESINI, 2002, pp. 289-290), algo que a nuestro juicio debería evitarse mediante una mayor concreción reglamentaria. En todo caso, por suerte, los médicos españoles suelen actuar pensando antes en la salud de los pacientes que en las normas aplicables.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Este test debe examinarse aquí rigurosamente, habida cuenta de que nos encontramos ante un derecho que deriva directamente de la dignidad de la persona¹⁹⁴ y que no se excluye a los extranjeros en el Derecho internacional¹⁹⁵.

A nuestro juicio, la diferencia de trato (o exclusión de la titularidad del derecho a la salud) a los extranjeros no empadronados prevista en nuestra legislación es constitucional, ya que:

- a) La exclusión tiene una finalidad legítima, y ello desde un entendimiento como el que en su momento propusimos de la cláusula de «reserva de lo posible» (*supra*, IV, 6.6). No parece que el legislador pretenda con ella «sancionar» a los extranjeros «irregulares» (los cuales, como sabemos, pueden empadronarse), sino más bien impedir el «turismo sanitario»¹⁹⁶. El SNS (aun cuando facturara, en su caso, los servicios prestados) difícilmente podría responder a todas las demandas sanitarias de todos los extranjeros que se encuentren en España.
- b) La exclusión de la asistencia (recuérdese, para enfermedades no graves) a ese grupo de personas es una medida adecuada a la finalidad perseguida (a menos pacientes menos coste), necesaria (no parece haber otros medios para lograrlas que resulten menos restrictivos para el derecho) y ponderada (por cuanto sólo se suprime el derecho en caso de enfermedad no grave).

5.1.3. ¿Derecho a la salud fuera del territorio nacional?

En términos digamos clásicos, el ámbito de aplicación de la Constitución (y, por tanto, el ámbito de validez de los derechos fundamentales) es el territorio del Estado. Sin embargo, esta consideración tradicional ha empezado a quebrarse, por cuanto la jurisprudencia internacional y constitucional ad-

194. Recordemos que incluso para este grupo de derechos la jurisprudencia admite limitaciones específicas para los extranjeros (p. ej., STC 115/1987).

195. *Vid.*, sobre todo, art. 2.2 PIDESC. El art. 2.3 evidentemente no es de aplicación a España. Sin suficiente base en el Derecho internacional, la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País donde viven, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1985, supedita el reconocimiento a los extranjeros del derecho a la salud a su residencia legal.

196. Así también, *infra*, XVIII, 4.2. Incluso cabría interpretar el art. 12.2, ya generosamente interpretado por nosotros en el sentido de que protege con carácter general (no sólo por los servicios de urgencias) frente a enfermedades graves, entendiendo que la asistencia sanitaria a los extranjeros no residentes debe prestarse sólo ante enfermedades contraídas (o diagnosticadas por vez primera) en España; de otro modo difícilmente podría evitarse el «turismo sanitario».

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

miten desde fecha reciente, en casos excepcionales, la exigibilidad de los derechos fuera de dicho territorio (*supra*, IV, 5.2.1). En relación con el derecho que estudiamos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo e, indirectamente, la propia legislación, admiten esta posibilidad. Así, el ya citado artículo 9 LCC permite la asistencia sanitaria fuera del SNS «en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél», lo que confirma y concreta el artículo 4.3 RDCSC. En principio, de este bloque normativo (cuya trascendencia constitucional ya hemos destacado) se deriva que en casos de imposibilidad de acudir al SNS o de insuficiencia de medios de este puede acudir a la sanidad privada en España (el típico ámbito de ejercicio de los derechos fundamentales) y exigirse después el reembolso de los gastos ocasionados.

Sin embargo, cabe plantear que en determinados casos los titulares del derecho fundamental puedan acudir a la sanidad (pública o privada) de otros países. Recapitulando los supuestos que resultan admisibles de acuerdo con la legislación vigente nos encontramos con:

- a) Casos de riesgo vital durante la estancia del titular del derecho en el extranjero. Por aplicación del artículo 9 LCC, procede el reintegro de gastos derivados del tratamiento de la enfermedad en el extranjero por la Administración sanitaria española, tal y como venía siendo reconocido por el Tribunal Supremo¹⁹⁷, conforme a la legislación anterior. Si la asistencia se realiza en un país de la Unión Europea, el Reglamento (CE) 883/2004 reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a cualquier persona que se desplace por el territorio de la Unión y que realice una estancia en un país distinto del Estado en que reside, cualquiera que sea el motivo del desplazamiento, con el único requisito de tener derecho a la asistencia sanitaria en el Estado de origen.
- b) Casos de inexistencia o retraso de tratamiento en España. El artículo 9 LCC no permite el reintegro en estos casos, y en esta línea se pronunciaba la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo¹⁹⁸, pese a que la normativa anterior podía ser interpretada en un sentido favorable a esta posibilidad. Sin embargo, el citado Reglamento 883/2004 señala que los Estados miembros deben autorizar (y reintegrar los gastos correspondientes) la asistencia sanitaria en otro Estado

197. SSTs de 3 de junio de 1975 y 4 de abril de 2000 (RJ 200, 2615).

198. SSTs de 31 de octubre de 1988 (RJ 1988, 9103), 16 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8069), 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 8050) y 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7496).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

miembro «cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de su enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside».

Gracias a una generosa doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy TJUE)¹⁹⁹ (que se basa, curiosamente, en la libre prestación de servicios, actuales arts. 56 a 62 TFUE) esta normativa debe ser interpretada en un sentido amplio, de forma tal que puede hablarse, en cierto modo²⁰⁰, de un derecho de los ciudadanos comunitarios a recibir asistencia sanitaria en cualquier país de la Unión cuando en el país de residencia no se cuenten con los medios apropiados. En ese caso, la Sentencia *Smits y Peerbooms* exige dos requisitos, que el tratamiento sea «habitual en el medio profesional» y que un «tratamiento médico o que presenta el mismo grado de eficacia para el paciente» no pueda conseguirse en tiempo oportuno en el país de residencia.

Si el ciudadano extranjero reside habitualmente en otro país o si se desplaza a este temporalmente [supuesto a)], p. ej., por turismo o educación, no parece haber problema, pues el Derecho derivado es claro y razonable²⁰¹. El problema es que, en realidad, el Tribunal de Justicia va mucho más allá, creando un derecho no previsto en el Derecho derivado²⁰², pues llega a afirmar que existe también un derecho a desplazarse a otro país de la Unión para recibir en él la asistencia sanitaria que el ciudadano no ha recibido adecuadamente en el suyo, siempre que en el mismo tuviera derecho a ella (situación que el propio Tribunal denomina «asistencia hospitalaria planificada»). Más clara y concretamente, por lo que aquí interesa: si un español tiene derecho a una prestación sanitaria en España y no la recibe en España, puede desplazarse a otro país de la Unión para recibirla, y el Estado español debe hacerse cargo del gasto correspondiente.

199. P. ej., SSTJCE Kohll, de 28 de abril de 1998, y *Smits y Peerbooms*, de 12 de julio de 2001. Para una exposición sintética de las Sentencias más relevantes, *vid.* RODRÍGUEZ MEDINA, 2008, pp. 282-296.

200. Coincidimos con PEMÁN GAVÍN (2005, p. 362), quien criticando las opiniones al respecto de ANTEQUERA VINAGRE y JIMÉNEZ LECHUGA, considera que no deben exagerarse las consecuencias de estas Sentencias.

201. La Sentencia Comisión contra España, de 15 de junio de 2010 (C-211/08) da un balón de oxígeno al Gobierno español (preocupado por la recepción de turismo sanitario), frente a los argumentos de Bélgica, Dinamarca, Finlandia y Reino Unido.

202. Así, destacando (y criticando) el activismo judicial, RODRÍGUEZ CARDO, 2010, pp. 233 y ss.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

Aparentemente nos encontramos ante un problema de aplicación extra-territorial de un derecho fundamental, lo que en principio (si los derechos fundamentales son sólo los de la CE y esta sólo se aplica en el territorio español) no cabe. Sin embargo, el Tribunal de Justicia acaba vinculando al Estado español, no por exigirle que otorgue asistencia sanitaria fuera de España (lo que obviamente no puede hacer) sino por exigirle que abone los gastos correspondientes. Según el Derecho de la Unión, como se ha visto, la regla es que, en estos casos, quien recibe asistencia sanitaria pública o gratuita fuera de su país, debe contar con la previa autorización de su Administración sanitaria. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha admitido, en algunos casos, la obligación de pago, aun sin dicha autorización.

El caso más claro es la Sentencia *Watts*, de 16 de mayo de 2006²⁰³. Una ciudadana británica tenía derecho a ser operada en su país pero le daban un año de espera. Acude a la sanidad francesa, donde se considera que su operación no debe demorarse tanto, es operada en Francia (sin autorización de las autoridades sanitarias británicas), paga la operación y luego exige el reembolso al SNS británico, que le es denegado. El Tribunal de Justicia da la razón a la sra. Watts: la autorización (necesaria según el Derecho derivado) no puede ser discrecional. Dice la Sentencia: «no cabe basar la denegación de una autorización previa únicamente en la existencia de listas de espera destinadas a planificar y gestionar la oferta hospitalaria en función de prioridades clínicas determinadas de antemano con carácter general, sin que se haya procedido, en el caso individual de que se trate, a una evaluación médica objetiva del estado patológico del paciente, de sus antecedentes, de la evolución probable de su enfermedad y de su grado de dolor o de la naturaleza de su discapacidad en el momento en que se solicite o vuelva a solicitar dicha autorización».

En la medida en que el Derecho español no señala nada parecido (más bien dice lo contrario, pero será difícil que el Tribunal de Justicia afirme expresamente esta incompatibilidad²⁰⁴), nos encontramos ante una ampliación comunitaria del contenido del derecho fundamental o quizás, más precisamente, ante la creación de una garantía adicional al mismo, lo que en términos prácticos viene a ser lo mismo.

Para la valoración jurídica de esta ampliación podemos seguir el mismo criterio que para el problema anterior de la desigualdad territorial: las ampliaciones son legítimas. Quedaría no obstante por tratar una cuestión a la que no aludimos antes: ¿estas ampliaciones, son realmente parte del conte-

203. C-372/04.

204. Para un planteamiento general, ESCOBAR ROCA, 2008, esp. p. 404.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nido del derecho fundamental? En términos prácticos²⁰⁵, la cuestión carece de excesiva trascendencia: los ciudadanos tienen ese derecho ampliado, sea fundamental o no. No obstante, la resolveremos, por si algún día se presenta la hipótesis del retroceso: bien mirado, de lo que se trata no es del derecho a la asistencia sanitaria en cuanto tal (la CE no puede vincular a los poderes públicos extranjeros y, menos aún, a los particulares extranjeros) sino del derecho a la gratuidad de la misma. Dado que se rompe la regla general de territorialidad y que se está en presencia de un aspecto parcial (el reintegro) de uno solo de los elementos del derecho (la asequibilidad), consideramos que el derecho mencionado queda fuera del contenido constitucional del derecho²⁰⁶. Se trataría, entonces, de un contenido adicional.

No es previsible una huída en masa de ciudadanos españoles en lista de espera para ser atendidos en otros países, entre otras cosas, por la incertidumbre de si recuperarán o no el gasto. Sin embargo, la jurisprudencia es útil, pues lanza una advertencia frente al posible olvido de los Estados en solucionar el problema de la asistencia sanitaria a tiempo, exigiéndoles además justificar individualmente eventuales tardanzas.

Por otro lado, no puede hablarse de un derecho a la asistencia sanitaria en el extranjero a favor de los extranjeros no residentes en España, pero sí de un mandato a los poderes públicos españoles de cooperación para la protección de la salud en los países menos desarrollados, que formaría parte del carácter meramente objetivo del derecho fundamental (aps. 39 a 41 de la OG 14). El legislador ya ha dado al respecto un primer paso (DA 7ª LCC), de forma tal que una inactividad administrativa total, esto es, la práctica inexistencia de una política española de cooperación al desarrollo sanitario no sólo resultaría inconstitucional sino también ilegal.

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. Los poderes públicos

El derecho a la salud obliga, en primer lugar y sobre todo, a los poderes públicos. Así:

a) Los Parlamentos (estatal y autonómicos) deben regular el contenido,

205. En términos diríamos teóricos, el problema no es sin embargo baladí, por mucho que pretenda ocultarse: la ampliación del TJUE contradice al legislador español, lo que parece al menos discutible desde los principios constitucionales tradicionales (división de poderes y democracia).

206. De momento, pues por la vía del art. 10.2 CE y a la vista del rango de tratado de la CDF, si el TJUE acabara asentando su interpretación en el art. 35 de la misma, el planteamiento podría ser otro.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

sujetos e instrumentos de tutela del derecho (incluyendo los medios financieros necesarios), todo ello en términos suficientes para garantizar el ámbito constitucionalmente protegido. Asimismo, mediante las típicas técnicas del control parlamentario (cuyo ejercicio, obviamente, no resulta jurídicamente obligatorio) realizan crítica pública de la labor de la Administración sanitaria.

- b) Las Administraciones públicas (estatal, autonómicas y locales), cada una en el ámbito competencial que le es propio, deben desarrollar o concretar la regulación legal (reglamentos) y, si la reserva de ley no lo impide, dictar los reglamentos independientes necesarios (en general, *supra*, IV, 4.4.2). Asimismo, deben poner en marcha las acciones necesarias (normalmente sujetas a desembolsos económicos), organizativas o fácticas, para la prestación efectiva de los contenidos asociados al derecho a la salud.
- c) Los jueces y tribunales deben garantizar el derecho mediante los procedimientos legalmente establecidos para ello (*infra*, 7.6 y 7.7), interpretando la normativa aplicable de forma favorable al artículo 43 CE y concordantes (*supra*, IV, 4.4.3). A lo largo de este capítulo realizamos diversas propuestas en esta dirección, algunas de las cuales resultan inéditas en la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Una vez fijado por ley el régimen jurídico básico del derecho a la salud (que opta, como sabemos, por la integración de los servicios correspondientes en el SNS, con la salvedad –matizada, en todo caso– de las mutualidades de funcionarios y otros supuestos excepcionales), salvo los casos de inconstitucionalidad legal (por acción o por omisión), el acento ha de ponerse, en lo que a los sujetos obligados se refiere, en las Administraciones sanitarias. En realidad, el SNS es un concepto abstracto²⁰⁷, que debe legalmente traducirse en obligaciones concretas de Administraciones concretas. En síntesis, el reparto de obligaciones básicas se realiza como sigue²⁰⁸:

- a) La Administración del Estado, y sobre todo el Ministerio de Sanidad²⁰⁹, debe cuidar de los aspectos exteriores de la sanidad, muchos de los cuales resultan esenciales para la garantía objetiva del derecho²¹⁰ (arts. 38 y 39 LGS y 36-39 LGSP), concretar el contenido del

207. Para los detalles, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 159 y ss. Desde una perspectiva crítica, FREIRE CAMPO, 2005, pp. 65-66.

208. Para más detalles, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2007, pp. 109 y ss.

209. Actualmente, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Sobre su estructura y competencias, *vid.* el RD 263/2011.

210. Por todos, CIERCO SEIRA, 2006, pp. 137-144.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho fundamental a la salud (normativa básica, art. 40 LGS) y asegurar la financiación, cohesión y calidad del conjunto del sistema sanitario, lo que en última instancia refuerza también, al modo de garantías transversales, aspectos importantes del derecho fundamental. Al efecto, los instrumentos más relevantes son el sistema de información sanitaria nacional (*infra*, 7.1), las acciones en materia de calidad (*infra*, 7.3), el Fondo de Cohesión Sanitaria (DA 5ª LCC y RD 1207/2006), que favorece la disponibilidad del derecho en condiciones de igualdad, la Presidencia e impulso del CISNS (arts. 69 a 75 LCC)²¹¹ y la Alta Inspección, establecida para «la garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y de atención sanitaria del [SNS], de acuerdo con lo establecido en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las leyes» (arts. 76 a 79 LCC).

- b) Las Administraciones autonómicas, y sobre todo sus Consejerías de Sanidad o equivalentes, deben concretar el contenido adicional del derecho a la salud (normativa de desarrollo) asegurando, mediante sus servicios autonómicos de salud, la disponibilidad última del derecho y su prestación efectiva (la «ejecución» de la que hablan los Estatutos de Autonomía). En el estadio actual de desarrollo de nuestro sistema sanitario, sobre ellas recae la responsabilidad esencial en el cumplimiento del derecho a la salud.
- c) Las Administraciones locales cuidan preferentemente de los aspectos objetivos del derecho a la salud, mediante el ejercicio de sus competencias de control sanitario ambiental, industrial, de edificios y de consumo (art. 42 LGS). La LGS (art. 50 y DF 2ª.4) impuso la integración de los centros sanitarios de ayuntamientos y diputaciones provinciales en el correspondiente servicio autonómico de salud.

5.2.2. El personal sanitario del Sistema Nacional de Salud

Como sucede en buena parte de los derechos sociales (*supra*, IV, 5.2.4), el cumplimiento del derecho a la salud (esto es, la prestación efectiva de los contenidos que conforman el mismo) depende de los altos cargos y del personal no sanitario de la Administración en un nivel bastante general, limitado casi siempre a la fijación del marco normativo, en el sentido amplio del término, y al cumplimiento de los elementos de disponibilidad y asequibili-

211. La LCC se muestra tímida a la hora de atribuir al Ministerio funciones de coordinación, pero éstas parecen obvias a la luz del art. 43 CE y de la misma literalidad del art. 149.1.16.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

dad del derecho, quedando la práctica concreta de la asistencia (lo único que normalmente percibe el ciudadano) en manos de los profesionales sanitarios, dirigidos en todo momento por los médicos. Estos profesionales son, por supuesto, obligados típicos del derecho a la salud, y así vienen a reconocerlo, entre otros, los artículos 6.1 y 6.2 LOPS.

En este lugar se hace preciso hacer breve mención a dos cuestiones hoy muy debatidas, que afectan al tema que ahora nos interesa, pero que raramente son analizadas desde la óptica constitucional:

- a) El grado de determinación normativa de las obligaciones del personal sanitario. Recientemente, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO ha defendido que la determinación normativa del contenido de las prestaciones sanitarias se reduzca al mínimo, por entender que la fijación de las mismas debe realizarse, con gran flexibilidad, en cada caso concreto y de común acuerdo (desde un concepto de participación que él mismo califica de novedoso) entre pacientes y profesionales. Este punto de vista, que no se corresponde con las previsiones actuales de nuestro ordenamiento (RDCSC), no puede ser plenamente compartido: la configuración de las prestaciones concretas equivale nada menos que a la determinación del contenido de un derecho fundamental, algo que no puede quedar indefinido, so pena de caer en la inseguridad jurídica, en la desigualdad permanente y en el riesgo de arbitrariedad. Evidentemente, no puede encorsetarse en rígidos moldes la actuación de los profesionales, pero con el vigente modelo (RDCSC) éstos cuentan, en todo caso, con un margen todavía amplio de discrecionalidad²¹².
- b) La determinación de las personas que deben concretar en cada caso el contenido preciso de la asistencia sanitaria. Sobre esta esencial cuestión se produce un notable vacío normativo: el ordenamiento detalla, con un grado de determinación que consideramos razonable (RDCSC), las prestaciones que conforman el contenido de la asistencia sanitaria, pero no indica después a quién en particular corres-

212. Veamos, p. ej., los casos de los trastornos del comportamiento alimentario, de la fibromialgia y síndrome de fatiga crónica: el Defensor del Pueblo, en su Informe de 2006, denuncia la falta de tratamiento, en ocasiones, de estas enfermedades, y en todo caso, la disparidad en su tratamiento entre Comunidades Autónomas, reclamando como solución la aprobación, a nivel nacional, de protocolos o guías prácticas de actuación. Nótese que estas enfermedades caben dentro, respectivamente, de los apartados 7.5 y 13 del Anexo III del RDCS. Este último apartado se encuentra formulado en términos todavía tan genéricos como para permitir que, legalmente, unos médicos las traten y otros no. ¿Qué pasaría si ni siquiera contáramos con el RDCSC?

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ponde decidir si una persona tiene o no derecho, en cada caso concreto, a recibir cada una de tales prestaciones. En la práctica y con carácter general, la decisión queda en manos, primero, del médico de atención primaria o del médico que atiende el servicio de urgencias, y después, del médico especialista. Sólo excepcional e indirectamente se prevén mecanismos de control previo de la decisión médica estrictamente considerada²¹³ (aunque sí de la receta, en determinados casos), pero la Administración sanitaria suele poner en marcha incentivos para lograr la contención del gasto por los propios profesionales²¹⁴. Para los casos extremos (piénsese en el médico que realiza continuamente tratamientos costosos e inapropiados), el artículo 35 LGS permite un control posterior, hasta ahora, que sepamos, nunca utilizado.

En todo caso, la libertad de decisión terapéutica del médico, o si se quiere, su «plena autonomía técnica y científica» (art. 4.7 LOPS) permanece en lo esencial y por tanto recae sobre él la obligación fundamental de dar efectividad al derecho a la salud en los casos concretos. A nuestro juicio, en los supuestos claros el médico está obligado a realizar (o a «derivar» al paciente a otro profesional) el diagnóstico y el tratamiento, sin que quepa negarse a ello aduciendo razones económicas. En los casos terapéuticamente discutibles podrían, en todo caso de forma complementaria, tomarse en consideración tales razones (p. ej. para elegir el tratamiento menos costoso entre dos igualmente útiles desde el punto de vista terapéutico), y en este solo sentido creemos que debe interpretarse el precitado artículo 5.1.b)²¹⁵.

Buena parte de los elementos del contenido del derecho a la salud tienen como correlato obligaciones de los profesionales sanitarios. A título de ejemplo, pueden citarse:

213. Según la normativa estatal (supletoria aquí de la autonómica), los Consejos de Dirección y los Gerentes de Áreas de Salud carecen de competencias en este sentido (arts. 59 y 60 LGS).
214. Actualmente tales incentivos encuentran indirectamente un respaldo normativo: el art. 5.1.b) LOPS señala, entre los «principios [que no obligaciones, pues no se anudan a ellos sanciones específicas] generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos», el deber de los profesionales «de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización [...] y la inadecuada utilización de los mismos».
215. Creemos que se equivoca CONILL (1999, pp. 51-52) al poner al mismo nivel justicia y eficiencia económica (¡por un profesor de Filosofía moral!) y exigir a los profesionales sanitarios convertirse en parte en gestores. Desde la perspectiva constitucional, y más en concreto, desde la perspectiva del derecho a la salud, las razones económicas no pueden ponerse a tan alto nivel. Insistimos: sólo podrían entrar en juego, en su caso, de manera complementaria y en los casos médicamente discutibles.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

- a) En relación con la faceta defensiva del derecho, el deber de respeto a las decisiones de los pacientes [arts. 2.6 LAP, 5.1.c) LOPS y 19.i) LEMPE].
- b) En relación con la disponibilidad, el deber de formación continuada [arts. 4.6 LOPS y 19.c) LEMPE e, indirectamente, art. 42 LCC].
- c) En relación con la cobertura, los deberes de «correcta prestación de sus técnicas» (art. 2.6 LAP) y de «prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad» previstos en la ley y en las normas deontológicas [art. 5.1.a) LOPS].
- d) En relación con la integridad y continuidad, el deber de respeto al principio de continuidad asistencial e interdisciplinariedad [art. 4.7.d) y e) LOPS].
- e) En relación con el derecho al medicamento, el deber de utilizar los medios de los servicios de salud en beneficio del paciente [art. 19.j) LEMPS].

En otro orden de cosas, se ha discutido si los profesionales sanitarios pueden ser eximidos de obligaciones de asistencia sanitaria moralmente discutibles²¹⁶. En estas situaciones nos encontraremos casi siempre ante un conflicto entre la libertad de conciencia del profesional sanitario (art. 16.1 CE) y el derecho a la salud del paciente (art. 43.1 CE), que debe ser resuelto mediante una ponderación o acomodación razonable, destinada a garantizar la disponibilidad de profesionales sin problemas de conciencia. De esta forma, la garantía de la libertad de conciencia impone una obligación prestacional de la Administración²¹⁷.

5.2.3. Los particulares

- a) La faceta defensiva del derecho a la salud obliga a los particulares. En caso de daños a la salud de carácter grave esta obligación deriva

216. El art. 26 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999 cita el aborto, la reproducción asistida y la esterilización de deficientes. Curiosamente, para ninguno de estos supuestos se prevé legalmente la objeción (lo que no impide su ejercicio, *ex* art. 16.1 CE) y sí para el caso del cumplimiento de las llamadas instrucciones previas (Ley de la Comunidad Valenciana 1/2003, art. 17.2; Ley de Madrid 3/2005, art. 3.3; Ley de Extremadura 3/2005, art. 21.2; Ley de La Rioja 9/2005, art. 7.4 y Ley de Baleares 1/2006, art. 6).

217. Más ampliamente, ESCOBAR ROCA, 1993, pp. 378-396 y 1998, pp. 133-150.

del artículo 152 CP (tipo de lesiones culposas, agravado en los casos de imprudencia profesional). En caso de daños leves opera la cláusula general del artículo 1902 CC (*infra*, 7.7).

Ya hemos hecho alusión al deber de los poderes públicos de protección (*supra*, 4.2). El defecto más grave de la legislación, a juicio del Defensor del Pueblo, es la carencia de regulación, a nivel nacional, de las llamadas medicinas alternativas. Los daños que producen estas prácticas a la salud de las personas son ya lo suficientemente frecuentes como para exigir una normativa específica. Podemos hablar incluso de inconstitucionalidad por omisión, por vulneración del artículo 43.2 CE.

- b) El derecho a la salud como derecho de prestación obliga, como regla general, a los poderes públicos y, como regla especial, a los particulares que hayan concertado con la Administración la prestación del servicio (caso de las mutualidades de funcionarios), que se convierten así en sujetos que ejercen funciones públicas, al modo de la figura tradicional del concesionario de servicios públicos (*supra*, IV, 5.2.3).

En el supuesto excepcional de imposibilidad de acudir al SNS, la asistencia sanitaria puede ser exigida a los particulares. No nos referimos al supuesto del artículo 9 LCC, pensado para el reintegro de gastos, sino al caso del artículo 195 CP, que castiga penalmente a quien «no socorriere a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros»²¹⁸.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

A lo largo de este capítulo hemos descrito diversos supuestos de intervenciones (en el sentido amplio de la expresión, *supra*, IV, 6) sobre el derecho a la salud, prestando especial atención a las derivadas de leyes y reglamentos. Algunas de estas intervenciones generales fueron sometidas a un análisis de constitucionalidad (quedó pendiente el problema de la posible regresión en materia de reintegro, que se verá luego, *infra*, 7.3), con los resultados que se reflejan en el siguiente cuadro comparativo, que sintetiza ideas ya expuestas:

218. La doctrina mayoritaria (por todos, ESQUINAS VALVERDE, 2006, pp. 503-508) excluye la aplicación del art. 196 CP (al que nos referiremos *infra*, 7.7) a los profesionales sanitarios privados, al menos en los casos en los que no hubieran aceptado previamente asistir a un determinado paciente.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

ELEMENTO DEL DERECHO (PRESTACIÓN), DERIVADO DEL ART. 43.1 CE	INTERVENCIÓN (Y CALIFICACIÓN DE LA MISMA CONFORME A <i>supra</i> , IV, 6)	FINALIDAD (EXPRESA O TÁCITA) DE LA INTERVENCIÓN	ANÁLISIS DE LA OMISIÓN	RESULTADO
Cobertura de la asistencia sanitaria	Omisión en el RDCSC de la lipodistrofia asociada al VIH, de la atención podológica a diabéticos y de la cirugía de reasignación de sexo (prestación insuficiente).	Supuestamente, la reducción de costes y la escasa importancia de esas enfermedades	La Administración está, al parecer, estudiando la cuestión.	No puede llegarse a un resultado mientras no se aclare la relación entre esas enfermedades y el concepto constitucional de salud.
Derecho al medicamento	Exclusión por el RD 1663/1998 de determinados medicamentos (entre ellos, los laxantes de lactulosa) de la financiación pública (supuesta regresión).	Supuestamente, la reducción de costes y la escasa importancia de esos medicamentos	Existen medicamentos alternativos, de utilidad terapéutica similar	No hay propiamente regresión, luego el RD 1663/1998 es constitucional.
Derecho al medicamento	Obligación del pago, en diversas normas reglamentarias, por los pensionistas afiliados a mutualidades de funcionarios, del 30 % del coste de los medicamentos (diferencia de trato).	Supuestamente, la reducción de costes	No es proporcional tratar a determinados pensionistas peor que al resto, al no tenerse en cuenta las circunstancias personales de los miembros del primer grupo.	La diferencia de trato, al no ser proporcionada, vulnera el art. 14 CE
Universalidad	El art. 12 de la LO 4/2000 excluye de la asistencia sanitaria antes enfermedades no graves a los extranjeros no empadronados (prestación insuficiente).	Impedir el «turismo sanitario».	La medida tiene una finalidad legítima y resulta adecuada, necesaria y ponderada	La LO 4/2000 es constitucional.

Como se advierte, no hemos encontrado ningún supuesto de Leyes inconstitucionales, pues el más evidente (la exclusión de aproximadamente 200.000 españoles de la gratuidad de la asistencia sanitaria), denunciado rei-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

teradamente por el Defensor del Pueblo, parece en vías de solución, y sólo hemos detectado un caso de reglamento inconstitucional. Por tanto, nuestra valoración de la normativa de desarrollo del artículo 43.1 no puede ser más que positiva, al menos en términos constitucionales.

Las intervenciones señaladas tienen un carácter general; en relación con las consideradas inconstitucionales (sobre las que siempre cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad o de ilegalidad), una vez realizadas las modificaciones normativas oportunas, dejarían de existir.

Las intervenciones más importantes y que las que suscitan las reclamaciones de los ciudadanos²¹⁹ son, sin embargo, las que no se solucionan con una simple modificación o anulación normativas. Proceden de los particulares y, sobre todo, de las Administraciones sanitarias (incluyendo el personal sanitario dependiente del SNS) cuando dictan actos administrativos y otorgan prestaciones materiales insuficientes o cuando no hacen ni una cosa ni otra (omisiones absolutas).

Las intervenciones no normativas pueden referirse a cualquiera de los elementos del contenido del derecho que hemos estudiado, en su doble consideración de derecho de defensa y derecho de prestación, así como a la titularidad del derecho. En caso de resultar inconstitucionales, serán, además, contrarias a leyes o reglamentos, o a ambos tipos de fuentes a la vez. Como resulta prácticamente imposible enumerar las numerosas hipótesis concretas de intervención sobre el derecho a la salud, nos contentaremos con aludir a los tipos más frecuentes y a proponer un método de análisis de su constitucionalidad, con especial atención a los límites que normalmente se invocan para justificar tales intervenciones.

Para ello, es preciso distinguir entre:

a) Intervenciones sobre el derecho a la salud como derecho reaccional. Las más graves se encuentran penalmente tipificadas (*infra*, 7.7). Los delitos perseguidos con mayor frecuencia son las lesiones y la distribución de sustancias potencialmente dañosas para la salud (significadamente, el tráfico de drogas), que afectan, respectivamente, a la salud individual (en con-

219. Debe destacarse, sin embargo, que también en los supuestos de inconstitucionalidad legislativa, cabe la reclamación individual: en los dos casos de leyes inconstitucionales (normalmente, omisiones relativas), solicitando al juez el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Si se tratara de un reglamento inconstitucional, todo sería más fácil, pues en ese caso los afectados podrían solicitar directamente su nulidad (también en caso de inactividad reglamentaria) ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

currencia con la integridad física y moral) y a la salud colectiva²²⁰ y resultan difícilmente justificables en términos constitucionales. Únicamente se nos ocurre citar, para las lesiones, la causa de justificación de la legítima defensa (art. 20.4 CP), que traslada al ámbito penal la necesidad de salvaguardar los derechos a la vida e integridad y a la salud de otras personas (arts. 15 y 43.1 CE).

b) Intervenciones sobre el derecho a la salud como derecho de libertad. Como sabemos (*supra*, 4.2), el artículo 9.2.a) LAP sólo admite los tratamientos sanitarios obligatorios en caso de «riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley». El artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (a la que remite el art. 54 de la LGSP), concreta algo más al señalar que «Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». A nuestro juicio, se trata de un límite al derecho a la salud que encuentra claro anclaje constitucional (art. 43.2), pero que no cierra, pese a la letra de la ley y a lo señalado por alguna doctrina²²¹, la aparición de otros, menos frecuentes pero igualmente legítimos. Piénsese, por ejemplo, en el tratamiento sanitario obligatorio (jurídicamente discutible en todo caso: STC 132/2010), de enfermos mentales peligrosos, que no viene justificado tanto en consideraciones de salud pública como de seguridad colectiva (art. 15 CE).

La intervención consistente en el tratamiento sanitario obligatorio²²², exigido normalmente mediante orden administrativa sin procedimiento administrativo propiamente dicho y fundado en el límite constitucional de la salud pública, además de cumplir con el supuesto de hecho legalmente previsto (debe existir un riesgo real y de cierta entidad para la salud pública) ha de ser, obviamente, respetuosa con el principio de proporcionalidad (*supra*, IV, 6.1), cuestión esta a analizar caso por caso.

Un supuesto bien distinto de intervención es la imposición de hecho,

220. Aunque los delitos que protegen la salud pública son perseguibles a instancia de parte (en materia penal la acción pública es la regla general), esta circunstancia es difícilmente imaginable. El Ministerio Fiscal tiene aquí un papel decisivo.

221. Así, sin explicación al respecto, COBREROS MENDAZONA, 1988, pp. 360-361.

222. Si, además, se impone la hospitalización no sólo se estaría afectando a la faceta de libertad del derecho a la salud sino también al derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

por un facultativo, de tratamientos claramente innecesarios para la salud pública, sin consentimiento del afectado, normalmente a causa de un mal entendido paternalismo sanitario. Estos casos, contrarios a la LAP como regla general, difícilmente pueden ser justificados desde la perspectiva constitucional²²³.

c) Intervenciones sobre el derecho a la salud como derecho de prestación. La amplísima variedad de intervenciones posibles, a la vista de las reclamaciones planteadas ante el Defensor del Pueblo y ante los tribunales, se reduce, en su mayoría (la casuística es, por supuesto, mucho más rica) a dos grandes tipos de supuestos:

– Por parte de la Administración sanitaria, falta de disponibilidad o de asistencia a tiempo, en cuyo caso el ciudadano podría acudir a un centro sanitario privado²²⁴ y exigir después el reintegro de los gastos ocasionados, en las circunstancias en las que ello resulta legalmente posible (*supra*, 4.3.1 y 4.3.5). En estos casos (que son los que suelen llegar a los tribunales pero que sólo suponen una pequeña parte de las intervenciones que se producen en la realidad), la intervención se materializa en el acto administrativo que rechaza el reintegro.

Si se da el supuesto de hecho (existencia de una enfermedad que exige tratamiento inmediato), ningún límite constitucional puede justificar esta intervención. Como ya dijimos en relación con la disponibilidad (y resulta aplicable con carácter general), la Administración no puede escudarse en razones presupuestarias para negarse a prestar la asistencia sanitaria necesaria para garantizar el bien protegido por el artículo 43.1 CE (*supra*, IV, 6.6)²²⁵.

223. *Vid.* la STC 154/2002, sobre la imposición de una transfusión a un menor testigo de Jehová. A salvo está el caso de la eutanasia, citado *infra*, 4.2.

224. Desde una perspectiva sociológica, si su situación es muy grave o si conoce su derecho al reembolso, lo que no va a resultar habitual. Por desgracia, en la práctica ni el facultativo ni la Administración sanitaria suelen informar al demandante de asistencia de que existe esta posibilidad.

225. La propuesta de DWORKIN (2003, pp. 333 y ss.) merece atención especial. DWORKIN critica el «principio de rescate» (predominante a su juicio entre los médicos), según el cual debe dispensarse cualquier tratamiento médico necesario, con independencia de su coste. Para DWORKIN, esta tesis «debe ser rechazada porque es inverosímil». En su lugar, propone el principio del «seguro prudente», que permitiría dejar fuera de la cobertura pública los tratamientos «heroicos o inciertos» (p. ej., una operación extremadamente costosa con escasas probabilidades de éxito y que a lo sumo permitiría prolongar unos meses la vida de una persona), aunque admite que los ricos puedan pagarlos. El argumento viene a ser triple: la versión estadounidense de la reserva de lo posible (aunque, de forma más inteligente, se presenta no como un argumento normativo expreso sino como una premisa fáctica), la responsabilidad individual y la exclusión del paternalismo. Lo más interesante de la propuesta de DWORKIN es la justificación del argumento económico (implícitamente, el decisivo) a través del principio

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

– Por parte del personal sanitario adscrito al SNS, negativa al tratamiento médico (rechazo inicial del paciente, no envío al especialista, no envío a un centro de referencia, negativa a prescribir los medicamentos adecuados, alta no consentida) o tratamiento médico deficiente, inferior a los parámetros exigidos por la *lex artis ad hoc*. Normalmente, el paciente reclama, por la vía de la responsabilidad patrimonial, tras sufrir un daño a su salud, muchas veces ya irreparable²²⁶. En estos supuestos (haya o no daño) nos encontramos ante una intervención fáctica (no ante un acto administrativo), consistente en un determinado comportamiento médico, que presenta formas variadas (desde una mera negativa verbal hasta una constancia en la historia clínica). Tampoco creemos que exista aquí límite constitucional alguno que pueda justificar la negativa al tratamiento.

En relación con lo antedicho, la lectura de la jurisprudencia sobre casos de denegación de asistencia sanitaria puede resultar engañosa, dado que, por razones estructurales (*supra*, 7.6), a los tribunales no llegan la gran mayoría de este tipo de problemas. Al respecto, quizás resulte más iluminadora la lectura de los Informes del Defensor del Pueblo. Entre los pocos casos relatados con algún detalle por esta institución²²⁷, haremos mención, para corroborar las tesis que venimos manteniendo, a la denegación de la fecundación *in vitro* a una pareja, por la unidad de reproducción asistida del Hospital de Valdecilla, de Santander²²⁸. Inicialmente, la unidad decidió que médicamente era necesario

democrático: si en condiciones de escasez (a juicio de DWORKIN, estructurales) preguntáramos a los ciudadanos cuánto están dispuestos a pagar por la sanidad, la gran mayoría optaría por reducir las prestaciones (en nuestro caso, la cartera del SNS). Ahora bien, conviene subrayar una condición añadida por DWORKIN: las «personas prudentes renunciarían a los tratamientos heroicos e inciertos si *ello les permitiera* lograr beneficios seguros en relación con la educación, la vivienda y la seguridad económica. Si esto es así, entonces la justicia nos exige que un esquema universal de salud no cubra tales tratamientos» (p. 344, cursivas nuestras, GE). La tesis de DWORKIN (seguida en la dogmática constitucional europea, entre otros, por HUSTER, 2005, pp. 203 y ss. y por HEINING, 2008, pp. 444 y ss.), casi revolucionaria en Estados Unidos, puede ser criticada como sigue: 1) Los DFSP defienden también a las minorías frente a las mayorías y, obviamente si nos movemos dentro de su contenido constitucional, son más fuertes que la democracia y desde luego que la razón económica, implícita en la tesis de DWORKIN; 2) La condición que pone DWORKIN no se cumple en la realidad (el Estado admitiría la reducción de prestaciones pero cabe prever que no derivará el ahorro a otros DFSP); 3) La tesis de DWORKIN (que no es seguida por nuestro legislador) puede servir, no obstante, como un elemento a considerar en algunas decisiones a adoptar por los médicos, como ya vimos (*supra*, 4.3.3).

226. Si el paciente falleció, pueden reclamar sus familiares, por lo que la garantía ya no tiene más utilidad que la meramente preventiva de daños futuros a otras personas.

227. Al investigador se le plantea un problema de acceso a la información, pues los casos estudiados por el Defensor del Pueblo suelen ser expuestos en sus Informes anuales de manera muy sintética.

228. Recomendación 52/2006, de 26 de junio de 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

realizar el tratamiento señalado²²⁹. Más adelante, ante la existencia de listas de espera en la unidad, comunicó a la pareja que el tratamiento no se realizaría, dado que previamente había tenido un hijo natural. Como se advierte, en el caso existe un problema general de asistencia a tiempo, aunque la queja se produce no por este motivo sino por negativa de tratamiento (supuesto que hemos encajado en el elemento de cobertura del derecho). El argumento utilizado por el personal sanitario para no realizar el tratamiento no está previsto en la ley, carece de fundamento constitucional y pretende encubrir la motivación principal del rechazo, la falta de medios. La respuesta del Defensor del Pueblo (que hace frente –y resulta significativo– no a la motivación expresa sino a la motivación implícita de la intervención) es clara, y se mueve en la línea de cuanto venimos defendiendo: «Esta Institución no puede compartir, en modo alguno, el criterio sustentado [por la unidad de reproducción asistida] para justificar la exclusión de una prestación sanitaria que, a tenor del marco legal vigente en la materia, debe ser facilitada directamente a las personas y financiada con cargo a los fondos estatales adscritos a la sanidad, con fundamento en razones de organización y funcionamiento de los servicios sanitarios, como es la extensión de las listas de espera».

El problema de las regresiones merece una atención especial, y más en estos tiempos. Como sabemos, las regresiones pueden ser fácticas y normativas (*supra*, IV, 6.4). Dentro de las primeras podemos incluir las disminuciones presupuestarias, fáciles de medir. A nosotros las regresiones que nos interesan son únicamente las normativas: si los derechos son definidos adecuadamente en las normas (y no hay motivos para pensar, con las matizaciones señaladas en su momento, que esta determinación no es adecuada), una eventual regresión meramente fáctica (que no modifique la normativa) no plantea problemas; habrá, en su caso, un incumplimiento de la norma, pero ésta es, nuevamente, una cuestión jurídica.

La sanidad ocupa el segundo rubro en los presupuestos públicos, con clara tendencia al crecimiento. En época de recortes, resulta significativo (por cuanto demuestra la importancia del derecho que analizamos) que, al menos de momento, no se haya planteado abiertamente ninguna modificación normativa con motivo de la crisis. Como en el pasado, se habla de «racionalización del gasto» en el ámbito del medicamento, la partida que más crece

229. Aceptamos este punto de partida, correcto al parecer según la ley (carecemos de datos para resolver una cuestión de hecho, que en todo caso aquí no nos preocupa), pero no dejamos de advertir que resulta discutible que este tipo de tratamientos resulten siempre exigidos por el objeto del derecho fundamental (estamos en la frontera entre enfermedad curable y natural deterioro de las capacidades físicas de las personas).

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

y que más contrasta con las equivalentes de los países de nuestro entorno. Habrá que analizar en cada caso si nos hallamos realmente en presencia de recortes o retrocesos. En su momento analizamos los recortes en materia de medicamentos cubiertos por el SNS, llegando a la conclusión de que propiamente no hubo regresión como tal (*supra*, 4.4.1). Veamos ahora otras dos medidas concretas, una ya materializada y otra quizás en ciernes:

- a) El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, introduce una única medida que en apariencia podría implicar un recorte²³⁰. En realidad, el artículo 12 (que modifica los arts. 19.8 y 90.1 LM) es una norma cosmética, pues no cambia nada de la realidad jurídica anterior. Entonces, como ahora, se señala que el Gobierno establece el catálogo de los medicamentos financiados públicamente, atendiendo a «criterios de carácter técnico-económicos y sanitarios» y que se puede acordar la dispensación por unidades. La primera es una norma de competencia, que en sí misma nada indica, ni a favor ni en contra, sobre el derecho a la salud. La segunda tampoco implica retroceso alguno, pues lo mismo decía la Ley en 2006. Cuando se introdujo la dispensación por unidades tampoco hubo retroceso con respecto a la situación anterior, pues queda clara en la norma la adecuación de la prestación en especie a las necesidades de la enfermedad.
- b) El otorgamiento de las prestaciones farmacéuticas en los casos concretos queda en manos normalmente de los profesionales sanitarios. Sin embargo, como ya sabemos, en este campo su libertad de decisión se ve condicionada con mayor frecuencia (art. 88.1 LM). Como ya dijimos, la racionalidad económica no puede sustituir ni prevalecer sobre la racionalidad jurídica, y en este sentido debe interpretarse la legislación citada: quien deniegue la prestación farmacéutica (en rigor, quien deniegue su gratuidad) no podrá aducir como argumento fundamental su excesivo coste (aunque en la práctica este pueda ser el motivo de fondo de la denegación) sino, en su caso, su falta de necesidad terapéutica. Las medidas de reciente implantación (he aquí, por fin, el posible retroceso) en algunas Comunidades Autónomas para «incentivar» económicamente a los médicos que menos gasten resultan de

230. El capítulo V del RDley lleva por título «Medidas en materia de sanidad». Introduce otras dos medidas: el descuento en los medicamentos dispensados por las oficinas de farmacia, reduciendo el margen de beneficio de los agentes de la cadena farmacéutica (arts. 8-11) y el fomento a la adquisición centralizada de medicamentos (art. 13). El «legislador de urgencia» de la crisis avanza más aún en la reducción del gasto farmacéutico en el RDley 9/2011.

constitucionalidad cuando menos sospechosa. Habrá que analizar despacio, en todo caso, cómo se formulan y cómo se aplican.

7. GARANTÍAS

7.1. INFORMACIÓN

La información recorre, en múltiples y variadas manifestaciones, toda nuestra legislación sanitaria. Desde la perspectiva de la garantía del derecho a la salud²³¹, interesa aludir a tres tipos de información:

- a) Derecho a la información sobre la propia enfermedad y sobre las consecuencias de su eventual tratamiento, que sirve como instrumento para el mejor ejercicio de la libertad de opción incluida en la faceta defensiva del derecho a la salud pero que no agota con ello su finalidad²³². Según los artículos 4 y 5 LAP, los pacientes tienen derecho a ser informados, de modo comprensible y adecuado a sus necesidades, por parte del médico responsable, de la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Este derecho puede limitarse al paciente en el llamado estado de necesidad terapéutica, esto es, «cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave». Por su parte, se reconocen los derechos de acceso a la historia clínica, salvo cuando afecte a la confidencialidad de tercero o al «derecho de los profesionales en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas» (art. 18 LAP), y de obtención de «certificados acreditativos» del propio estado de salud (arts. 20 LAP y 10.2 RDCSC).
- b) Derecho a la información sobre los servicios sanitarios, como instrumento para la mejor solicitud de los contenidos prestacionales del derecho a la salud. En general, todo ciudadano tiene derecho a la información sobre los servicios sanitarios disponibles, sobre su calidad y sobre sus requisitos de acceso (arts. 9 y 10.2 LGS, 7.2 y 26 LCC, 12.1 LAP y 12 RDCSC); en garantía de ello, se obliga a los servicios

231. El diagnóstico queda fuera de este apartado, pues no es una garantía del derecho a la salud sino una prestación que forma parte de su contenido [arts. 12.2.b) y 13.2.e) LCC y apartados 2.1 y 5, respectivamente, de los Anexos II y III del RDCSC].

232. Recientemente, la STC 37/2011 considera vulneración del derecho a la integridad física (art. 15 CE) la falta de información adecuada a un paciente sobre las consecuencias de un determinado tratamiento médico. Igualmente podría haberse hablado aquí de vulneración del derecho a la salud: la concurrencia de derechos queda patente en el FJ 3.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

de salud a disponer de «una guía o cartera de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos» (art. 12.2 LAP), así como a regular «los procedimientos y los sistemas para garantizar» el derecho a la información (art. 12.3 LAP). También se reconoce la llamada información epidemiológica, prevista ya por el artículo 8.1 LGS y definida como el derecho «a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para [la] salud individual» y a que esta información sea difundida (arts. 18.13 LGS y 6 LAP)²³³.

- c) Información recopilada por el SNS, como medio necesario para la mejora de la normativa y de la política sanitaria, lo que indirectamente favorece, al modo de garantía objetiva, al derecho a la salud. Los instrumentos de información, previstos ya en la LGS (arts. 23, 40.13 y 16, 73.1 y 77.3, entre otros), se potencian y desarrollan en la LCC; aunque existen referencias a la información a lo largo de esta última, éstas se concentran sobre todo en el capítulo V, relativo al sistema de información sanitaria, que incluye una amplia relación de obligaciones públicas, dirigidas, entre otras cosas, a responder las necesidades de los ciudadanos (art. 53.1). Recientemente, el artículo 4 b) LGSP añade el derecho «a recibir información sobre los condicionantes de salud».

7.2. PARTICIPACIÓN

En desarrollo del artículo 129.1 CE, el artículo 5.1 LGS señala que «Los Servicios Públicos de Salud se organizarán de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las Corporaciones territoriales correspondientes en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución», precisando el párrafo siguiente que «a los efectos de dicha participación se entenderán comprendidas [entendemos que no con carácter exclusivo] las organizaciones empresariales y sindicales». Advertimos de entrada un claro sesgo corporativista en la opción del legislador (que posterior-

233. El ordenamiento parece reconocer aquí un derecho subjetivo, pese a que no hay afectación concreta y directa a los intereses individuales de ninguna persona concreta. En todo caso, en la práctica, la subjetivación de estas obligaciones de información ha sido reconocida, sin demasiada preocupación por las disposiciones normativas aplicables (como resulta frecuente en materia de responsabilidad patrimonial), por la interesante STS de 25 de junio de 2010 (RJ 2010, 5886), donde se condena a la Administración sanitaria de Castilla-La Mancha al pago de una fuerte suma por los daños sufridos por una niña como consecuencia de la falta de una adecuada campaña de información sobre vacunas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente se diluye en el art. 53.1, que más correctamente habla de «criterios de participación democrática de todos los interesados»), que nos resulta ciertamente extraña, pues no se entiende bien qué papel pueden tener las organizaciones empresariales en la participación en un sector ajeno a sus intereses²³⁴. De hecho, la propia LGS olvida después a estas organizaciones, al regular los órganos concretos de participación.

La regla organizativa precitada es concretada por la propia LGS mediante la creación de los Consejos de Salud, que básicamente pueden ser de dos tipos:

- a) Consejos de Salud de cada Comunidad Autónoma, a cuya creación obliga el artículo 53.2 LGS²³⁵. Se han diseñado a semejanza de los Consejos de Salud de Área, a los que nos referiremos seguidamente, si bien con una composición más plural, abierta a las asociaciones de usuarios, aunque de forma minoritaria²³⁶.
- b) Consejos de Salud de Área de Salud, regulados por el artículo 58 LGS, supletorio de la normativa autonómica. Según la normativa estatal, son de obligatoria constitución por las Comunidades Autónomas (art. 53.2 LGS) y están formados por representantes de las entidades locales (el 50 %), de los profesionales sanitarios titulados pertenecientes a los sindicatos más representativos (al menos, el 25 %) y por la Administración sanitaria del Área de Salud (el resto). Son diseñados como órganos de asesoramiento y, sobre todo, de control (p. ej., son informados del anteproyecto del Plan de Salud y de la Memoria anual del Área y verifican «la adecuación de las actuaciones en el Área de Salud a las normas y directrices de la política sanitaria y económica»).

La LCC, que tiene entre sus objetivos regular la participación en el ámbito sanitario [arts. 1 y 5.i)], además de referirse a la misma en ámbitos concretos, como los recursos humanos (art. 35.3), la investigación [art.

234. A no ser en el ámbito de la salud laboral, regulado en los arts. 21-22.

235. Más ambiguamente, el art. 53.3 LGS señala que «En ámbitos territoriales diferentes [a la Comunidad Autónoma y al Área de Salud], la Comunidad Autónoma deberá garantizar una efectiva participación».

236. P. ej., Andalucía (Decreto 121/1997), Aragón (arts. 33-34 Ley 6/2002), Asturias (arts. 16-18 Ley 1/1992), Islas Baleares (arts. 41-42 Ley 5/2003), Cantabria (DA 8ª Ley 7/2002 y Anexo de la Ley 10/2001), Canarias (arts. 20-21 Ley 11/1994), Castilla-La Mancha (arts. 23-25 Ley 8/2000), Castilla y León (Decreto 13/2002), Cataluña (arts. 18-20 Ley 15/1990), Extremadura (art. 13 Ley 10/2001), Galicia (art. 10 Ley 1/1989), La Rioja (arts. 57-59 Ley 2/2002), Madrid (arts. 42-45 Ley 12/2001), Murcia (art. 25.5 Ley 4/1994), Navarra (arts. 42-43 Ley 10/1990) y País Vasco (art. 11 Ley 8/1997).

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

45.3.b)], el sistema de información sanitaria [art. 53.1.d)] o la salud pública [art. 66.e)], crea un nuevo órgano de participación de ámbito nacional y tres mecanismos más, de carácter potestativo:

- a) El Comité Consultivo del SNS, órgano dependiente del CISNS, presidido por el ministro de Sanidad y formado por seis representantes de la Administración General del Estado, seis de las Comunidades Autónomas, cuatro de la Administración local, ocho de las organizaciones empresariales (nuevamente, desconocemos con qué fin) y ocho de los sindicatos más representativos de ámbito nacional. Tiene como funciones informar, asesorar y formular propuestas sobre materias «de especial interés para el funcionamiento del [SNS]», entre ellas los proyectos normativos que afecten a las prestaciones sanitarias y las disposiciones del CISNS relacionados con los derechos de los pacientes (art. 67.2 LCC).
- b) El Foro Abierto de Salud es un mecanismo que se pone en marcha con carácter temporal por iniciativa del Ministerio de Sanidad [...], cuando este lo juzgue conveniente y con la composición que «en cada momento se determine» (entendemos, que también por decisión del Ministerio), que puede invitar al afecto a «organizaciones, consejos, sociedades o asociaciones», «para el estudio, debate y formulación de propuestas sobre temas específicos que en un determinado momento tengan impacto en el [SNS]» (art. 67.3 LCC).
- c) Un enigmático Foro Virtual, del que el artículo 67.4 LCC únicamente dice que «se mantendrá a través de la red informática».
- d) Las redes de conocimiento, que pueden ser creadas por las Administraciones sanitarias, para generar y transmitir conocimiento científico y favorecer la participación social, «como plataforma de difusión de la información, intercambio de experiencias y como apoyo a la toma de decisiones a todos los niveles del [SNS]» (art. 68.1 LCC). Paralelamente, el artículo 68.2 obliga a crear una infraestructura de comunicaciones, entendemos que como mecanismo de apoyo a las redes de conocimiento que eventualmente se pongan en marcha.

Según nuestras indagaciones (que no fueron fáciles, lo que de por sí resulta muy significativo), buena parte de los órganos de asesoramiento y control previstos, dominados por representantes de la Administración local, sindicatos y organizaciones empresariales, apenas están funcionando en la práctica. En cuanto a los mandatos y habilitaciones de participación, no parecen haber sido desarrollados. A nuestro juicio, los instrumentos de participación deberían servir, entre otras cosas, como instrumento de garantía del derecho a la salud (se

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

gana legitimidad y se reducen los litigios²³⁷), y este cometido, con el actual diseño legal, no resulta fácil²³⁸. La participación queda reducida al asesoramiento y al control (y esto nos parece correcto) pero queda encorsetada en órganos que por su composición mayoritaria no favorecen los intereses de los usuarios (sus intereses o son otros o no son específicos del sector), faltando voluntad política para poner en marcha otros mecanismos legalmente previstos. Sería deseable que se ampliaran las posibilidades de participación institucional de las organizaciones no gubernamentales en general y de las asociaciones de usuarios de la sanidad en particular, yendo más allá de las tímidas previsiones de la normativa autonómica, pero lo cierto es que tampoco parece existir demasiada presión al respecto. Tampoco se han ejercitado apenas los derechos previstos en la legislación administrativa general (los cuales, por cierto, no son muy generosos: *supra*, V, 2) ni se han aprovechado las posibilidades de participación no corporativa abiertas (bien que de forma bastante retórica²³⁹) por algunas las leyes autonómicas. Todo ello nos obliga a reflexionar sobre la utilidad de la llamada democracia sanitaria, quizás innecesaria, habida cuenta de la falta de interés de políticos y ciudadanos en su implementación.

7.3. PLANIFICACIÓN Y EVALUACIÓN

La actualización y efectividad del derecho a la salud exigen una constante actividad de planificación y evaluación administrativa, que sirve de garantía objetiva al derecho a la salud. La LGS prevé la formulación de un plan integrado de salud, compuesto por el plan nacional de salud y los planes homólogos de las Comunidades Autónomas (arts. 70-77). Sin embargo, no ha llegado a aprobarse ninguno a nivel nacional. La LCC, por su parte, prevé la formulación por el CISNS de planes integrales de salud sobre enfermedades concretas (art. 64), habiéndose adoptado, entre otros, planes sobre la cardiopatía isquémica, el cáncer y la obesidad, nutrición y actividad física.

En cuanto a la calidad, el artículo 69 LGS y los artículos 59 a 63 LCC establecen una serie de obligaciones administrativas, repartidas entre diversos órganos, como la Agencia de Calidad del SNS (elaborar y mantener una «infraestructura de la calidad», formada por normas de calidad y seguridad, indicadores, guías de práctica clínica y asistencial y registro de buenas prácticas y de acontecimientos adversos), el CISNS (elaborar periódicamente planes de

237. Más argumentos en DANIELS y SABIN, 1997, pp. 347-348.

238. Otros apuntes en esta dirección en GUTIÉRREZ SASTRE, 2005, pp. 98-100.

239. P. ej., art. 40 de la Ley 12/2001, de la Comunidad de Madrid, y en similares términos, la normativa paralela de Cantabria, Castilla y León y La Rioja. Recientemente, el art. 5.1 LGSP vuelve sobre el tema, sin operatividad de momento, pues remite al desarrollo reglamentario.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

calidad), el Ministerio de Sanidad y sus homólogos autonómicos (elaborar planes de calidad²⁴⁰ y fomentar la evaluación externa y periódica de la calidad y la seguridad de los centros y servicios sanitario mediante auditorías independientes) y el Observatorio del SNS (elaborar estudios comparados de los Servicios autonómicos de Salud y un Informe anual sobre el estado del SNS).

7.4. CONTROL ADMINISTRATIVO

Como garantía preventiva y fundamentalmente objetiva del derecho a la salud, la Administración está obligada a llevar a cabo tareas permanentes de control de las actividades potencialmente peligrosas para la salud y del mismo sector sanitario, utilizando las típicas técnicas de la policía administrativa, como la autorización, prevista con carácter general en el artículo 25.1 LGS, y aludida, en cuanto a sus manifestaciones específicas, en distintos apartados de este capítulo (p. ej., *supra*, 4.3.1 y 4.4.1)²⁴¹, o la inspección de los centros y establecimientos sanitarios, públicos y privados (art. 30.1 LGS). Ambas tareas son concretadas por la legislación autonómica y llevadas a cabo por las Administraciones sanitarias autonómicas.

La Alta Inspección, por su parte, regulada en los artículos 76 a 79 LCC, es ejercida por los órganos estatales competentes en materia de sanidad, para la «garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y de atención sanitaria» del SNS, lo que evidentemente incluye el control del cumplimiento del derecho a la salud²⁴².

En última instancia, la Administración cuenta con la posibilidad de imponer sanciones. Con carácter general, cabe citar al respecto buena parte de los tipos sancionadores propios de la legislación de consumo (sobre todo, título IV LGDCU) y, con carácter específico, el artículo 35 LGS, dirigido sobre todo a los centros sanitarios privados y escasamente utilizado, dada su inconcreción²⁴³. Más específicamente, el Derecho disciplinario castiga diversas conductas de los profesionales sanitarios, siendo la salud el bien jurídico implícitamente protegido por alguno de los tipos correspondientes (art. 72 LEMPE);

240. El último es de 2010; <http://www.mspsi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/pncalidad/PlanCalidad2010.pdf>.

241. Más ampliamente, CIERCO SEIRA, 2006, pp. 188-193.

242. La utilidad de la Alta Inspección para garantizar el derecho a la salud, anunciada ya en la STC 32/1983, apenas ha sido explorada. Apuntan levemente en esta dirección TORNOS MÁS, 2002, p. 10, y SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, 2006, p. 39. Bien es cierto que con la configuración actual de la Alta Inspección las posibilidades reactivas no son muchas; *vid.*, al respecto, REBOLLO PUIG, 2004, pp. 159-166.

243. El art. 35 se encuentra tan plagado de tipos sancionadores en blanco que raya la inconstitucionalidad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

paralelamente, los colegios profesionales pueden imponer sanciones en caso de incumplimiento de los deberes propios de la deontología sanitaria (art. 63 RD 1018/1980). Parte de la jurisprudencia recaída sobre sanciones en materia sanitaria utiliza el artículo 43.1 CE como criterio interpretativo, normalmente para confirmar la legalidad de la sanción impuesta por la Administración.

En este apartado cabe incluir el tema del reintegro del gasto sanitario que quedó pendiente de abordar (*supra*, 4.3.1). Recordemos que el reintegro puede ser exigido cuando, ante la falta de disponibilidad del SNS, el paciente acude a la sanidad privada (arts. 17 LGS y 9 LCC) pero no cuando el paciente es atendido por el SNS pero recibe en él una prestación insuficiente, algo que sí resultaba posible con la normativa anterior, lo que planteaba la duda de si existe una regresión. Como sabemos, la regresión podría ser constitucional si se demostrara que existen formas de compensarla (*supra*, IV, 6.4). Pues bien, en la práctica, por vía de responsabilidad patrimonial (que cabe exigir a la propia Administración, sin necesidad de acudir a los tribunales), el reintegro puede obtenerse también en estos casos²⁴⁴. La diferencia con la situación anterior es únicamente una diferencia de procedimiento administrativo. Por ello, consideramos que no hay regresión como tal. En definitiva, es la Administración la que se controla a sí misma, indemnizando a los pacientes que sufrieron vulneración del componente de cobertura del derecho a la salud.

7.5. PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE RECLAMACIÓN

Con el fin de evitar el recurso a la vía judicial, el artículo 10.12 LGS reconoce el derecho de toda persona a «utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan». Por su parte, el artículo 12.2 LAP establece que se «facilitará a todos los usuarios información sobre [...] sugerencias y reclamaciones». No existe normativa estatal de desarrollo de estas previsiones.

Los procedimientos extrajudiciales de reclamación han sido desarrollados por la normativa autonómica, en la cual encontremos tres modelos de regulación:

a) Presentación de reclamaciones ante cada centro sanitario: Castilla y León (art. 26 Ley 8/2003), Navarra (Decreto 204/1994) y País Vasco (De-

244. Últimamente, entre las sentencias estimatorias que condenan a la Administración al reintegro en este tipo de casos, p. ej., STSJ de Asturias de 12 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 287227), STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2007 (RJCA 2007, 368681) o STSJ de Madrid de 8 de abril de 2008 (RJCA 2008, 345).

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

creto 175/1989). La normativa navarra es la más garantista, al incluir la obligación de respuesta al ciudadano en un plazo no superior a 20 días.

b) Presentación de reclamaciones ante una Oficina directamente dependiente de la Consejería competente en materia de sanidad: Cantabria (art. 56 Ley 7/2002) y Canarias (art. 12.6 Ley 11/1994), esta última con una regulación muy detallada del contenido de la contestación al ciudadano (art. 16.1 del Decreto 94/1999).

c) Creación de un Defensor del Paciente o Usuario de los servicios sanitarios públicos de la Comunidad Autónoma, para la defensa del derecho a la salud frente a la Administración sanitaria autonómica. Las Comunidades Autónomas que lo prevén han dictado normativas relativamente dispares, como se refleja en el siguiente cuadro comparativo:

	Elección y duración	Independencia y cese	Potestades	Garantía subjetiva	Garantía objetiva
ASTURIAS (Ley 1/1992)	Por el Consejero de Sanidad, según terna del Consejo de Salud, por cuatro años.	Se proclama su «plena autonomía e independencia» pero no se impide su cese.	Se reconoce potestad inspectora en sentido débil.	Sólo se prevé la propuesta de instrucción reservada o expediente sancionador.	Memoria anual, sin indicarse expresamente que puede contener sugerencias.
BALEARES (Ley 5/2003)	Por el Gobierno de Baleares, oído el Consejo de Salud, por cinco años.	Se proclama su «autonomía funcional» pero no se impide su cese.	No se reconoce expresamente potestad inspectora.	Sólo se prevé la propuesta al Consejo de Salud de exigencia de responsabilidad administrativa.	Puede formular sugerencias y debe dar cuentas anualmente.
CASTILLA-LA MANCHA (Ley 8/2000)	Por las Cortes Regionales, por seis años.	Se proclama su «plena autonomía e independencia» y se prohíbe su cese discrecional.	Se reconoce potestad inspectora en sentido fuerte.	No hay previsiones.	Memoria anual, sin indicarse expresamente que puede contener sugerencias.
EXTREMADURA (Ley 10/2001)	Por el Gobierno de Extremadura, a propuesta del Consejo Regional de Consumidores y Usuarios, por cinco años.	Se proclama su «plena autonomía e independencia» pero no se impide su cese.	No se reconoce expresamente potestad inspectora.	Sólo se prevé la propuesta al órgano competente de exigencia de responsabilidad administrativa.	Dación anual de cuentas, sin indicarse expresamente que puede presentar sugerencias.
LA RIOJA (Ley 2/2002)	Por el Gobierno de La	Se proclama su «plena au-	Se reconoce potestad san-	La Administra-	Memoria anual, que

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

	Elección y duración	Independencia y cese	Potestades	Garantía subjetiva	Garantía objetiva
	Rioja, a propuesta del Consejero de Salud, sin plazo.	tonomía e independencia» pero no se impide su cese.	cionadora en sentido fuerte.	gada a tener en cuenta los «informes y recomendaciones» del Defensor.	puede incluir sugerencias.
MADRID (Ley 12/2001)	Por el Presidente de la Comunidad; a propuesta del Consejero de Sanidad, sin plazo.	Se califica de órgano independiente en el seno de la Consejería de Sanidad pero no se impide su cese.	Se reconoce potestad sancionadora en sentido débil.	La Administración está obligada a tener en cuenta los «comentarios, informes y recomendaciones» del Defensor.	Memoria anual, que puede incluir sugerencias.

Centrándonos en el aspecto que más nos interesa, la garantía subjetiva del derecho a la salud, observamos notables limitaciones en la configuración del órgano en Castilla-La Mancha (donde la ley guarda silencio al respecto) y en Asturias, Baleares y Extremadura, pues en estas tres últimas Comunidades el resultado del juicio negativo de la actuación administrativa se circunscribe a proponer la apertura de un posible expediente sancionador, que sólo abarca una pequeña parte de las posibles vulneraciones del derecho, no resultando previsible que llegue a buen término. Por el contrario, las leyes de La Rioja y Madrid resultan más acertadas, configurando un órgano con mayores posibilidades de actuación, claramente inspiradas en la figura del Defensor del Pueblo.

En todo caso, las acentuadas disparidades en la regulación autonómica de las vías extrajudiciales de reclamación no han de llevar, necesariamente, a diferencias sustanciales de protección, pues todo dependerá de la voluntad política de atender las reclamaciones, siendo para ello indiferente si son tramitadas por un centro hospitalario o por una institución *ad hoc*.

En otro orden de cosas, puede reclamarse contra los incumplimientos administrativos del derecho a la salud ante el Defensor del Pueblo o sus homólogos autonómicos²⁴⁵. Como hemos comprobado, a título de ejemplo, mediante referencias anteriores a algunas actuaciones del Defensor del Pue-

245. Está por ver cómo se coordina su actuación con la propia de los Defensores del paciente en las seis Comunidades Autónomas recién citadas (cuestión aludida sólo en Asturias, donde se obliga al Defensor de los Usuarios a prestar colaboración y apoyo al Defensor del Pueblo), problema que se complica en las que cuentan con Defensor autonómico (Asturias y La Rioja).

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

blo de España, estos órganos han desempeñado una eficaz tarea en la garantía, subjetiva y objetiva, del derecho a la salud²⁴⁶.

7.6. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

La garantía más intensa de protección de los derechos fundamentales, la vía judicial, también resulta aplicable, como es obvio, al derecho a la salud (si no, no podría hablarse de derecho como tal: *supra*, 4.1 y III, 1.2), si bien con limitaciones importantes (más fácticas que jurídicas), a las que seguidamente haremos mención.

El reparto de competencias se realiza todavía entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa, desde una discutible interpretación del concepto de «Seguridad Social» de los artículos 9.5 LOPJ y 2.b) LPL [ahora, art. 2 o) LJS]. Sin embargo, la tendencia lógica es la progresiva concentración del control judicial de la Administración sanitaria en la justicia contencioso-administrativa, y a esta última dedicaremos las líneas que siguen (sin perjuicio de su aplicación, *mutatis mutandis*, a la justicia social).

Con carácter previo, se plantea el problema del acceso a la jurisdicción, debiendo remitirnos al efecto al artículo 19.1 LJCA, que concede legitimación a «las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo», así como a «las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos [...] que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos». En nuestro ordenamiento no están previstas las acciones colectivas en materia de salud, lo que exige una interpretación generosa del precepto citado (algo impuesto, por otra parte, por el art. 43.1 CE), a fin de posibilitar la apertura del proceso a solicitud de personas no individuales²⁴⁷: si los problemas son generales (piénsese sobre todo en el incumplimiento del elemento de disponibilidad del derecho), las soluciones también deberán serlo.

Una vez abierto el proceso, lo que va a discutirse es si hubo o no una

246. Para una síntesis de las actuaciones del Defensor del Pueblo de España remitimos a la aportación de Fernando BENITO en Fio, 2006, pp. 465-474. Existen Informes monográficos de la Institución sobre salud mental (1991), personas con discapacidad (1996), atención socio-sanitaria (2000), listas de espera (2003) y daño cerebral sobrevenido (2006).

247. Ello no implica, obviamente, que deba concederse legitimación activa a cualquier ciudadano, como con acierto se razona en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de octubre de 2001 (JUR 2002, 75871). En contraste, sobre un ámbito próximo al derecho a la salud, *vid.* las también correctas SSTs de 16 y 23 de enero de 1998 (respectivamente [RJ 1998, 566 y 1261]), que admiten la legitimación de diversas asociaciones para recurrir el reglamento de acreditación de centros sanitarios para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

intervención sobre el derecho a la salud²⁴⁸ y, en caso afirmativo, si la intervención fue o no legítima; en este último caso, hubo vulneración del derecho, lo que debería dar lugar a una sentencia estimatoria, con el contenido que después veremos.

Podemos clasificar los diversos tipos de pretensiones (y, correlativamente, de futuras sentencias) siguiendo nuestra misma exposición del contenido y titularidad del derecho a la salud²⁴⁹. Así, nos encontramos con:

- a) Ante las intervenciones sobre la faceta reaccional del derecho a la salud ha de instarse a la Administración a que cese en la producción del daño o, lo que será más frecuente, a que evite o ponga fin a los daños producidos por particulares o que imponga sanciones por los mismos. El derecho a la salud ha sido invocado con frecuencia frente al otorgamiento irregular de autorizaciones de empresas o actividades o frente a la inactividad administrativa, especialmente en materias relacionadas con la contaminación, en su más amplio sentido. A nuestro juicio, el artículo 43.1 CE puede permitir a los ciudadanos exigir a la Administración que ponga en marcha los mecanismos de control administrativo que ya han sido descritos (*supra*, 7.4). Para ello deberá demostrarse que la actividad administrativa que se exige es necesaria para la preservación del bien jurídico protegido por el derecho fundamental.
- b) Ante los tratamientos sanitarios obligatorios hay dos supuestos de intervención judicial:
 - El artículo 8.5 LJCA otorga a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo «la autorización o ratificación [...] de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental». Como sabemos, todo tratamiento sanitario obligatorio implica restricción, concurrentemente, de los derechos

248. Como sabemos (*supra*, V, 3.1), si se mantiene la lógica tradicional de la justicia revisora y liberal (en ambos casos, control de acciones), ya en decadencia, raramente van a calificarse de intervenciones las omisiones o los riesgos de intervención.

249. Nos centramos seguidamente en los casos de alegación directa del derecho a la salud. No se olvide que este derecho puede también protegerse en sede judicial de forma indirecta en muchos otros casos, ya aludidos en este capítulo (p. ej., la salud como límite de derechos de defensa o la vulneración de la igualdad, la tutela judicial, o de las garantías de información o participación). Dejando de lado la responsabilidad patrimonial, la jurisprudencia española es escasa, en contraste, p. ej., con la italiana; sobre ésta, resulta útil acudir a la síntesis de ANDREIS, 1998, pp. 193 y ss., de gran interés para nosotros.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

fundamentales a la integridad física y a la salud, la STC 37/2011 lo confirma (*supra*, 4.2). El precepto da a entender que cabe la imposición administrativa del tratamiento (normalmente, por razones de urgencia), pero en ese caso parece existir una obligación de que sean ratificadas posteriormente. Si no es así (si no se someten a ratificación o si el Juzgado las anula), hay que utilizar bastante imaginación procesal para determinar las consecuencias.

- El artículo 9.2.a) LAP permite «a los facultativos [...] llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de persona». Aquí el control judicial es más laxo (parece que el legislador confía más en los facultativos que en las autoridades sanitarias), pues sólo se prevé una comunicación al juez, siempre posterior y en los casos de internamiento.

Ahora bien, en ambos casos, aunque la ley no lo diga, entendemos que el afectado puede recurrir en cualquier momento al juez a fin de lograr, bien la interrupción del tratamiento (en caso de que este fuera continuado), bien una indemnización (en caso de que hubiera concluido).

- c) Los incumplimientos del derecho de prestación (como sabemos, la faceta más característica del derecho a la salud) pueden adoptar formas diversas, que van desde la omisión absoluta hasta la producción de un acto administrativo formalizado, pasando por la actuación material de la Administración (*supra*, IV, 6.2 y 6.3), que será el supuesto más frecuente. A nuestro entender, todas estas intervenciones tienen cabida en el proceso contencioso-administrativo, si bien el objeto del recurso será en cada caso, obviamente, diferente (*supra*, V, 3.3).

En síntesis, podemos reclamar (y obtener) de la justicia contencioso-administrativa tres grandes tipos de resultados, entre otros posibles²⁵⁰: la obligación de la Administración de crear, aumentar o mejorar los servicios sanitarios disponibles, la obligación del personal

250. No creemos adecuado al objeto del derecho el único mandato judicial al que alude BORRAJO DACRUZ (1996, p. 183), «el pago de las sumas necesarias para los cuidados, para la prevención, para la readaptación», sólo procedente a nuestro juicio, en los supuestos legales de reintegro.

sanitario de otorgar una determinada prestación y la indemnización en caso de daños (inclusive los morales) derivados del funcionamiento de la Administración sanitaria. Este último tipo de supuestos es el que acapara la práctica totalidad de las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud, aunque este derecho apenas sea citado expresamente en la jurisprudencia. Como después reiteraremos, ambas circunstancias son reveladoras de un déficit grave en nuestro sistema de garantía judicial del derecho a la salud, que no es exclusivo de esta figura: a los tribunales no llegan los problemas importantes, y cuando llegan, la jurisdicción evita guiar su razonamiento en una perspectiva de derechos fundamentales.

No podemos siquiera sintetizar la amplia y casuística jurisprudencia sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, remitiéndonos *in totum* a un trabajo nuestro anterior²⁵¹. Como aspecto positivo a resaltar, baste con apuntar aquí que de esa copiosa jurisprudencia se deriva, como efecto reflejo (si hay obligación de indemnizar es porque previamente alguien incumplió un deber jurídico), una configuración bastante generosa del contenido del derecho a la salud exigible a la Administración en general y al personal sanitario en particular, que a veces va más allá de las previsiones legales (*supra*, IV, 6.5)²⁵².

- d) Por último, la denegación del derecho a la salud a un titular del mismo (circunstancia normalmente reconducible a la desigualdad de trato) puede ser también denunciada ante la justicia contencioso-administrativa, pudiendo solicitarse ante ésta, según los casos, la anulación del acto discriminatorio o la puesta en práctica de una actuación dirigida a paliar la desigualdad acaecida.

En los cuatro supuestos, de llegarse a la conclusión de que se vulneró el derecho a la salud, la sentencia estimatoria debe contener el fallo previsto en el artículo 71 LJCA, que otorga gran flexibilidad a los jueces y tribunales (*supra*, V, 3.6)²⁵³, los cuales pueden imponer a la Administración la emisión

251. ESCOBAR ROCA, 2007, y la doctrina y jurisprudencia allí citadas.

252. Especialmente significativa resulta al respecto la STS de 7 de junio de 2011 (RJ 2011, 5090), que aprecia responsabilidad patrimonial por falta de asistencia, pese a que la misma no se encontraba prevista en la cartera de servicios: un buen ejemplo de aplicación directa del art. 43.1 CE.

253. Lamentablemente, nuestros jueces no suelen ser demasiado imaginativos al respecto, cuando la tutela del derecho a la salud bien requeriría soluciones que se apartaran de los fallos tradicionales, excesivamente marcados todavía, a nuestro juicio, por la impronta revisora, más propia de la óptica liberal.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

o anulación de un acto (p. ej., un reintegro de gastos sanitarios) o la práctica (p. ej., la dotación de determinados medios en un hospital o la prestación de un concreto tratamiento sanitario), modificación o cese de una actuación (p. ej., la autorización otorgada a una empresa que provoca daños a la salud), incluso fijando plazos para el cumplimiento del fallo (con las consecuencias del art. 112 LJCA), cuestión esta última especialmente importante en materia de salud. En cuanto a la prohibición, dirigida a los tribunales, de «determinar el contenido discrecional de los actos anulados», creemos que debe ser interpretada muy matizadamente, pues habrá casos en los que apenas quede margen para la discrecionalidad administrativa²⁵⁴, bastante limitada en esta materia²⁵⁵.

Con carácter general, además del acceso a la jurisdicción, ya aludido, los principales problemas que plantea la garantía del derecho a la salud en el proceso contencioso-administrativo (similares a los planteados en general por los derechos sociales: *supra*, V, 3.1) son los siguientes:

- a) La necesidad de resoluciones judiciales rápidas, dada la peculiar naturaleza del bien jurídico afectado: en la mayoría de los casos, una tutela tardía de la salud resultará una tutela inútil. A estos efectos, la tardanza en dictar sentencia por los órganos de la justicia contencioso-administrativa, se revela claramente inconstitucional; no se trata, evidentemente, de un problema del derecho a la salud, sino de un mal endémico de nuestra justicia contencioso-administrativa, que no corresponde abordar aquí. Por otra parte, el derecho a solicitar «en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (art. 129.1 LJCA) tiene, como sabemos, algunas dificultades (*supra*, V, 3.4) y la práctica habitual de nuestros tribunales es reacia a la imposición de medidas cau-

254. *Vid.*, al respecto, las lúcidas reflexiones de ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, pp. 138-160, en torno a seis ejemplos de fallos judiciales estimatorios de demandas de protección del derecho a la salud. En todos los casos analizados el margen otorgado a la discrecionalidad administrativa fue mínimo.

255. Si habitualmente se destaca la limitada discrecionalidad del legislador en esta materia (p. ej., KIRCHHOFF, 1998, p. 203, con apoyo en su ya citada fundamentación del derecho a la salud en la dignidad humana), cuanto más para la Administración. Por su parte, DE LORA (2009, pp. 208-209) se muestra favorable a la discrecionalidad administrativa, leyendo la jurisprudencia comparada en un sentido diferente al realizado por ABRAMOVICH y COURTIS. Al final, las soluciones dependen de cada caso y no puede establecerse una doctrina del todo o nada sino a lo sumo constatar una tendencia; en este sentido, insistimos en que nos parece más correcta la descripción de los autores argentinos. En este difícil equilibrio entre lo indisponible y lo disponible resulta esencial acudir a la jurisprudencia italiana; al respecto, resulta muy útil la lectura de PEZZINI, 1998, pp. 1 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

telares en general y, sobre todo, de medidas cautelares de contenido positivo.

- b) Frecuentemente, la dificultad de demostrar en cada caso que una determinada acción (y lo que será más frecuente, omisión) de la Administración daña o no protege suficientemente la salud. En muchas ocasiones, esta demostración depende de informes técnicos, no siempre fáciles de obtener y desde luego no gratuitos²⁵⁶, lo que potencia la desigualdad material de las partes, ya de por sí frecuente en la defensa en juicio de los derechos sociales. Como estrategia procesal y hasta tanto no se amplíe el ámbito legal de la justicia gratuita, se propone, por un lado, aprovechar los datos obrantes en las propias Administraciones públicas, y, por otro, recabar el apoyo técnico de asociaciones sin afán de lucro.
- c) La necesidad de un seguimiento de la ejecución de las sentencias que estimen la vulneración de la faceta prestacional del derecho a la salud. Tal y como también sucede en relación con otros derechos sociales, pese a la vía abierta por el artículo 108.1 LJCA, en España apenas hay práctica judicial de vigilancia, en diálogo con la Administración, de la ejecución de este tipo de sentencias. Proponemos una estrategia procesal de subversión de estas inercias, intentando transformar las habilitaciones del precitado artículo 108.1 en obligaciones del juez. Los problemas más graves se van a plantear en relación con las obligaciones personalísimas (esto es, aquellas que sólo pueden ser cumplidas por la Administración condenada), que son sobre todo las que incumben al elemento de disponibilidad del derecho, desde una perspectiva general; incluso en estos casos, siempre quedará, como posibilidad extrema, la deducción de testimonio para la exigencia de la responsabilidad dimanante del artículo 410 CP. Téngase en cuenta que la mayor parte de las obligaciones que encontraremos en los fallos estimatorios van a ser no personalísimas, por lo que resulta posible que el juez imponga la ejecución subsidiaria (p. ej., el tratamiento sanitario en un centro privado) con cargo a la Administración condenada.

Los tres problemas referidos, y sobre todo, la lentitud, carestía y formalismo del proceso contencioso-administrativo, motivan la escasa tradición de

256. Si el litigante goza de asistencia jurídica gratuita puede extender este beneficio a los informes periciales de parte, pero sólo «excepcionalmente» y si el juez «lo estima pertinente» (art. 6.6 LAJ). Sobre las dificultades probatorias en los procesos relativos al derecho a la salud, en un caso significativo, *vid.* PIGA RIVERO, ALFONSO GALÁN y HOLGADO, 2011.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

protección judicial del derecho a la salud en España: como hemos venido comprobando, la práctica totalidad de las sentencias sobre su aplicación directa se refieren a dos cuestiones muy concretas, ambas de escaso contenido garantista, el reintegro de gastos ocasionados en la sanidad privada (que afecta a la gratuidad, no a la asistencia en sí misma) y la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria (que llega tarde, cuando ya se ha producido el daño). Hasta tanto la situación actual se subvierta (lo que no parece fácil, pues deriva de problemas estructurales), no nos queda sino recomendar la potenciación de las vías extrajudiciales de reclamación aludidas en el apartado precedente.

7.7. PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL DE LA SALUD

Cuando una persona provoca daños a la salud de otra entra en juego el sistema ordinario de responsabilidad civil, que puede ser extracontractual (art. 1902 CC) o contractual (p. ej., cuando son los profesionales sanitarios privados los causantes del daño) y, dentro de ésta, como norma general, de incumplimiento de obligaciones de medios (contrato de servicios) o, excepcionalmente, de obligaciones de resultado (contrato de obra). La doctrina y jurisprudencia sobre la responsabilidad civil sanitaria es amplísima²⁵⁷, no pudiendo entrar aquí siquiera en una síntesis de la misma, por exceder esta temática de lo propiamente constitucional.

En cuanto a las garantías penales, el Código Penal protege, directa o indirectamente, el bien jurídico de la salud, mediante los grupos delictivos siguientes:

- a) Los delitos de lesiones (arts. 147-156) protegen frente al menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental de toda persona, sirviendo por tanto de garantía del derecho a la salud como derecho reaccional. El tipo básico, que lleva aparejada la pena de prisión de seis meses a tres años, castiga la producción de lesiones que requieran «objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico».
- b) El delito de omisión del deber de socorro castiga con multa de tres a doce meses a quien «no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo si riesgo propio ni de terceros» (art. 195). Por su parte, según el artículo 196, el «profesional que, estando obligado a ello, denegase asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de

257. Entre la amplia bibliografía, p. ej., DOMÍNGUEZ LUELMO, 2003, o JIMÉNEZ LÓPEZ, 2011.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años». El delito del artículo 196 CP, que protege a todos los titulares del derecho²⁵⁸, pone en manos de éstos un arma fundamental para su defensa en los casos de incumplimiento por los profesionales sanitarios de sus obligaciones de cumplimiento del derecho a la salud.

- c) Los delitos contra la salud pública, que garantizan objetivamente la salud individual, castigan con diversos grados de prisión y otras penas accesorias la elaboración, venta y suministro de todo tipo de sustancias nocivas para la salud: a un tipo básico (arts. 359-360) se suman tipos especiales sobre medicamentos (arts. 361-362), productos alimentarios (arts. 363-367) y drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368-378).

7.8. GARANTÍAS INTERNACIONALES

En el ámbito internacional, la protección del derecho a la salud se concentra en la garantía objetiva del derecho, mediante dos técnicas fundamentales, no desconocidas en el ámbito interno:

- a) El diseño y ejecución de una amplia política de salud pública, por parte sobre todo de la Organización Mundial de la Salud y de la Unión Europea²⁵⁹. Las técnicas utilizadas son muy variadas y cuentan con grados también muy distintos de vinculación jurídica, pudiendo llegar incluso a normas que prevalecen sobre el Derecho interno y a órdenes coercitivas que se imponen a los poderes públicos españoles. Estas políticas favorecen ampliamente el derecho a la salud, por cuanto contribuyen de manera decisiva a evitar la aparición y propagación de muchas enfermedades.
- b) La obligación del Estado español de presentar informes sobre la situación (y evolución, con respecto a la situación anterior) del derecho a la salud ante organismos internacionales, como el Comité DESC o el Comité Europeo de Derechos Sociales, entre otros. La

258. La obligación a la que se refiere el precepto es el correlato del derecho a la salud, no de su gratuidad. Sobre la responsabilidad penal por denegación de asistencia a extranjeros, *vid.* GARCÍA SANZ, 2002.

259. Para una panorámica general, *vid.* la contribución de Ana SALADO en FIO, 2006, pp. 30-50 y 123-139, así como CIERCO SEIRA, 2006, pp. 90-117 y las obras de Derecho internacional citadas *supra*, 1.3.

Capítulo IX. El derecho a la protección de la salud

respuesta de estos organismos a los datos enviados por España sobre el derecho a la salud es muy escueta²⁶⁰. Por ello, la utilidad de esta técnica de protección resulta relativa.

Por otra parte, de manera casi anecdótica, se abre a los ciudadanos la posibilidad de acudir a organismos internacionales en defensa de su derecho subjetivo a la salud, una vez agotadas las vías previstas en el Derecho interno:

- a) En el ámbito de Naciones Unidas, pueden presentarse quejas individuales ante los Comités correspondientes por vulneración de los artículos 5.e) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 11.1.f), 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o 22.2 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Igualmente, pueden presentarse quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos, si bien no alegando directamente el derecho a la salud (que, como tal, no está reconocido en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁶¹), sino otros derechos relacionados con él²⁶².
- b) En el ámbito del Consejo de Europa, pueden presentarse demandas ante el TEDH, alegando derechos conexos al derecho a la salud²⁶³ pero no quejas colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, pues España no ha aceptado este procedimiento, que sin duda resultaría muy útil para la garantía del derecho a la salud²⁶⁴.
- c) En el ámbito de la Unión Europea, los ciudadanos tienen muy limitado, como es sobradamente conocido, el acceso a los recursos. En algunos casos sus pretensiones de tutela del derecho a la salud se

260. Los últimos informes sobre España (por cierto, sólo en inglés y nada fáciles de localizar en la *web*) son los siguientes: del Comité DESC, de 7 de junio de 2004, donde se hace una crítica genérica (y por ello poco útil) a la protección de la salud de inmigrantes indocumentados y gitanos, y del Comité Europeo de Derechos Sociales, de enero de 2010, donde no se concluye nada claro, posponiéndose la opinión del Comité al envío de más información por el Estado español. Nos referimos, obviamente, sólo a las conclusiones de ambos Comités en materia de derecho a la salud.

261. Así, Comunicación sobre el caso *Eugene Linder contra Finlandia*, de 23 de noviembre de 2005.

262. P. ej., Comunicaciones sobre los casos *Toonen contra Austria*, de 4 de abril de 1994; *Marcel Mulezzi contra República Democrática del Congo*, de 23 de julio de 2004; o *Bozena Fijalkowska contra Polonia*, de 4 de agosto de 2005.

263. *Supra*, 1.3.1.

264. Paradójicamente, España ha firmado y ratificado (sólo lo han hecho tres Estados a fecha de septiembre de 2011) el Protocolo al PIDESC, que prevé un sistema de quejas bastante más exigente.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

han visto satisfechas gracias al planteamiento por los tribunales nacionales de una cuestión prejudicial ante el TJUE (*supra*, 5.1.3); sin embargo, las limitaciones de esta vía para la tutela del derecho subjetivo son evidentes, sobre todo si tenemos en cuenta que en España la negativa de un juez a plantear una cuestión prejudicial no implica vulneración del artículo 24.1 CE²⁶⁵.

265. STC 201/1996.

Capítulo X

El derecho a la cultura^{*}

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a la cultura aparece en España como derecho fundamental en 1978. Sin embargo, existen algunas referencias indirectas al mismo en nuestro constitucionalismo histórico. Ninguna Constitución del siglo XIX incluyó en su texto el término cultura, pero este aparece, junto a al concepto de civilización (desde una concepción más bien universalista, *infra*, 2.1.1), en el Discurso de Argüelles de 1812, así como en la Exposición de Motivos del Consejo de Ministros anexa al Estatuto Real, para la convocatoria de las Cortes Generales del Reino de 1834¹.

Para hallar una primera referencia importante hay que esperar a la Constitución de 1931, que tituló el capítulo II del Título III como «Familia, economía y cultura», en el cual encontramos tres preceptos de interés². En

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA y Paolo RONCHI, salvo los apartados 2.1 a 2.2.2, redactados por Javier TAJADURA TEJADA.

1. En el Discurso preliminar leído en las Cortes Generales el 24 de diciembre de 1811, la voz cultura aparece de manera accidental: «el inmenso número de originarios de África establecidos en los países de ultramar, sus diferentes condiciones, el estado de civilización y cultura en que la mayor parte de ellos se halla en el día, han exigido mucho cuidado y diligencia para no agravar su actual situación». En cambio, 23 años después, la referencia parece más interesante a los efectos de este capítulo, porque conecta el desarrollo de la civilización y la cultura con la mejora de la condición del pueblo: «mas así que por un concurso afortunado de diferentes causas, empezó a desarrollarse la civilización y la cultura, mejorándose insensiblemente la condición del pueblo, fueron creciendo en importancia las clases medias de la sociedad, y después de adquirir libertades y franquicias municipales, aspiraron a su vez a tener también voto en las asambleas generales de la nación».
2. Para un análisis más detenido, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 347 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

primer lugar, el artículo 45 estableció un mandato algo reiterativo pero bastante preciso de protección (literalmente, «salvaguardia») del patrimonio cultural (en concreto, de «toda la riqueza artística e histórica del país», calificada como «tesoro cultural de la Nación»), pues incluía, además de una cláusula genérica, dos habilitaciones (prohibición de exportación y enajenación y expropiación legal) y una norma de organización (registro del patrimonio cultural). En segundo lugar, el artículo 48, en una línea más próxima al derecho a la cultura, señalaba que «El servicio a la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada». Por último, según el último párrafo del artículo 50, «El Estado atenderá a la expansión cultural de España estableciendo delegaciones y centros de estudio y enseñanza en el extranjero, y preferentemente en los países hispanoamericanos». Como se advierte, el constituyente republicano dio relevancia a la protección de la cultura, en un sentido predominantemente objetivo, sin reconocimiento expreso de derechos subjetivos. Cuando apunta algo en esta dirección (art. 48), lo confunde con la educación.

Las llamadas leyes fundamentales del régimen de Franco prestaron escasa atención a la cultura: únicamente cabe citar el Fuero del Trabajo de 1938, cuyo principio II.6 establecía el deber del Estado de crear «las instituciones necesarias para que en las horas libres y en los recreos de los trabajadores, tengan éstos acceso al disfrute de todos los bienes de la cultura»³. También en el sector laboral, el Fuero atribuía en el principio XIII.6 a los sindicatos (*rectius*: al único sindicato) el poder de crear y mantener «organismos de investigación, formación moral, cultural y profesional». Con independencia de la parquedad y naturaleza no constitucional de tales previsiones, es evidente que en el régimen de Franco no puede hablarse propiamente de derecho a la cultura: como veremos, este exige libertad de acceso a una pluralidad de bienes culturales y el régimen se opuso por sistema a la posibilidad misma de pluralidad. La unicidad de pensamiento y la unidad de España («una, grande y libre») no podían ser terreno fértil para el pluralismo y las diferentes formas de expresión cultural; lo único que se promocionaba, y que podía promocionarse, en toda la legislación estatal, era la «españolidad», la cultura española oficial, la única que podía y tenía que existir, la cultura, mediante la cual debían crearse los arquetipos de «buen español» y «buena española»⁴.

3. La Ley de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 incluyó entre las necesidades de los trabajadores su participación en los beneficios de la cultura (Justificación y directrices, III, 4).

4. En este último sentido, destaca el Decreto 1863/1966, de creación de la Delegación Nacional de Cultura y Formación.

La política cultural del régimen fue «abiertamente centralista y dirigista, lo que, con el tiempo, se hizo compatible con cierto aperturismo y tolerancia, a veces inconscientes o involuntarios»⁵. Entre las normas más destacadas⁶, cabe referir, en el marco de la lectura, la Ley de Protección al Libro Español de 18 de diciembre de 1946, que subraya la importancia de la «españolidad», la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, donde se establecen varias previsiones relacionadas con el libro y las empresas editoras, y, en las postrimerías del régimen, la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro, mucho más abierta respecto a la precedente de 1946 y en la cual se establecía el régimen del precio fijo de los libros. Finalmente, en materia de patrimonio histórico cabe citar la Ley de 1972, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, dos Decretos de los años 1940 y 1941, sobre el catálogo monumental, y otro Decreto de 1958, modificado en 1963, sobre monumentos.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

El actual artículo 44 CE no fue objeto de mucha atención por parte de las Cortes Constituyentes. En el Anteproyecto Constitucional ya encontramos una redacción similar a la actual, aunque no explicitaba el acceso a la cultura como derecho: «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso de todos a la cultura. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia, la investigación y la técnica en beneficio del interés general» (art. 37). En el Congreso, entre las varias enmiendas que se presentaron, la del Grupo Parlamentario Vasco (nº 613) fue la más significativa a efectos de este capítulo porque propuso la reformulación del acceso a la cultura en forma expresa de derecho: ésta, según el Grupo Parlamentario Vasco, resulta ser su forma más correcta, rechazándose entonces la «paternalista» que aparecía en el texto del Anteproyecto⁷. Esta enmienda fue aceptada por la Ponencia Constitucional⁸ y, tras una modificación de la numeración, el resultado fue el siguiente «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso de todos a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia, la investigación y la técnica en beneficio del interés general» (art. 40).

En la Cámara Alta se modificó, además de la numeración, la expresión

5. VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 73.

6. Para una relación más detallada, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 73 y ss.

7. SAINZ MORENO, 1980, pp. 370 y ss.

8. BOCG de 17 de abril de 1978, nº 82, p. 1546.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

literal del artículo, pero no su contenido más profundo. El Pleno⁹ aprobó el nuevo artículo 44, donde se afirmaba que «1. Se reconoce el derecho de la persona a la cultura y compete a los poderes públicos el promoverlo y facilitarlo. 2. Los poderes públicos promoverán la ciencia, la investigación y la técnica en beneficio del interés general» (art. 44).

Finalmente, la Comisión Mixta Congreso-Senado¹⁰ acordó la redacción definitiva, redacción que coincide en el contenido con la aprobada por el Pleno del Congreso.

Del debate constituyente puede deducirse, de cara a la interpretación auténtica del artículo 44, que la cultura fue concebida como un auténtico derecho fundamental, cuya titularidad es universal¹¹.

1.2.2. La Constitución cultural española

Las referencias a la cultura en la CE son numerosas, lo que prueba la «amplitud y generosidad propia de este término»¹². Previamente al análisis del tema que nos interesa, el derecho a la cultura, conviene sistematizar tales referencias como sigue:

- a) El artículo 44.1 reconoce expresamente la «cultura» (no sólo el acceso a la misma) como derecho, entendemos que como derecho fundamental, exigible por «todos» ante los poderes públicos, sin que se pueda oponer a ello lo establecido en el artículo 53.3 CE (*supra*, III, 1.2). Desde la interpretación literal, pesan sobre los poderes públicos en concreto dos tipos de obligaciones: expresamente, la promoción y tutela del «acceso» a la cultura e, implícitamente, el respeto, cumplimiento y garantía del «derecho» a la cultura. El estudio del derecho fundamental a la cultura es el objeto de este capítulo.
- b) Volviendo atrás, ya en el Preámbulo (*infra*, 2.2.1), se proclama solemnemente la voluntad de la nación española de proteger «a todos los españoles y pueblos de España» sus «culturas y tradiciones», de lo que se deduce que cultura y tradición son cosas distintas. Más significativa parece la fuerte calificación que la Constitución realiza cuando afirma la voluntad, siempre de la nación española, de promover el progreso de la cultura para asegurar a todos, sin distinción

9. BOCC de 13 de octubre de 1978, n° 161, p. 3563.

10. BOCC de 28 de octubre de 1978, n° 170, p. 3709.

11. No parecen encontrarse diferencias significativas entre la redacción del Congreso como derecho que pertenece «a todos» y la del Senado como derecho «de la persona».

12. STC 84/1983, FJ 2.

alguna, una digna calidad de vida. Parece entonces que para el constituyente la cultura y su progreso son *conditio sine qua non* para la calidad de vida y la dignidad de la persona.

- c) El artículo 3.3 incluye «la riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España» en el «patrimonio cultural», el cual «será objeto de especial respeto y protección», mandato que sistemáticamente hubiera encajado mejor en el artículo 46. Lo que nos indica el precepto es que, al menos, las «modalidades lingüísticas», forman parte del patrimonio cultural español. No hay en la CE un derecho subjetivo al uso de lenguas distintas al castellano. En todo caso, el derecho a usar el castellano del artículo 3.1 es autónomo con respecto al derecho a la cultura y por tanto no será analizado aquí¹³.
- d) El artículo 9.2 asigna a los poderes públicos el mandato de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida cultural de la nación española. El nexo con el artículo 44.1 CE parece *prima facie* evidente¹⁴.
- e) El artículo 20.1.b) reconoce y protege la producción y creación literaria y artística, actividad calificada por el Tribunal Constitucional como apéndice del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones¹⁵. A nuestro juicio, parece que se trata del embrión, del antecedente necesario del derecho a la cultura¹⁶, la cual estaría todavía en formación. Este derecho fundamental, distinto al que aquí estudiamos¹⁷, constituye la base jurídico-constitucional para que el derecho a la cultura pueda manifestarse de manera efectiva. A esta fase inicial se conecta necesariamente, por medio del artículo 20.4, la protección de la juventud y de la infancia, que podría entenderse como un límite justificador de la «intervención coactiva

13. Para una primera aproximación a la conexión entre lengua y cultura, p. ej., VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 275 y ss. o RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, pp. 1627-1631.

14. Sobre las implicaciones entre libertad e igualdad «real y efectiva» y protección de minorías culturales y colectivos desaventajados, *infra*, 5.1.4.

15. La STC 153/1985, FJ 5, habla de una «una [simple] concreción del derecho». En cambio, en el voto particular, RUBIO LLORENTE afirma que «la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., [no] es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo». Sobre su naturaleza como derecho de libertad véase PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 226 y ss., esp. p. 239.

16. Y aun antes tendríamos el embrión del art. 16, pues sin pensamiento (en sentido amplio) tampoco hay expresión.

17. A veces la doctrina (p. ej. PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 226 y ss. o GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 152 y ss.) incluye, indebidamente a nuestro juicio, el derecho a la creación cultural en el contenido del derecho a la cultura, con consecuencias perjudiciales para la configuración autónoma del derecho del art. 44.1 CE.

de signo policial y de medidas negativas desestimuladoras de una actividad»¹⁸ de carácter creativo en materia de cultura, limitación igualmente aplicable a las intervenciones sobre la libertad de acceso a la cultura (*infra*, 6).

- f) También en el artículo 25.2, relativo a la condición de los condenados a penas de prisión, se encuentra una clara referencia al derecho a la cultura. A pesar de la privación de libertad, el condenado tendrá el derecho de «acceso a la cultura»¹⁹. Nótese la colocación sistemática del derecho a la cultura de los presos en posición inmediatamente anterior de la afirmación concerniente el libre desarrollo de su personalidad. El precepto nos ofrece un argumento importante a favor de la consideración de la cultura como derecho fundamental²⁰, pues no se entendería que los presos gozaran de este derecho y las demás personas no.
- g) El artículo 27.2 CE enuncia, como objetivo de la educación en general (no sólo de la educación reglada) «el pleno desarrollo de la personalidad humana», lo que incluye, naturalmente, el acceso a la cultura, y así lo confirman profusamente nuestras leyes educativas²¹. Pese a la evidente intersección, con sus múltiples problemas, asociados sobre todo (pero no sólo) a la diversidad cultural²², entre educación y cultura, la cultura prestada mediante la educación no será abordada aquí. En términos dogmáticos, consideramos preferible distinguir entre derecho a la educación y derecho a la cultura.
- h) Los artículos 43.3, en cuanto alude al deporte y al ocio, y 44.2, en cuanto se refiere a la ciencia, parecen excluir estas actividades del objeto del derecho a la cultura. En caso contrario, el constituyente las hubiera incluido en el artículo 44.1.
- i) El artículo 46 representa la dimensión objetiva del derecho a la cultura. Acceder a la cultura significa poder disfrutar, pero no sólo del patrimonio histórico, cultural y artístico, esto es, de los bienes cultu-

18. STC 49/1984, FJ 4.

19. Dadas las peculiaridades de la vida en prisión, el derecho parece constituirse aquí, al menos en parte, como derecho de prestación. La STC 11/2006 sigue sin embargo la perspectiva del derecho de libertad, si bien partiendo de la intervención sobre el derecho a la información, no sobre el derecho a la cultura.

20. Si siguiéramos el erróneo criterio de identificar los derechos fundamentales con los ubicados en la sección 1ª del capítulo II del título I.

21. P. ej., arts. 6.3.h) LODE y 2.1.g) y k), 9.1, 17.d), 23.j), 33.1), 39.1, 66.3.d), 67.4, 80.2, 127.i) y 145.1 LOE.

22. Últimamente, p. ej., HUSTER, 2009 pp. 31-43, y PAU y ROCA, 2009, pp. 99-138.

rales entendidos en un sentido muy amplio. La falta de protección y promoción de este patrimonio y de los bienes que lo integran representaría una lesión importante del derecho a la cultura; en efecto, la defensa del patrimonio cultural se encuentra directamente en función de su utilización y disfrute por la colectividad, esto es, la consagración implícita del derecho de participación²³ y acceso a los bienes que integran dicho patrimonio por parte de toda persona. Como lo objetivo sirve a lo subjetivo, parece claro que tanto el fomento y la promoción de la cultura como la conservación y la promoción del patrimonio cultural (en sentido, repetimos, amplio) tienen como objetivo el mejoramiento del nivel cultural de los titulares del derecho. De ser así, «en ningún caso la acción de los poderes públicos puede reducirse a la simple gestión del patrimonio heredado por las generaciones precedente: esta acción tiene, en cambio, que ofrecer un impulso a la creación y distribución de los hechos culturales»²⁴.

- j) Los artículos 48 (directamente) y 39.3 (indirectamente), por vía del artículo 31.2 del Convenio sobre los Derechos del Niño (*infra*, 1.3.1) establecen la participación libre y eficaz tanto de la juventud como de los niños en la vida cultural. En estos dos casos, las políticas culturales tienen que ser muy metódicas y respetar plenamente el dictado constitucional (*infra*, 5.1.3). Por lo que concierne a los ciudadanos durante la tercera edad, el artículo 50 conecta el efectivo bienestar de estas personas a eventuales problemas específicos en materia, entre otras, de cultura.
- k) En conclusión, parece necesario y útil hacer referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En relación con el derecho a la cultura²⁵, esta temática necesita un análisis algo más detenido.

Varias disposiciones del Título VIII de la CE abordan el tema de la cultura. Ante todo, debe citarse el artículo 149.2 CE, según el cual «sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Es-

23. PÉREZ LUÑO, 1984, p. 302.

24. AINIS y FIORILLO 2008, pp. 352. Los autores hace referencia al panorama italiano y en particular a los museos; *mutatis mutandis*, la idea puede utilizarse también para el ordenamiento español y, sobre todo, ampliarse a toda institución cultural. En el ámbito español véase GARCÍA ESCUDERO y PENDÁS, 1986, pp. 18 y ss. y 59 y ss.

25. Para un análisis más amplio del tema, más allá del carácter instrumental de nuestra lectura, p. ej., RUIZ ROBLEDO, 1998, pp. 25-30 y, con propuestas importantes de reconstrucción, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 313 y ss. Específicamente sobre el ámbito del libro, FERNÁNDEZ FARRERES, 2008, pp. 415 y ss.; sobre el teatro, NÚÑEZ GÓMEZ, 2008, pp. 153 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas». El primer inciso establece un auténtico ejemplo de competencia concurrente²⁶ y, a su vez, genérica en relación con la cultura. Esta elección parece coherente tanto con el carácter abierto que la Constitución atribuye a la cultura como con la naturaleza intrínseca de la misma. En la gran mayoría de las disposiciones constitucionales no se habla, de manera excluyente, sólo del Estado central o sólo de las Comunidades Autónomas, sino de los poderes públicos, definición en la cual pueden, por su amplitud, encajar muchos sujetos pasivos u obligados (*infra*, 5.2.1), más allá por tanto del nivel estatal y del autonómico. También el segundo inciso resulta de fácil glosa para el intérprete. Este inciso detalla una de las formas de acción estatal hacia el fomento de la cultura, la facilitación por parte del Estado de la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, y, adicionalmente, consagra también la modalidad común de esta comunicación cultural, es decir, los principios de conformidad y de cooperación o colaboración²⁷. Todo esto, sin llegar a la conclusión extrema de que cualquiera actuación estatal requiera el consentimiento de las Comunidades Autónomas.

Siempre sobre el artículo 149.2 CE se ha subrayado que, también por haber sido puesto en un apartado propio, es decir distinto de los dos precedentes, el significado del precepto va más allá de su naturaleza estrictamente competencial; en fin, este apartado tiene un carácter imperativo y valorativo²⁸: *prima facie* la cultura viene considerada por el Estado en forma de deber, calificado como esencial por el mismo texto, lo que a su vez «se corresponde con su propia sustancia en cuanto expresión organizada de una Comunidad»²⁹, esto es, con un carácter valorativo³⁰.

Para concluir con el análisis de este precepto, la cultura es algo estrechamente ligado a la persona tanto *uti singuli* como *uti universi*, es decir en relación con el cuerpo social. Por esa naturaleza intrínseca, la cultura «viene a formar parte de la competencia propia o institucional de cualquier tipo de ente territorial, expresión inmediata de una comunidad: y ello prescindiendo de todo reconocimiento y de todo reparto rígido de competencias» es decir,

26. Para un análisis de las calificaciones de esta competencia, PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 262, nota 444, y la bibliografía allí citada.

27. En este sentido véanse *infra* las referencias a las SSTC 106/1987 y 17/1991.

28. PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 179.

29. MUÑOZ MACHADO, 1983, p. 585.

30. Algunos autores han conectado de manera muy estricta a este «deber esencial» la idea de una «cultura común» o de un «patrimonio cultural común». Véanse, p. ej., PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 181, y ASENSI SABATER, 1985, p. 270.

la cultura no puede considerarse susceptible «de ser distribuida en régimen de exclusividad o de compartición entre los diferentes poderes públicos, sino que siendo que allí donde hay una comunidad hay manifestaciones culturales es siempre posible que los entes públicos representativos de cualquier nivel adopten medidas en relación con las mismas»³¹. Nuestro sistema constitucional permite entonces una actuación en materia de cultura plena y también, lo que no es poco, una diversificación y adaptación adecuada a las diversas realidades de España.

De otro lado, el artículo 149.2 CE ratifica con rotundidad la tesis que venimos sosteniendo en esta obra sobre la compatibilidad entre contenido mínimo estatal y contenido adicional autonómico de un derecho: ninguna tacha de inconstitucionalidad, antes al contrario, puede oponerse a que las Comunidades Autónomas amplíen el contenido del derecho fijado por la ley estatal. En cultura, nada sobra.

En segundo lugar, los artículos 149.1.9, 149.1.28 y 149.1.29 CE atribuyen al Estado central competencia exclusiva en materia, respectivamente, de propiedad intelectual, defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación y de museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de que su gestión sea asumida por las Comunidades Autónomas. Por su parte, el artículo 148.1.17 CE faculta las Comunidades Autónomas a hacerse cargo de las competencias en materia de «fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma», mientras los artículos 148.1.14, 15 y 16 permiten la asunción de competencias, respectivamente, sobre artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma y también sobre patrimonio monumental de interés autonómico.

Las dos expresiones que se utilizan para el nivel estatal («servicio a la cultura», art. 149.2) y para el autonómico («fomento de la cultura», art. 148.1.17) tienen un alcance y un significado coincidente, los cuales, a su vez, no pueden interpretarse en un sentido que restrinja su significado, es decir que este servicio o fomento no puede limitarse simplemente a «una acción administrativa de apoyo o estímulo a las iniciativas individuales», sino que comprende «todas las acciones públicas precisas para la expansión, protección y desarrollo de un sector o actividad [...] en definitiva, [para] atender y sostener todas las manifestaciones culturales pasadas, latentes o expresas y actuales de la comunidad organizada en régimen de autonomía y los individuos que la integran»³².

31. Respectivamente, ZACCARIA (1978, p. 313) y MUÑOZ MACHADO (1983, p. 577). Véase *infra* también el comentario a la STC 49/1984.

32. MUÑOZ MACHADO, 1983, p. 584.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

De la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias en materia de cultura destacan algunas ideas útiles para la interpretación del derecho a la cultura:

- En la primera Sentencia sobre la materia, la 84/1983, el Tribunal, al resolver un conflicto positivo de competencias entre el Estado central y la Comunidad Autónoma de Cataluña, abordó muy sintéticamente el concepto «competencial» de cultura, limitándose a reconocer el «impreciso deslinde competencial en esta materia de "cultura", donde la terminología utilizada en el bloque constitucional está impregnada de la amplitud y generalidad propia de este término, derivada de las consiguientes imprecisiones conceptuales y dificultades prácticas para establecer ámbitos competenciales excluyentes».
- El verdadero caso «piloto» en la cuestión competencial relativa al derecho a la cultura es la STC 49/1984. El máximo intérprete de la Constitución afirmó que «pecaría de *superficial* todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura, concretada al art. 148.1.17, *una competencia omnimoda y excluyente*. La lectura de otros artículos de la CE (sobre todo el art. 149.2, pero también los que en la lista de este título se refieren a materias culturales) y una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional *tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas*, y aún podríamos añadir de *otras comunidades*, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas *pueden ostentar competencias*, [...] ésta es la razón a que obedece el art. 149.2 de la CE en el que, después de reconocer la competencia autonómica afirma una competencia estatal, poniendo el acento en el *servicio de la cultura como deber y atribución esencial*» (cursivas nuestras, GE y PR). Según el Tribunal, entonces, no se puede hablar de un reparto competencial vertical, sino más bien de una concurrencia de competencias «ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente», quedando además claro que esta doble atribución no se fundamenta sólo en el ya citado artículo 149.2 sino también en el artículo 2, del que se deriva una acción promocional autonómica, inherente a la comunidad. El Estado posee «un área de preferente atención en la preservación del patrimonio cultural común, pero también en aquello que precise de tratamientos generales o que hagan menester esa acción pública cuando los bienes culturales pudieran no lograrse desde otras instancias, e[...]s algo que está en la línea de la proclamación

que se hace en el indicado precepto constitucional [...] *sin que esto prejuzgue ni el alcance del ejercicio de las competencias* de esta naturaleza que puedan tener determinadas Comunidades Autónomas, dado el carácter concurrente de las competencias estatales y comunitarias en el ámbito cultural, *ni la solución de futuros conflictos de competencia* planteados al respecto» (nuevamente, cursivas nuestras, GE y PR). La naturaleza propia de la diversidad de la sociedad y su intrínseca fluidez³³, esto es, su incesante devenir cultural, exigen esta situación de concurrencia, situación confirmada también, con algunas matizaciones a la idea de concurrencia en sucesivas sentencias del Alto Tribunal como, por ejemplo, las SSTC 17/1991, 109/1996 o 71/1997. Concluyendo, para el Tribunal Constitucional la locución latina *ubi societas, ibi ius* tendría que transformarse en *ubi societas, ibi cultura*, y por tanto cualquier organización pública podría ejercer competencias en materia de cultura.

- Para solucionar los conflictos derivados de la peculiar naturaleza de esta materia, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 106/1987, afirmó que «la existencia de competencias de ejecución autonómica supone la necesidad de establecer los instrumentos de coordinación y colaboración de las Administraciones Públicas implicadas» y en la posterior 17/1991, afirmó la existencia de un deber general de colaboración entre el Estado y las Comunidades también en este ámbito competencial, deber que «se ve reforzado por el mandato del art. 149.2».
- El artículo 9 LPHE establecía que los Bienes de Interés Cultural podían declararse mediante la misma LPHE o mediante Real Decreto. El artículo, entre otras disposiciones, fue impugnado por varias Comunidades Autónomas porque a su juicio el uso del Real Decreto podría menoscabar sus competencias, limitándolas a la mera tramitación del expediente. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 17/1991, no declaró la inconstitucionalidad del artículo, pero afirmó que se ajustaba al bloque de constitucionalidad si «se entiende referido solamente a aquellos supuestos en que es competente el Estado para la ejecución de la Ley», o sea cuando los bienes están adscritos a la Administración General del Estado o al Ente Público Consejo de Administración de Patrimonio Nacional; en todos los demás supuestos la competencia de la declaración de interés cultural de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español radicados o existentes en una Co-

33. Véase BAUMAN, 2003.

munidad Autónoma tienen que pertenecer a la misma, siempre que hubiera asumido la respectiva competencia.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.3.1. Panorámica del bloque del artículo 10.2 de la Constitución

Los textos internacionales más relevantes para la interpretación del artículo 44.1 CE son los siguientes:

- a) En el marco de la ONU, claras referencias al derecho a la cultura se encuentran ya en la Carta fundacional de 1945. Su primer artículo, que ilustra los propósitos de las Naciones Unidas, habla de «la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter [...] cultural», propósito que la Carta repite también en su artículo 55.1.b), esto es, en la parte relativa a la cooperación internacional económica y social. Coherentemente a su intrínseca naturaleza, este propósito penetra toda la Carta: así, la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para «fomentar la cooperación internacional en materias de carácter [...] cultural» [13.1.b)] y el Consejo Económico y Social es competente para «hacer o iniciar estudios e informes con respecto a asuntos internacionales de carácter [...] cultural y otros asuntos conexos, y hacer recomendaciones sobre tales asuntos a la Asamblea General, a los Miembros de las Naciones Unidas y a los organismos especializados» (art. 62.1). Tres años después, la DUDH, tras haber afirmado el derecho de toda persona «a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos [...] culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad» (art. 22), reconoce el derecho de «tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten» (art. 27.1) y el de obtener «la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora» (art. 27.2).

A nivel de tratados específicos sobre derechos humanos, el texto más importante es, sin duda alguna, el PIDESC de 1966, cuyo artículo 15 subraya la importancia del derecho a la cultura en sus varias manifestaciones. En su apartado primero, reconoce «el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y beneficiarse de la protección

de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora». Tras haber enunciado estos tres derechos, retomados de la Declaración Universal, en su apartado segundo el artículo 15, de manera no exhaustiva sino siempre a título de ejemplo, señala unas medidas preceptivas para los Estados: todas las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. Además, en el tercer apartado, se impone a los Estados el respeto de la libertad, cualificada como indispensable, para la investigación científica y para la actividad creadora. Incluso se reconocen «los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales». El artículo 15 PIDESC ha sido objeto de desarrollo por la importante Observación General n° 21, de 21 de diciembre de 2009 (OG 21), que utilizaremos con profusión a lo largo de este capítulo, como elemento interpretativo básico, *ex* artículo 10.2 CE, del artículo 44.1 CE, y ello pese a que este documento parte de una concepción del derecho bastante más amplia de la que cabe derivar, como veremos, de nuestra norma constitucional, y pese a que no adopta como perspectiva central (aunque no la excluye) la que aquí será dominante, la del derecho de prestación.

El PIDCP, coetáneo al PIDESC, conecta la cultura con el derecho a la libre determinación de los pueblos y con la protección de las minorías. Desde el primer punto de vista, el Pacto establece que los pueblos «proveen a su desarrollo [...] cultural» (art. 1.1). Desde el segundo punto de vista, se establece que en los Estados donde existan «minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural [...] y a emplear su propio idioma» (art. 27). También en otros convenios internacionales sobre derechos humanos se encuentran, aunque a veces de manera fragmentaria, referencias al derecho a la cultura, configurando en ocasiones un auténtico derecho subjetivo, tal y como sucede en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 [art. 5.e)], la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 [art. 13.c)]³⁴, la Conven-

34. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, más que concretar las prestaciones culturales que benefician a las mujeres, ha destacado que las tradiciones culturales no deben menoscabar sus derechos; p. ej., Recomendaciones Generales 14 (1990), 19 (1992) o 23 (1997).

ción sobre Derechos del Niño de 1989 [arts. 17.a), b), c) y d), 20.3, 23.3, 29.1.c), 30 y 31]³⁵ o la CDPD de 2006 (art. 30).

Por último, en el marco de Naciones Unidas cabe citar la importante Convención de la UNESCO sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005 y ratificada por España el 25 de octubre de 2007 (BOE de 12 de febrero de 2007). Si bien no adopta como perspectiva principal el derecho a la cultura como tal³⁶ (aunque habla, en su art. 2, sobre los «principios rectores», con no muy buena técnica jurídica, de un «derecho fundamental de participación y disfrute» de los individuos y los pueblos de los «aspectos culturales» del desarrollo), contiene algunos preceptos útiles para concretar, *ex* artículo 10.2 CE, la concepción constitucional de la cultura y para afianzar la exigibilidad de alguna de las obligaciones estatales que cabe derivar, como veremos, del contenido del derecho³⁷.

- b) En el marco del Consejo de Europa, cabe citar el Convenio cultural europeo de 1961, que impone a los Estados «salvaguardar su aportación al patrimonio cultural común de Europa y fomentar su desarrollo» (art. 1) y, más concretamente y en la medida de lo posible, la obligación de «fomentar entre sus ciudadanos el estudio de las lenguas, historia y civilización de los demás Estados», «[ofrecer] a estos últimos, en su territorio, facilidades tendente al desarrollo de tales estudios», «fomentar el estudio de su lengua o de sus lenguas, de su historia y civilización en el territorio de los demás Estados y [...] ofrecer a los ciudadanos de estas últimas la posibilidad de realizar semejantes estudios en su territorio» (art. 2). Resultan también de interés textos tan heterogéneos como el Convenio europeo sobre la protección del patrimonio arqueológico de 1969, el Convenio para la Salvaguarda del Patrimonio Arquitectónico de Europa de 1985, la Convención europea sobre la coproducción cinematográfica de 1992, que fomenta el cine europeo mediante la coproducción de

35. *Vid.* la Observación General del Comité de Derechos del Niño n° 1, sobre propósitos de la educación, adoptada en 2001, donde se insiste en la necesidad de una educación adecuada al contexto de cada cultura.

36. Si acaso, enlaza el principio de diversidad cultural con los «derechos culturales» del PIDESC, perspectiva ésta que, aunque no será la adoptada aquí, aporta algunas consideraciones de interés. En general, UNESCO, 2009, pp. 226 y ss.

37. En contra sobre la utilidad de la Convención, PAU y ROCA, 2009, p. 77. Coincidimos no obstante con estos autores en la escasa densidad normativa (autónoma, añadiríamos) de la Convención.

obras de calidad, y el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales de 1995.

El CEDH de 1950 no se refiere directamente al derecho a la cultura, pero sí al hablar de la libertad de expresión (art. 10), la cual, a pesar de considerarse comúnmente conectada con los medios de comunicación, puede también exteriorizarse mediante el libro, el cine, la música y el arte en general. El Convenio establece también unos límites a la libertad de expresión, la cual puede «ser sometida a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial» (art. 10.2). En algunos asuntos concretos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha justificado intervenciones sobre manifestaciones culturales, como la multa y secuestro de lienzos que representaban con crudeza las relaciones sexuales, en especial entre hombres y animales³⁸, la retirada y confiscación de películas por denigración de las doctrinas religiosas³⁹ y la condena al autor de una obra literaria sobre los sufrimientos del pueblo kurdo causados por el Estado turco⁴⁰. En otros asuntos, la intervención ha sido considerada injustificada, como en el caso de una multa y cierre de una exposición artística de crítica política⁴¹.

En cuanto a la CSE de 1961, no contiene un reconocimiento expreso, autónomo y universal del derecho a la cultura, pero sí referencias a las necesidades culturales de determinados colectivos, en forma más de mandatos a los poderes públicos que de figuras jurídico-subjetivas (*infra*, 5.1.3).

- c) En el sistema de la Unión Europea no hay un reconocimiento explícito del derecho a la cultura, pero la misma se menciona dentro del

-
38. STEDH *Müller y otros* contra Suiza, de 24 de mayo de 1988. Según el TEDH «teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disfrutaban [los Estados], los tribunales suizos actuaron conforme a Derecho al considerar "necesario" para la protección de la moral el secuestro de los lienzos litigiosos» (FJ 43).
39. SSTEDH *Otto-Preminger-Institut* contra Austria, de 27 de septiembre de 1994 y *Wingrove* contra Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996.
40. STEDH *Arslan* contra Turquía, de 8 de julio de 1999.
41. STEDH *Vereinigung Bildener Künstler*, de 25 de enero de 2007.

marco de las políticas de la Unión, en el Título XIII del TFUE, titulado precisamente «Cultura»⁴². El artículo 167, en su primer apartado, afirma el deber (no mera habilitación) de la Unión de contribuir «al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común». De mayor interés es el apartado segundo, que establece la obligación activa de la Unión Europea de favorecer, apoyar y complementar la acción de los Estados miembros en «la mejora del conocimiento y la difusión de la cultura y la historia de los pueblos europeos, la conservación y protección del patrimonio cultural de importancia europea, los intercambios culturales no comerciales [y] la creación artística y literaria, incluido el sector audiovisual». Seguidamente, se fija la competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados para el fomento de la cooperación con los terceros países y con las organizaciones internacionales competentes en el ámbito de la cultura y el deber de tener en cuenta los «aspectos culturales» en las demás políticas de la Unión (transversalidad). Lo que el TFUE innova sobre el TCE es la obligación del Parlamento y del Consejo de adoptar, por unanimidad, medidas de fomento de la cultura y la obligación del Consejo, a propuesta de la Comisión, de adoptar recomendaciones en la misma materia (art. 167.5).

En cuanto a la CDF, ya en su Preámbulo recuerda la contribución de la Unión «a la preservación y al fomento de [sus] valores comunes [dignidad, libertad, igualdad y solidaridad] dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa». No hay un reconocimiento general del derecho a la cultura como tal pero en el capítulo dedicado al valor de la igualdad, el artículo 22 señala que «la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística»⁴³ y, siempre en el mismo capítulo, el artículo 25 afirma que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores [...] a participar en la vida [...] cultural»⁴⁴.

42. Para la normativa anterior del TCE, sustancialmente similar, p. ej., VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 153 y ss. y GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 243 y ss.

43. Con naturaleza de principio, con las consecuencias jurídicas que mencionamos en ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 378 y ss.

44. Refiriéndose a este artículo, parece que el derecho a participar en la vida cultural pertenece a cada ciudadano; garantizarlo sólo a las personas mayores chocaría con la pretensión de universalidad de la CDF. *Vid.* también el razonamiento que se ha hecho para el art. 25.2 CE (*supra*, 1.2.2).

1.3.2. Referencia a otros documentos internacionales

Otros documentos y convenios se hacen necesarios para interpretar el derecho a la cultura⁴⁵, especialmente en cuanto a su garantía objetiva, consistente, entre otras cosas, en la protección del patrimonio cultural:

- a) En el sistema de Naciones Unidas, cabe citar la Convención de La Haya, de 1954, sobre protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado; la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, exportación y transferencia de propiedad ilícitas de bienes, de 1970; la Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural, de 1972, que instituye la calificación de «Patrimonio de la Humanidad»; la Recomendación sobre la educación para la comprensión, cooperación y la paz internacional y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 1974; la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, de 2001; y la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial, de 2003. Se señalan, además, las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 53/243, de 6 de octubre de 1999 (Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz), y 56/6 (Programa Mundial para el Diálogo entre Civilizaciones), de 21 de noviembre de 2001. En el marco del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), hay que señalar el Convenio sobre los bienes culturales robados o exportados ilícitamente de 1995. Para terminar se deben citar los documentos internacionales elaborados en el marco de la UNESCO: las Declaraciones de la Conferencia de Venecia, de 1970, de la Conferencia Mundial de Políticas Culturales celebradas en México en 1982 y los Principios de cooperación cultural internacional de 4 de noviembre 1966.
- b) En el sistema del Consejo de Europa, cabe citar las Recomendaciones del Consejo de Ministros (1986) 9 E, sobre el derecho de reproducción y la política cultural; (1986) 17 E, sobre la acción cultural concertada al extranjero; (1996) 6 E, sobre la protección del patrimonio cultural contra los actos ilegales; (1997) 2 E, sobre la protección del patrimonio cultural contra el deterioro causado por la contamina-

45. El art. 10.2 CE obliga al intérprete de la CE a tener en cuenta los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos fundamentales («las mismas materias»). La mayor parte de los que siguen no son, en puridad, tratados sobre derechos; ahora bien, si consideramos, como se demostrará después, que guardan relación directa con la garantía objetiva del derecho a la cultura, bien podrían considerados integrados en el bloque al que se refiere el citado precepto constitucional.

ción; y (2006) 3, sobre la protección y promoción de la diversidad en la expresión cultural; las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 1042 (1986), sobre la protección del patrimonio cultural en situaciones de desastre; 1072 (1988), sobre la protección internacional del patrimonio cultural y la circulación de las obras de arte; 1075 (1988), sobre la cooperación intercultural europea; y 1851 (2008) y 1638 (2008), ambas sobre la técnicas de conservación de la artesanía y del patrimonio cultural.

- c) En el sistema de la Unión Europea, destacamos la Decisión de la Comisión, de 14 de enero de 2005, por la que se establece la Agencia ejecutiva en el ámbito educativo, audiovisual y cultural, encargada de la gestión de la acción comunitaria en tales ámbitos; la Resolución del Consejo, de 16 de noviembre de 2007, relativa a una Agenda Europea para la Cultura; y las Conclusiones del Consejo, de 20 de noviembre de 2008, relativas a la biblioteca digital europea EUROPEANA.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.4.1. Panorámica de la legislación cultural estatal

A nivel estatal no existe una ley específica de desarrollo directo del derecho a la cultura. Sin embargo, la legislación cultural española, considerada en su conjunto, implica sin duda un reconocimiento bastante amplio de este derecho. Previamente al análisis sistemático del derecho a la cultura conviene ofrecer una panorámica sistematizada de la legislación cultural estatal:

- a) La LBRL atribuye competencias y obligaciones a todos los Municipios sobre actividades o instalaciones culturales [art. 25.2.m)] y a aquellos con población superior a 5.000 habitantes sobre bibliotecas públicas [art. 26.1.b)], facultando a los mismos a realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones en relación, entre otros ámbitos, con la cultura (art. 28), lo que confirma lo afirmado sobre la implicación de todos los poderes públicos en materia cultural (*supra*, 1.2.2).
- b) En materia de *bienes culturales* cabe citar ante todo la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español (LPHE)⁴⁶, cuyo objetivo principal es la protección y enriquecimiento de los bienes que integran el Pa-

46. Para una visión panorámica del sector, p. ej., GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 128 y ss., 151 y ss., 417 y ss. y 445 y ss.; BARRERO RODRÍGUEZ, 2009, pp. 291 y ss.; y DESCALZO GONZÁLEZ, 2009, pp. 347 y ss.

rimonio Histórico Español, definido en el Preámbulo como el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. Esta Ley tiene mucho que ver con el artículo 44 CE porque su finalidad última, a la vista del Preámbulo, es «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico». En efecto, toda medida de fomento y protección del patrimonio histórico tiene sentido si y sólo si conduce, al final, «a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo»; de esta forma, la protección no es sino un medio para el disfrute por todos de la cultura. Sin la protección del patrimonio histórico el derecho a la cultura existiría sólo de forma potencial y totalmente aleatoria. Precisamente, el respeto de la ley, pero no sólo de ésta, se convierte así en una garantía objetiva del derecho a la cultura (*infra*, 7.2).

La Ley parte de un concepto amplísimo de patrimonio, el cual no se define, como sucedía con anterioridad y de manera excluyente, como histórico-artístico, sino como histórico a secas. Así, el artículo 1.2 señala que forman parte del patrimonio histórico español «los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico». La LPHE establece tres categorías de bienes: los declarados, tras el oportuno procedimiento, «Bienes de Interés Cultural» (BIC, arts. 9 y ss.)⁴⁷, calificación atribuible tanto a los inmuebles como a los muebles; los «Bienes incluidos en el Inventario general» (art. 26)⁴⁸, aplicable sólo a los muebles y, de forma residual pero significativa, los integrantes del Patrimonio Histórico Español, esto es, los citados en el artículo 1.2 LPHE, a falta de declaración administrativa como, por ejemplo, los bienes arqueológicos aún enterrados.

En relación con los museos, se encuentran referencias en el artículo

47. *Vid.* La STC 17/1991, citada *supra*, 1.2.2.

48. Sobre el Inventario General de Bienes muebles véanse los arts. 24 y siguientes del RD 111/1986, de desarrollo parcial de la LPHE. En particular, la inclusión en este Inventario corresponde, según el art. 29, «al Ministerio de Cultura si se trata de bienes adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional» mientras que, en los restantes casos, corresponderá a las Comunidades Autónomas.

59.3 LPHE, que los define como «instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural».

Entre el gran número de fuentes relativas al sector museístico, cabe citar la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado. El aumento exponencial tanto de los visitantes como de los fondos ha obligado a un replanteamiento general de todas las facetas que rodean la vida del Museo mediante una nueva regulación de rango legal, cuya obligación esencial, se lee en el Preámbulo⁴⁹, es, además de conservar su patrimonio, «difundirlo y darlo a conocer a todos los ciudadanos». En el artículo 3 se fijan los objetivos y fines del Museo Nacional del Prado, entre las cuales destacan los de «garantizar la protección y conservación, así como promover el enriquecimiento y mejora de los bienes del Patrimonio Histórico Español adscritos al mismo» y «fomentar y garantizar el acceso a las mismas del público y facilitar sus estudios a los investigadores» (*infra*, 4.2).

- c) El fomento y promoción cultural de los poderes públicos tiene otro campo de actuación: *las bibliotecas y la lectura en general*. En 2007 fue promulgada una novedosa Ley, la 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas (LLLB)⁵⁰, que ha incidido mucho en éste ámbito. Ha recibido algunas críticas por instaurar el régimen de canon al préstamo de libros, impuesto por la Directiva 92/100/CEE, cuyo incumplimiento había señalado en numerosas ocasiones el TJCE⁵¹ (*infra*, 7.3).

La LLLB establece planes de fomento de la lectura, como «herramienta básica para el ejercicio del derecho a la educación y a la cultura». Estos planes serán aprobados y desarrollados por el Gobierno y, en un segundo momento, elaborados, evaluados y actualizados periódicamente por el Ministerio de Cultura, sin olvidar una dotación presupuestaria definida como «adecuada». Además de este instrumento, la Ley prevé otro deber que incumbe al Gobierno: el

49. La obligación establecida en la Ley se refiere a todo museo, no exclusivamente al del Prado.

50. Existe un excelente comentario a la LLLB: MUÑOZ MACHADO, 2008; para una panorámica general, pp. 17 y ss.

51. P. ej., *Comisión c. Bélgica*, de 16 de octubre 2003, *Comisión c. España*, de 26 de octubre de 2006 y *Comisión c. Irlanda*, de 24 de febrero de 2007.

Capítulo X. El derecho a la cultura

apoyo e incentivo a la apertura de las bibliotecas escolares a la comunidad de ciudadanos de su entorno y su incorporación a las nuevas tecnologías.

Para facilitar el acceso en un sentido más estricto y en concreto la compra de libros por parte de los ciudadanos, se fija el sistema de precio fijo (art. 9 LLLB), esto es, el sistema que permite que un libro tenga el mismo precio en todo el territorio nacional, en todos los puntos de venta y en cualquier período del año⁵². La finalidad de la medida en principio encaja bien en el diseño constitucional del derecho a la cultura, por cuanto vela por la igualdad en todo el territorio nacional y por la asequibilidad⁵³. Entre las excepciones al precio fijo, esto es, casos en los cuales es posible vender libros a precios inferiores al de venta al público, se encuentra una medida que tiene como fin el de, a su vez, promover el acceso a la cultura: para ciertas instituciones como bibliotecas, archivos, museos, centros escolares o universidades se prevé la posibilidad que el descuento llegue a un quince por ciento del precio fijo⁵⁴.

Sobre las bibliotecas como institución⁵⁵, la LLLB las califica como el «medio por el que los poderes públicos posibilitan el ejercicio efectivo del derecho de todos los ciudadanos para acceder a la información, la educación y la cultura en el contexto de la Sociedad de la Información y el Conocimiento» y establece que los ciudadanos, sin calificación alguna, esto es, en sentido universal (*infra*, 5.1.3), podrán acceder a sus servicios básicos de manera libre y gratuita. Además, la Ley aclara quiénes forman parte del Sistema Español de Bibliotecas, ya previsto en la LPHE, en el que priman, de forma clara, las relacio-

52. MARTÍNEZ RIVERO, 2008, pp. 107 y ss.

53. Sobre el concepto de precio fijo, véase el número monográfico de la revista «*Pensar el Libro*», n° 4, agosto 2006; http://www.cerlalc.org/secciones/publicaciones/revista_pensarel-libro_menu.htm.

54. El discurso sobre el precio fijo de los libros fue debatido también a nivel comunitario. A favor véanse la Resolución del Parlamento Europeo publicada en *Diario Oficial* n° C 296 de 18 de octubre de 2000 pp. 0210-0211, la Resolución del Parlamento Europeo con recomendaciones destinadas a la Comisión con miras a la elaboración de una directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un régimen de precios regulados en el mercado del libro publicada en *Diario Oficial* n° C 180 E de 31 de julio de 2003 pp. 0476-0482; las SSTJCE *Syndicat des libraires de Normandie*, de 14 de julio de 1988 y *Echirolles Distribution SA*, 3 de octubre de 2000; en particular, en esta última sentencia el TJCE ha afirmado, de forma tajante, que no existe oposición entre el ordenamiento jurídico comunitario, sus principios de libre competencia y libre circulación de las mercancías y la aplicación de una normativa nacional que obligue a los editores a imponer a los libreros un precio fijo de reventa de los libros.

55. Para más detalles, de interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, esp. pp. 298 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

nes de cooperación entre las distintas Administraciones Públicas (art. 14.2 LLLB; *infra*, 4.3.2).

Siempre en relación con la lectura y su fomento, el artículo 113 LOE impone la existencia en cada centro de enseñanza público de una biblioteca escolar, la cual tendrá que contribuir a fomentar la lectura de los alumnos.

- d) También en el sector de la *cinematografía* hubo cambios significativos en 2007, con la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine (LC)⁵⁶, aprobada con la oposición de la Federación de Cines de España (FECE) y el acuerdo de la Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA). Esta Ley deroga la anterior (Ley 15/2001), disciplinando *ex novo* el sector. El Preámbulo afirma que la LC «se inspira en el artículo 44.1 de la Constitución que dispone que los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho», con apoyo asimismo en los artículos 14, 16 y 20 CE. Para nosotros no cabe duda alguna de que la actividad cinematográfica y el fomento de la misma forman parte del derecho a la cultura, como se definirá después (*supra*, 2.2.3). De central importancia es el Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales⁵⁷, organismo adscrito al Ministerio de Cultura, porque a él, de la misma manera como preveía el sistema anterior, se le encomiendan la mayor parte de las competencias, sobre todo las del ámbito del fomento⁵⁸.

El objeto de la LC es «la ordenación de los diversos aspectos sustantivos de la actividad cinematográfica y audiovisual desarrollada en España; la promoción y fomento de la producción, distribución y exhibición de obras cinematográficas y audiovisuales y el establecimiento tanto de condiciones que favorezcan su creación y difusión como

56. Para una panorámica general del sector, por todos, DE LA SIERRA, 2009, pp. 319 y ss.; para un análisis más detallado, últimamente, también DE LA SIERRA, 2010.

57. Éste fue creado por el art. 90 de la Ley 50/1985, de Presupuestos Generales del Estado para 1985 y desarrollado reglamentariamente por los RR DD 565/1985 y 7/1997, modificado por el RD 1322/2004. La DA 1ª LC prevé la transformación del Instituto en Agencia Estatal. Una competencia que destaca por importancia es la establecida por el art. 37, esto es, en el marco de su labor de promoción cultural en el exterior, la facilitación de la presencia del cine español en festivales y certámenes de todo el mundo y la organización de muestras o ciclos que permitan conocer de manera más amplia el cine español en lugares estratégicos.

58. *Vid.* el art. 10 LC y sus varios apartados, donde se califican las actividades del Instituto con expresiones como, p. ej., «establecerá medidas de fomento» o «fomentará y favorecerá».

de medidas para la conservación del patrimonio cinematográfico y audiovisual, todo ello en un contexto de defensa y promoción de la identidad y la diversidad culturales». El favorecimiento de la cultura desde esta perspectiva es evidente (*infra*, 4.3.1).

- e) Por último, existen numerosos reglamentos relacionados con la cultura, que no es necesario detallar. Sin embargo, alguna de estas normas asume un significado y una importancia especial puesto que, en varios campos, todavía falta una ley general reguladora⁵⁹.

1.4.2. Panorámica de la legislación cultural autonómica

- a) Como ya se ha dicho (*supra*, 1.2.2), en nuestra Constitución la materia cultura asume una posición peculiar, esto es, la de competencia concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, haciendo siempre falta, por éstas, la asunción competencial en los Estatutos de Autonomía. En efecto, todas las Comunidades Autónomas han asumido esta competencia y también las que tienen estrecha relación con ella: artesanía, museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma y el patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma, y esto ya desde los primeros Estatutos⁶⁰.

Pero, más allá de la mera competencia en estas materias, más interesante resulta lo que dicen los Estatutos de la posición jurídica del ciudadano en relación con la cultura. En ellos se reafirma el derecho a la cultura, es decir, que toda persona tiene derecho al acceso a la misma, siempre en condiciones de igualdad⁶¹, o a los bienes que la integran⁶², y también a la participación en la vida cultural, como ciudadano⁶³, persona⁶⁴ o residente en la Comunidad Autónoma⁶⁵;

59. El art. 44.1 CE no establece ninguna reserva de ley. Sobre la Administración estatal en música, teatro, danza y circo, *vid.* los RRDD 2491/1996 y 497/2010. En el campo de la promoción del arte, *vid.* la Orden CUL/1523/2007, por la que se crea la Comisión Administradora del Fondo de Ayuda a las Bellas Artes. En relación con los museos, mucha importancia asume el RD 318/1996, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía. En fin, hay que citar el RD 1574/2007, por el que se regula el Observatorio de la Lectura y el Libro.

60. EA de Galicia, art. 27 y EA del País Vasco, art. 10.

61. EA de Andalucía, art. 33, EA de Baleares, art. 18.1, EA de Castilla y León, art. 13.10 y EA de Cataluña, art. 22.1.

62. EA de Melilla, art. 5.2.e) y EA de Ceuta, art. 5.2.e).

63. EA de Asturias, art. 9.2.e), EA de Cantabria, art. 5.2, EA de Castilla-La Mancha, art. 4.2, EA de Madrid, art. 7.4, EA del País Vasco, art. 9.2.e) y EA de La Rioja, art. 7.2.

64. EA de Cataluña, art. 4.2.

65. EA de Andalucía, art. 10.1, EA de Aragón, art. 6.2.a), EA de Baleares, art. 15.1, EA

además, algunas Comunidades, las más marcadas por la emigración, prevén explícitamente el derecho a colaborar y compartir la vida cultural de las mismas⁶⁶. Hay que añadir también que algunos nuevos Estatutos prevén la posibilidad o bien de participar en organismos internacionales como la UNESCO u otros organismos de carácter cultural cuando así lo prevea la normativa correspondiente⁶⁷ o bien de suscribir convenios para la celebración de actos de carácter cultural en otras Comunidades⁶⁸ o solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que la Comunidad mantenga particulares vínculos culturales o históricos⁶⁹. Siempre en consonancia con la Constitución, hay Estatutos de Autonomía que subrayan la importancia de la promoción del derecho a la cultura en relación con los jóvenes⁷⁰ y con las personas mayores⁷¹.

Fuera de semejanzas, cabe destacar algunas disposiciones puntuales, únicas en su género. El Estatuto de Andalucía establece como objetivo básico de la Comunidad el desarrollo de los equipamientos, entre otros, culturales de los andaluces y andaluzas (art. 10.3.7º) y la realización de un eficaz sistema de comunicaciones que potencie los intercambios, entre otros, culturales (art. 10.3.10) (*infra*, 4.3.2). El de las Islas Baleares establece que «los poderes públicos procurarán la protección y defensa de la creatividad en la forma que determinen las Leyes» (art. 7.1) mientras el de Castilla y León en el artículo 16, hace afirmaciones significativas sobre la protección y difusión de la riqueza cultural y patrimonial de la Comunidad y el favorecimiento de la creación artística en todas sus manifestaciones, esto es, de la creación cultural. En la Comunidad Valenciana se establece el *Consell Valencià* de Cultura, institución consultiva y asesora de las institucio-

de Castilla y León, art. 8.2, EA de Comunidad Valenciana, art. 9.4, EA de Galicia, art. 4.2, EA de Murcia, art. 9.2.e), EA de Melilla, art. 5.2.b) y EA de Ceuta, art. 5.2.b).

66. EA de Canarias, art. 7, EA de Cantabria, art. 6, EA de Castilla y León, art. 9.1, EA de Extremadura, art. 3.3, EA de Galicia, art. 7.1, EA de Murcia, art. 7.1, EA de La Rioja, art. 6.3, EA de Melilla, art. 4.3 y EA de Ceuta, art. 4.3.

67. Así EA de Castilla y León, art. 67.2 y EA de Cataluña, art. 198; el primero establece una posibilidad de participación para la CA mientras que el segundo impone un deber a la misma.

68. EA de Andalucía, art. 227 y EA de La Rioja, art. 8.23.

69. EA de Andalucía, art. 243, de forma parecida también EA de Cantabria, art. 6, EA de País Vasco, art. 6.5 y EA de Castilla-La Mancha, art. 7.

70. EA de Cataluña, art. 40.4, EA de Comunidad Valenciana, art. 10.3.

71. EA de Castilla y León, art. 13.5, EA de Cataluña, art. 40.6.

nes públicas de la Comunidad en todas aquellas materias específicas que afecten a la cultura valenciana (art. 40). Además, en Murcia se establece que la Comunidad, en el ámbito de su competencia y a través de sus órganos, velará por impulsar el desarrollo cultural y mejorar la calidad de la vida [art. 9.2.d)]. En fin, muy interesante resulta ser también el Estatuto catalán; aquí se afirma que «los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para facilitar a todas las personas el acceso a la cultura, a los bienes y a los servicios culturales y al patrimonio cultural, arqueológico, histórico, industrial y artístico de Cataluña» (art. 44.5). También en su marco competencial de la cultura (art. 127), el Estatuto hace matizaciones importantes: por ejemplo se declara competente en las medidas relativas a la producción, distribución de libros y publicaciones periódicas en cualquier soporte, en la promoción, la planificación, la construcción y la gestión de equipamientos culturales situados en Cataluña, el establecimiento de medidas fiscales de incentivación de las actividades culturales en los tributos sobre los que la Generalitat tenga competencias normativas, la regulación y en la ejecución de medidas destinadas a garantizar el enriquecimiento y la difusión del patrimonio cultural de Cataluña y a facilitar su acceso, la creación, la gestión, la protección y el establecimiento del régimen jurídico de los centros que integran el sistema de archivos y el sistema bibliotecario, de los museos y de los otros centros de depósito cultural, el fomento y la difusión de la creación y la producción teatrales, musicales, audiovisuales, literarias, de danza, de circo y de artes combinadas llevadas a cabo en Cataluña y, en fin, en la promoción y la difusión del patrimonio cultural, artístico y monumental y de los centros de depósito cultural de Cataluña.

Destaca, en fin, en algunos Estatutos, sobre todo en los aprobados a partir de 2006, una concepción del derecho a la cultura que podría interpretarse como una ampliación (contenido adicional) del derecho subjetivo fundamental que deduciremos del artículo 43.1 CE⁷².

- b) Por la razones competenciales ya expuestas (*supra*, 1.2.2), mucho más compleja resulta ser la situación legislativa autonómica, sobre todo debido a la gran extensión normativa, existiendo más de 80 leyes en

72. Los EE AA de Cataluña (art. 22.1), Andalucía (art. 33), Aragón (art. 13.1) y Castilla y León (art. 13.10) reconocen el derecho «al desarrollo de las capacidades creativas», lo que puede interpretarse como derecho subjetivo al fomento de la creación cultural, perspectiva ésta que con carácter general situaremos dentro del contenido meramente objetivo del derecho a la cultura (*infra*, 4.3.3).

materias culturales, que no tendremos espacio para analizar (si acaso, excepcionalmente, a título de ejemplo) en este capítulo⁷³.

2. CONCEPTO

2.1. CONCEPCIONES UNIVERSALISTA Y PARTICULARISTA DE LA CULTURA

Al objeto de estudiar el derecho a la cultura, resulta necesario definir previamente qué entendemos por cultura. El objetivo que perseguimos es determinar la noción constitucional de cultura (y en concreto, la contenida en el art. 44 CE), concepto que evidentemente no crea la Constitución, resultando por ello necesario recurrir primero a la ayuda de otras ciencias.

Dado que el seguimiento del itinerario recorrido por el concepto de cultura en todas las ramas del saber científico es una tarea que desborda las pretensiones de este capítulo, un sucinto examen de las principales teorías construidas por la Filosofía y la Antropología nos será suficiente para comprender la polisemia del concepto. A partir de esos datos intentaremos determinar la noción constitucional de cultura. Noción compleja, pues ya el mismo Preámbulo la Constitución recoge el término cultura con dos significados distintos, que son expresión, como veremos, de las dos concepciones enfrentadas sobre la cultura que han mantenido filósofos y antropólogos.

2.1.1. La concepción universalista heredera de la Ilustración

Cabe situar en los estudios de Historia Universal realizados en la Alemania del siglo XVIII el origen del concepto que nos ocupa. Dichos estudios estaban guiados, como advierte el profesor TORRES DEL MORAL, por el íntimo convencimiento de que la historia humana era la historia del progreso de la humanidad. El término «cultura» sirvió precisamente para dar nombre a esa evolución del progreso⁷⁴.

73. Baste con citar, sin ánimo de exhaustividad, las leyes atinentes a los sectores más significativos: sobre *libros y bibliotecas*, las leyes de Andalucía (16/2003), Aragón (8/1986), Islas Baleares (19/2006), Cantabria (3/2001), Castilla y León (9/1989), Castilla-La Mancha (3/2011), Cataluña (4/1993), Comunidad Valenciana (4/2011), Extremadura (6/1997), Galicia (17/2006) y La Rioja (4/1990); sobre *patrimonio histórico y cultural*, las leyes de Andalucía (14/2007), Aragón (3/1999), Asturias (1/2001), Islas Baleares (6/1993 y 12/1998), Canarias (4/1999), Cantabria (11/1998), Castilla-La Mancha (4/1990), Cataluña (9/1993), Comunidad Valenciana (4/1998), Extremadura (2/1999), Galicia (8/1995), Madrid (10/1998), Murcia (4/1990 y 4/2007), Navarra (14/2005) y País Vasco (7/1990); sobre *museos*, las leyes de Andalucía (8/2007), Aragón (7/1986), Islas Baleares (4/2003), Cantabria (5/2001), Castilla y León (10/1994), Madrid (9/1999), Murcia (5/1996) y País Vasco (7/2006).

74. TORRES DEL MORAL, 1984, p. 200.

Una célebre frase de RENAN basta para comprender en qué consiste la concepción universal de la cultura: «Antes de la cultura francesa, la cultura alemana, la cultura italiana, está la cultura humana»⁷⁵.

Desde el Renacimiento hasta la época de las luces el progreso de la Humanidad consistió en liberar el espíritu humano de la verdad revelada y de los dogmas religiosos. Se trataba de que el hombre sólo rindiera cuentas a su razón. El concepto de cultura, como tantos otros conceptos fundamentales para el hombre contemporáneo, es fruto, pues, del pensamiento ilustrado, del espíritu de las Luces. Como señala VON WIESE, la Ilustración supuso la sustitución del ideal formativo cristiano por el humano. «La idea de cultura sustituye la idea del reino de Dios»⁷⁶. La frase de RENAN, arriba citada, supone un nuevo avance en la lucha contra el oscurantismo, pues implica liberar al hombre de la comunidad en que se arraiga o, lo que es lo mismo, de las cadenas de la tradición local. FINKIELKRAUT señala cómo con esta distinción entre cultura nacional y cultura universal, RENAN «opone el espíritu de GOETHE a la visión del mundo instaurada por el nacionalismo alemán»⁷⁷.

Para GOETHE en ningún caso la cultura humana debía reducirse a la suma de las culturas particulares. A esta conclusión llega al final de su vida, en 1827, leyendo una novela china. La lectura de la misma le produce perplejidad. Y la causa de su sorpresa no es el exotismo de la obra sino su proximidad. Proximidad con su propia obra y con otras importantes obras producidas en Europa. De esta manera GOETHE, en la plenitud de su vida intelectual, se percató de que «arraigados en un suelo, anclados en una época, datados y situados, los hombres podían escapar de todos modos a la fatalidad de los particularismos. Se podía apelar contra la división: existían lugares –los libros– en los que la humanidad podía dominar su desmigajamiento en una miríada de espíritus locales»⁷⁸. Por encima de las particularidades nacionales está la cultura humana.

En el ámbito de la Antropología fue TYLOR, en 1871, el primero que propuso una definición formal de cultura en sentido amplio: «La cultura [...]

75. «No abandonemos el principio fundamental de que el hombre es un ser razonable y moral antes de estar acantonado en tal o cual lengua, antes de ser miembro de tal o cual raza, o adherente a tal o cual cultura»: RENAN, 1957, p. 100.

76. VON WIESE, 1979, p. 50.

77. FINKIELKRAUT, 1987, p. 37.

78. FINKIELKRAUT, 1987, p. 38. En *Escritos sobre el Arte* encontramos un párrafo que sintetiza el optimismo del pensamiento de GOETHE: «Se alcanzará probablemente una tolerancia generalizada si se deja en paz lo que constituye la particularidad de los diferentes individuos humanos y de los diferentes pueblos, y uno se convence de que la característica distintiva de lo que es realmente meritorio reside en su pertenencia a toda la humanidad» (FINKIELKRAUT, 1987, p. 41).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

es aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad. La situación de la cultura en las diversas sociedades de la especie humana, en la medida en que puede ser investigada según principios generales, es un objeto apto para el estudio de las leyes del pensamiento y la acción del hombre»⁷⁹. He aquí reflejada la concepción universalista, acumulativa, de la cultura⁸⁰.

En el mismo sentido, uno de los más célebres seguidores de TYLOR, MORGAN, escribió: «Podemos asegurar ahora, apoyándonos en pruebas irrefutables, que el período del estado salvaje ha precedido al período de barbarie en todas las tribus de la humanidad, de la misma manera que sabemos que la barbarie ha precedido a la civilización. La historia de la humanidad es una en cuanto a origen, una en cuanto a experiencia, una en cuanto a progreso»⁸¹.

Como advierte GOODENOUGH, «según este punto de vista las sociedades no tenían culturas separadas, sino una mayor o menor participación en el desenvolvimiento de la cultura general creada y desarrollada hasta el momento por la humanidad como un todo. El objeto de la antropología cultural era tratar de reconstruir los pasos o etapas que habían señalado el crecimiento de la cultura. Las sociedades con tecnologías más simples y los sistemas políticos menos elaborados representaban las distintas etapas intermedias, mientras que las sociedades de Europa occidental, que política y militarmente dominaban al resto del mundo en el siglo XIX, representaban la etapa más avanzada»⁸².

2.1.2. La concepción particularista derivada del Romanticismo alemán

El Romanticismo alemán nos legó el concepto de *Volksgeist*, de espíritu

79. TYLOR, 1975, p. 29.

80. KHAN, 1975, p. 10.

81. FINKIELKRAUT, 1987, p. 59. Apoyado en las teorías de MORGAN escribió ENGELS su obra *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*.

82. GOODENOUGH, 1975, pp. 188-189. Esta concepción universalista parece deducirse también de la voz «Cultura» en el *Diccionario de Filosofía* de FERRATER MORA (1965, pp. 390-392): «La cultura es el mundo propio del hombre, lo cual no significa que el hombre no viva también dentro de la Naturaleza y dentro o bajo lo trascendente. Lo que caracteriza al hombre es el espíritu, y éste puede ser entendido no sólo como una espontaneidad, sino también como un conjunto de formas que fueron antes vivas y espontáneas y que poco a poco se transforman en estructuras rígidas, en modelos. Cultura es, como dice Scheller, humanización, pero esta humanización se refiere tanto al proceso que nos hace hombres como al hecho de que los productos culturales quedan humanizados. La historia del hombre como historia de la cultura es así el proceso de la transformación de su mundo y simultáneamente de la transformación del hombre».

del pueblo, que ha sido calificado por algún autor como el «explosivo más peligroso de los tiempos modernos»⁸³. El *Volksgeist* supone la conversión de la cultura en *mi* cultura. Se desprecia todo sentimiento de lo universal y se glorifican los particularismos. La cultura ya no se remite al intento de hacer retroceder el prejuicio y la ignorancia, sino a la expresión, en su singularidad irreductible, del espíritu de cada pueblo.

El hombre es obra de su nación y no al revés, como sostenía la Ilustración. La tradición es exaltada. Está bien todo lo que existe. El valor de las instituciones no lo fija ya su grado de proximidad a un modelo ideal sino su antigüedad. Las costumbres son legítimas porque son seculares. Cuanto más antiguas, más merecen ser preservadas. Como afirma FINKIELKRAUT, «los prejuicios constituyen el tesoro cultural de cada pueblo»⁸⁴. La cultura no se concibe como instrumento emancipador del hombre, sino como una instancia que lo tutela y condiciona.

Como contrapunto a la frase de RENAN antes citada, podemos ilustrar la nueva concepción de cultura con una sentencia del célebre contrarrevolucionario francés DE MAISTRE. Refleja muy bien el pensamiento reaccionario que negaba los presupuestos y las consecuencias de la Filosofía de las Luces: «En el mundo, no existe el hombre. A lo largo de mi vida, he visto franceses, italianos, rusos. Sé incluso, gracias a MONTESQUIEU, que se puede ser persa; pero en lo que se refiere al hombre, afirmo que no lo he encontrado en toda mi vida»⁸⁵. Del mismo modo que se rechaza la existencia del hombre, se rechaza la existencia de la cultura humana. Solo se reconocen, y no sólo eso sino que se exaltan, las culturas particulares. La huella educativa de GOETHE desaparece con HERDER de Alemania. Las trágicas consecuencias de esta evolución no necesitan ser aquí expuestas, más aún cuando todavía hoy continúan generando muerte y destrucción en nuestro continente. Baste señalar que el genio nacional suprime a un tiempo el individuo, que queda subordinado a la comunidad a la que pertenece y encadenado a su identidad, esclavizado por la tradición, y a la humanidad a la que pulveriza en multitud de identidades culturales encerradas en sí mismas cuando no en conflicto unas con otras.

La concepción particularista se corresponde en el campo de la antropología con la llamada escuela del particularismo histórico, fundada por el norteamericano de origen alemán BOAS⁸⁶. Este comenzó a utilizar la palabra

83. FINKIELKRAUT, 1987, p. 43.

84. FINKIELKRAUT, 1987, p. 25.

85. FINKIELKRAUT, 1987, p. 19.

86. BOAS es considerado fundador de la antropología cultural en los Estados Unidos. A ello no puede ser ajeno el hecho de que las tesis de MORGAN hayan sido adoptadas como oficiales por la ideología comunista: KHAN, 1975, p. 15.

cultura en un sentido muy distinto al de TYLOR. Con dicho término se refería al «conjunto diferenciado de costumbres, creencias e instituciones sociales que parecen caracterizar a cada sociedad aislada»⁸⁷. La cultura seguía considerándose compuesta por los elementos de la definición de TYLOR, pero las prácticas, creencias y estilo de vida de cada sociedad concreta tenían que ser examinadas como una entidad única que era distinta de cualquier otra. En vez de que las distintas sociedades tengan diferentes grados de cultura o correspondan a diferentes etapas del desarrollo cultural, cada sociedad, según BOAS, tiene su «cultura propia».

2.1.3. Comparación entre ambas concepciones

Las diversas escuelas antropológicas coinciden, en las siguientes ideas:

- a) La cultura consiste en la memoria hereditaria no genética de la sociedad. Ello implica, en primer lugar, que lo cultural es concebido como lo esencialmente humano, como «la gran brecha mental entre el hombre y los animales»⁸⁸. Y en segundo lugar, que la cultura es un hecho social: se trata de una herencia no generada por el individuo aislado, sino por los grupos sociales en que desarrolla su existencia.
- b) La cultura abarca un amplísimo campo de contenidos. TYLOR habla de conocimientos, creencias, arte, moral, derecho y costumbres⁸⁹. GOODENOUGH alude a formas, proposiciones, creencias, valores, re-

87. GOODENOUGH, 1975, p. 189. Aquí GOODENOUGH reprocha al marxismo haber adoptado las tesis de MORGAN, que se corresponden según él con la «arrogante teoría etnocéntrica desarrollada por las élites imperialistas del siglo XIX». En nuestra opinión, dado que a la ideología marxista es consustancial el internacionalismo resulta lógico que siga a MORGAN y no a BOAS. El error de GOODENOUGH es brillantemente denunciado por FINKIELKRAUT: «La filosofía de la descolonización combate el etnocentrismo con los argumentos y los conceptos forjados en su lucha contra las Luces por el romanticismo alemán», esto es, con el concepto de «identidad cultural». Más adelante al hablar de los Estados postcoloniales marxistas, con gran agudeza observa: «Los Estados postcoloniales reconciliaban, sin saberlo, a Marx con Joseph de Maistre... El propio Marx se habría ofuscado sin duda con esas nupcias contra natura con el nacionalismo»: FINKIELKRAUT, 1987, pp. 68, 75 y 76. Este debate resulta del máximo interés ya que en el tratamiento de la cuestión cultural en nuestro país se perciben los errores que FINKIELKRAUT denuncia. Algunos de los máximos defensores de los particularismos culturales, tanto en el País Vasco como en Cataluña, se autocalifican «marxistas».

88. WHITE, 1975, p. 130. En el mismo sentido LINTON (1967, p. 91): «Sin la existencia de la cultura, gracias a la cual se conservan las adquisiciones del pasado y se modelan las generaciones sucesivas de acuerdo con sus patrones, el homo sapiens no sería más que un mono antropoide terrícola, ligeramente distinto en estructura y algo superior en inteligencia, pero hermano del chimpancé y del gorila».

89. TYLOR, 1975, p. 29.

glas y valores públicos, recetas, rutinas y sistema de costumbres⁹⁰. BOAS se refiere a costumbres creencias e instituciones sociales⁹¹. WHITE propone una lista abierta: ideas, creencias, actitudes, sentimientos, actos, pautas de conducta, costumbres, códigos, instituciones, obras de arte y formas artísticas, lenguajes, instrumentos, máquinas, utensilios, ornamentos, fetiches, conjuros, etc.⁹².

Entre las dos concepciones de la cultura existe sin embargo una discrepancia fundamental, pues están basadas en diferentes visiones del hombre y de la historia. La escuela evolucionista o universalista afirma la existencia de una sola cultura de la que las distintas sociedades participan en diferente grado. La cultura es, para ella, un proceso acumulativo ininterrumpido al que contribuye la humanidad entera. Cultura se identifica con progreso del espíritu. Frente a ella, la escuela particularista sostiene que cada sociedad tiene una cultura propia. Se pone el acento en las culturas como fenómenos que expresan el diferente modo de ser de cada pueblo. El principio de progreso fundamenta a la primera y el pluralismo a la segunda.

Cabe preguntarse si es posible armonizar ambos principios y concepciones. No nos corresponde aquí intentar encontrar una respuesta en abstracto. Analizamos la cuestión referida a un contexto determinado: la Constitución española de 1978.

2.2. LA CONCEPCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

2.2.1. La cultura en el Preámbulo

El constituyente nos obliga a armonizar las dos concepciones de cultura. Y ello porque desde su mismo Preámbulo la CE recoge ambas. El Preámbulo, texto que recoge el techo ideológico de la fórmula política de la Constitución y la síntesis de los fines del Estado⁹³, alude en el párrafo cuarto a la protección de las «culturas» de los distintos pueblos de España y en el párrafo quinto se refiere a la promoción del progreso de la «cultura». La polisemia del término cultura⁹⁴ se pone de manifiesto con toda claridad en las referencias citadas.

La distinción entre la «cultura» y las «culturas» que se deduce de las diferentes concepciones estudiadas (la ilustrada francesa y la romántica ale-

90. GOODENOUGH, 1975, p. 197.

91. GOODENOUGH, 1975, p. 189.

92. WHITE, 1975, p. 154.

93. TAJADURA, 1997.

94. Sobre la ambivalencia del término y sus repercusiones políticas, DE BLAS GUERRERO, 1994, pp. 100 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mana) se manifiesta entonces claramente en la CE. Los diferentes conceptos de cultura manejados por TYLOR y BOAS nos resultan, por tanto, de la máxima utilidad a la hora de interpretar los enunciados de los párrafos cuarto y quinto del Preámbulo. El significado de la locución del párrafo cuarto viene determinado por su construcción plural y posesiva: las «culturas» se imputan a los diferentes pueblos de España⁹⁵. Fácilmente se deduce que el concepto de cultura aquí empleado es el propio de la escuela particularista. Por el contrario, el párrafo quinto, al proclamar como voluntad de la nación «el

95. La expresión «pueblos de España», reiterada en el art. 46, supone una novedad en nuestro constitucionalismo. El origen del sintagma lo encontramos en el lenguaje antropológico: «pueblos hispánicos», «pueblos de la Península Ibérica», «pueblos de España»; así, desde el clásico CARO BAROJA (1963) hasta PRAT, MARTÍNEZ, CONTRERAS y MORENO (1991). De su recepción constitucional se derivan una serie de consecuencias en materia cultural. Como señala PRIETO DE PEDRO, «por el interior de la noción de "pueblos de España" corre savia cultural»: PRIETO DE PEDRO (1992, p. 123). Así, si como poder constituyente el concepto de pueblo es de origen revolucionario francés, como noción cultural es fruto del romanticismo alemán. En el Preámbulo constitucional la cultura no es la única cualidad imputada a los pueblos de España, sino una más. Los sustantivos «tradiciones», «lenguas» e «instituciones» acompañan al término «culturas». Sin embargo, parece que este último es el concepto capital y que los demás sustantivos se limitan a complementarlo. Y esto por varias razones: a) El término «culturas» aparece en primer lugar lo cual puede atribuirse a su carácter principal; b) El significado cultural de la palabra «lenguas» es patente puesto que el art. 3.3 CE las califica de «patrimonio cultural»; c) El término tradiciones, situado entre los dos anteriores, ha de compartir su significado. Dicha interpretación se ve fortalecida por el empleo de la conjunción copulativa «y», «culturas y tradiciones», la cual en otro caso no era necesaria. Respecto al último término del Preámbulo, observamos que la noción de «instituciones» es también utilizada por la Antropología, pero aquí su significación cultural es más problemática. Parece prudente mantener, como hace PRIETO DE PEDRO, que nos encontramos ante una noción abierta y genérica, cuyas manifestaciones (políticas, jurídicas, sociales, culturales) dependerán del bagaje de cada pueblo en cuestión. La noción sirve, en todo caso, para alejar las visiones exclusivamente espiritualistas de los pueblos que la idea del *Volksgeist* pudiera originar. A favor de una interpretación cultural de la expresión «pueblos de España» juega también la proyección de la misma en el articulado constitucional. Así, el art. 46 habla del «patrimonio histórico, cultural y artístico» de los pueblos de España. El reconocimiento constitucional de los «pueblos de España», efectuado por el Preámbulo y el citado art. 46, tiene por efecto atribuir al Estado la protección de los patrimonios culturales de los mismos. Distinto significado tiene la mención del Preámbulo del «pueblo español». En este caso se trata de una noción dotada de una indudable carga política puesto que el pueblo español es el titular del poder constituyente. Así se deduce del propio Preámbulo según el cual el pueblo español ratifica la Constitución y de numerosos preceptos del articulado que concretan la genérica declaración del art. 1.2: «la soberanía nacional reside en el pueblo español». No hace falta insistir, ni siquiera para recordarlo, que el pueblo español es el único soberano. Por último, el Preámbulo constitucional, con la utilización en su último párrafo de la expresión «pueblos de la Tierra», alude a la Humanidad entera, a través de la referencia a todos sus miembros, sin exclusiones.

progreso de la cultura» parece corresponderse mejor con una concepción universalista⁹⁶. La introducción de la idea de progreso presenta, además, ecos ilustrados evidentes.

Advertimos así que la noción constitucional de cultura, tal y como viene anticipada en el Preámbulo, es una noción compleja. La complejidad de la misma viene determinada por el valor polisémico del término que, una vez más, encuentra su explicación en las circunstancias históricas en que se gesta nuestro texto constitucional.

El constitucionalismo es hijo de la Ilustración. De ello cabría deducir que la noción constitucional de cultura coincide con la de RENAN, el último GOETHE o TYLOR, entre otros. Parece absurdo que la Constitución, fruto del racionalismo moderno, recoja el concepto de cultura propio de la reacción francesa o del irracionalismo alemán, de HERDER o DE MAISTRE⁹⁷.

La introducción en el Preámbulo constitucional del concepto de «culturas», atribuidas a los distintos pueblos de España, se explica como reacción frente al afán uniformizador de la dictadura. El hecho de que los nacionalismos centralizadores generan nacionalismos periféricos ha sido ya suficientemente estudiado. Lo que nos interesa destacar, en orden a nuestro tema, es que a la noción particularista de cultura propia de la dictadura, las fuerzas progresistas, en su mayoría, no oponen la concepción ilustrada. No se arguye que por encima de la cultura española está la cultura humana, como diría RENAN, sino que a la concepción particularista de cultura española se oponen visiones más reduccionistas aún. El particularismo se acentúa hasta el absurdo. Por más acusadas que sean las diferencias y más opuestos los principios políticos que en otros ámbitos propugnen, ideólogos de la raza española,

96. PRIETO DE PEDRO (1992, p. 51) pone también de manifiesto la polisemia de la voz cultura en el Preámbulo constitucional. En el párrafo cuarto afirma que se contiene la «noción étnica de cultura» y en el quinto la «noción general de cultura». Dedicamos las páginas 51 a 57 a explicar la noción étnica. A favor de esta expresión alega además de numerosos textos de la UNESCO e incluso Constituciones de otros países y el ya clásico trabajo de AZKIN (1968), en el cual se aboga por despojar al adjetivo étnico de sus connotaciones biológicas o primitivas: «El adjetivo étnico, tal como se usa hoy día, indica aquellas características, cualesquiera que puedan ser, que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte. Para el hombre de la calle un pueblo es el equivalente de lo que el informado llama un grupo étnico» (p. 34).

97. Ésa es, sin embargo y paradójicamente, la concepción que se desprende de los textos y documentos de la UNESCO que continuamente se refieren a las «identidades culturales». Sobre este tema, destacando los aspectos positivos PRIETO DE PEDRO, 1992, pp. 91-96. Muy crítico, FINKIELKRAUT (1987, pp. 84-90): «Con la gran conversión de la cultura en identidad cultural la UNESCO entiende por cultura exactamente lo mismo que el pensamiento de las Luces denomina la incultura o el prejuicio» (p. 86).

propagandistas de la cultura nacional-católica y teóricos de los movimientos regionalistas o nacionalistas comparten un concepto de cultura. Se alimentan de una concepción ensimismada sobre la diferencia cultural, que se sostiene en un fatuo orgullo de lo propio que niega al otro. Unos y otros perciben las culturas como totalidades englobantes. Dicha concepción de la cultura aparece junto a su contrincante histórico: la noción ilustrada.

En cualquier caso lo que interesa destacar es que el Estado español de cultura se levanta sobre dos principios fundamentales: el pluralismo y el progreso. Pluralismo y progreso informan la noción constitucional de cultura, y se proyectan, por ello, en multitud de artículos constitucionales. Ambos pueden coexistir sin romper la lógica del texto constitucional porque, como veremos después, la propia Constitución nos proporciona el criterio para resolver un hipotético conflicto entre ambos. Veamos antes cómo se reflejan y concretan en el texto constitucional los principios de pluralismo y progreso cultural.

2.2.2. Pluralismo cultural y progreso de la cultura

No hay pluralismo (ni progreso) sin libertad, así que podemos afirmar que la libertad es el principio fundamental de nuestra Constitución cultural. Como presupuesto del pluralismo la Constitución española, como Constitución de un Estado de cultura, reconoce un gran repertorio de libertades. Todas ellas tienen como fundamento el principio del libre desarrollo de la personalidad que la propia Constitución recoge en el artículo 10.1. Así, siguiendo a PRIETO DE PEDRO⁹⁸, encontramos libertades de creación cultural [art. 20.1.b)], libertades de comunicación cultural [arts. 20.1.c) y 27.1] y libertades de emprendimiento e institucionalización cultural, que garantizan la pluralidad de iniciativas en relación a la cultura impidiendo el monopolio *de iure* de los poderes públicos (arts. 22, 27.5 y 34).

Por otra parte, la CE contiene un amplio repertorio de garantías de la pluralidad cultural de los diferentes grupos en los que los ciudadanos españoles se mueven. El presupuesto sobre el que descansan todos ellos es la consideración del pluralismo cultural como un valor. El mayor desarrollo de este principio se encuentra en la garantía del pluralismo cultural de los pueblos de España. El pluralismo se concreta, entonces, en un sistema de autonomías territoriales dotadas de amplísimas facultades de autogobierno en materia cultural. En tal sentido se instala el reconocimiento del derecho a la autonomía por el artículo 2 y su desarrollo en el Título VIII. Especialmente enfática es también la declaración del artículo 3: «La riqueza de las distintas modali-

98. PRIETO DE PEDRO, 1992, p. 225.

dades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección». Igualmente se proyecta el pluralismo territorial en el artículo 46⁹⁹.

Además la Constitución garantiza el pluralismo cultural en instituciones concretas: centros de enseñanza y medios de comunicación. Así, el artículo 27 garantiza el pluralismo educativo, *ad extra* en sus apartados 1 y 6 y *ad intra* en sus apartados 5 y 7¹⁰⁰. El artículo 20.3, en relación con los medios de comunicación social del Estado, establece que la ley habrá de garantizar «el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España».

Como se advierte, el valor constitucional es el pluralismo, no el particularismo; si se quiere, una versión moderada de la concepción romántica.

Junto a la protección del pluralismo cultural, la promoción del progreso de la cultura es el otro principio fundamntador de nuestra Constitución cultural, que entronca con la tesis ilustrada del universalismo, pero en un sentido también moderado. En realidad no es exagerado decir que la asunción del progreso de la cultura como fin estatal es lo que diferencia a un Estado de cultura de otro que no lo es. Este principio exige una acción positiva del Estado para hacer accesibles a todos los ciudadanos los bienes culturales. A lo largo del texto constitucional encontramos numerosos preceptos en que se atribuyen a los poderes públicos tareas en orden al desarrollo evolutivo de la cultura (*supra*, 1.2.2):

- a) Según el artículo 44.1 deben tutelar y promover el acceso a la cultura.
- b) De los artículos 27.4 y 9 se desprende que han de garantizar la gratuidad de la enseñanza. A los poderes públicos compete la programación general de la enseñanza, con la participación de los sectores afectados (el principio democrático modula así el cultural) y la creación de centros docentes (art. 27.5), así como la vigilancia de todo el sistema educativo para garantizar que se cumplen las leyes (art. 27.8).
- c) El Estado, en virtud del artículo 44.2, ha de promover el desarrollo de la investigación y la ciencia en beneficio del interés general.
- d) El artículo 46 atribuye a los poderes públicos el deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural.

99. Destaca la especial atención del constituyente al pluralismo territorial, p. ej., PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 101 y ss.

100. FERNÁNDEZ-MIRANDA (1984) y PRIETO DE PEDRO, 1978, pp. 526-527.

- e) Otros muchos artículos contienen también obligaciones específicas del Estado en relación con lo cultural: artículos 25.2, 43.3, 50 y 51.

2.2.3. El objeto del derecho a la cultura

De cuanto venimos exponiendo se deduce que la CE pretende una síntesis entre las concepciones universalista y particularista de la cultura¹⁰¹: defensa de una cultura constitucional, relativamente uniforme, derivada de los valores de la tradición ilustrada (con su intrínseca preferencia por una cierta «alta cultura» o cultura de calidad¹⁰²) y basada en la dignidad, libertad e igualdad de todos los hombres (art. 1.1) pero respetuosa con la diversidad y con la cultura de las minorías, especialmente en los ámbitos religioso, de pensamiento, regional y lingüístico¹⁰³. Los límites a la diversidad son claros y no hace falta que nos lo recuerden los documentos internacionales (p. ej., art. 2.1 de la Convención de la UNESCO y aps. 17 a 20 de la OG 21): el sistema de valores, principios y derechos proclamado en la misma CE.

Sin embargo, no es lo mismo aprehender la concepción cultural de la CE que concretar el objeto del derecho a la cultura del artículo 43.1. Lo segundo es una tarea más específica y pragmática¹⁰⁴, pero que necesariamente debe ser coherente con lo anterior. Como ya hemos adelantado e iremos precisando en los apartados siguientes, el derecho que estudiamos es, ante todo, un derecho de prestación¹⁰⁵. Se trata, por tanto, de concretar prestaciones que, con unas u otras técnicas (no sólo la del derecho subjetivo), puedan ser exigidas a los poderes públicos y, en su caso, a los particulares. Desde este punto de vista, el llamado derecho a la diversidad cultural (o, en términos más correctos, al respeto de la propia identidad cultural, especialmente de las minorías) nos interesa menos, en tanto estructuralmente resulta ser, ante todo, un derecho de defensa¹⁰⁶. Ahora bien, la atención al problema

101. En esta dirección, RUIZ ROBLEDO, 1998, p. 9. Para el debate cultura regional-cultura nacional resultan de gran interés las consideraciones de GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 627 y ss.

102. De interés, HELLER y FÉHÈR, 1985. Como contrapunto y para continuar la reflexión, p. ej., PUIG, 2004.

103. Para una reflexión más general sobre la compatibilidad entre pluralismo y universalismo, por todos, HÄBERLE, 1998, esp. p. 34.

104. Así, HUSTER, 2009, p. 14.

105. Así, con unas u otras matizaciones, TAJADURA, 2004, p. 281.

106. Este es el punto de vista adoptado por la mayoría de los estudios sobre el derecho a la cultura o sobre los derechos culturales; entre la ya amplia bibliografía en castellano, p. ej., DE LUCAS (2003) y ANÓN ROIG y GARCÍA ANÓN, 2004, pp. 230 y ss. La perspectiva es sin duda interesante, también para la dogmática constitucional, pero la creemos inadecuada para enfocar el tratamiento del derecho fundamental del art. 43.1. No faltan autores que mezclan ambas perspectivas, pero casi siempre con descuido de la faceta que aquí interesa, a saber, el derecho fundamental de presta-

de la diversidad debe tomarse en consideración en el sentido siguiente: la cultura que puede exigirse no es sólo la cultura mayoritaria sino también (y seguramente, como veremos, sobre todo) la cultura de las minorías.

Para poder transformarse en el objeto de un derecho, la cultura (en sentido estricto) debe concretarse en manifestaciones culturales (en sentido amplio) que no formen parte del objeto de otras normas constitucionales¹⁰⁷ y que acepten una clara faceta prestacional. Quedarían fuera entonces la lengua (art. 3), la religión (art. 16), la ciencia y la técnica [arts. 20.1.b) y 44.2] y el ocio y el deporte (art. 43.3). A la vista de las exposiciones dominantes de lo que es una política cultural¹⁰⁸, del uso común del término¹⁰⁹ y de la propia dinámica de los poderes públicos con competencias específicas en materia cultural (p. ej., el RD 1132/2008, de estructura orgánica básica del Ministerio de Cultura¹¹⁰) cabe circunscribir dichas manifestaciones a las siguientes: un primer círculo indiscutido, formado por el arte (las seis artes proclamadas por la Grecia clásica: la poesía –hoy diríamos más bien la literatura, incluyendo el teatro–, la música, la danza, la pintura –incluyendo quizás algunas otras artes gráficas–, la escultura –en sentido amplio, incluyendo la artesanía– y la arquitectura, a las que en la actualidad cabría añadir el cine –o el producto audiovisual– y la fotografía) y el legado o patrimonio histórico (en la medida en que no estuviera incluido en las manifestaciones artísticas anteriores, como es el caso de los documentos históricos¹¹¹), a lo cual cabría

ción, que cuenta con perfiles constitucionales propios, diferentes a lo predominantes en los trabajos escritos por internacionalistas o por filósofos del Derecho.

107. La posición de PRIETO DE PEDRO (1996, pp. 207-210) es omnicompreensiva (el autor habla de «cruce de caminos» y de «función globalizadora») e incluye contenidos del derecho que forman parte de otras normas constitucionales. Esta forma de proceder, que a nuestro juicio infringe el criterio interpretativo sistemático de evitar la concurrencia de derechos, en poco ayuda a paliar el problema que denuncia el propio autor (en p. 212), la construcción dogmática de un derecho (autónomo) a la cultura.
108. P. ej., REAL INSTITUTO ELCAÑO, 2004, o MILLER y YÚDICE, 2004. Demasiado extensa, y por tanto inconveniente a nuestros efectos (analizar el desarrollo del art. 44.1 CE), nos parece la concepción subyacente en la por otra parte fundamental recopilación de NAFZIGER, PATERSON y RENTELN, 2010.
109. Puede ser ilustrativa la revisión de los temas que suelen figurar en la sección «Cultura» de los diarios de información general.
110. El art. 1.1 establece como ámbitos de actuación del Ministerio que pueden servirnos de ayuda para la determinación del objeto del derecho a la cultura, el patrimonio histórico español, los museos, las artes plásticas, el libro y la lectura, la creación literaria, los archivos y bibliotecas, las artes escénicas, la música, la danza y el circo; las actividades cinematográficas y audiovisuales y la protección de la propiedad intelectual.
111. *Vid.* art. 1.2 LPHE, cuyo carácter evolutivo es bien destacado por PÉREZ MORENO, 1991, pp. 1625 y ss. y por GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 68 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

añadir un segundo círculo, más discutible y desde luego más difuso, formado por aquellas manifestaciones culturales no religiosas ni lingüísticas, entre las que cabría incluir algunos espectáculos (p. ej., los toros o el circo) y tradiciones (p. ej., las fiestas populares) que guarden relación con el desarrollo del espíritu humano socialmente considerado, todo ello sin perjuicio de que en algún caso dichas manifestaciones puedan incluirse en las correspondientes al primer círculo, lo que deberá analizarse caso por caso. La más lejana conexión entre este segundo círculo de manifestaciones y las concepciones de la cultura expuestas con anterioridad lleva a pensar que aquellas formarían más bien parte del contenido adicional del derecho fundamental, esto es, el legislador tendría libertad para proveer las prestaciones correspondientes, las cuales no podrían ser exigidas *ex constitutione*. Desde el concepto ilustrado de cultura (presente, debe recordarse, también en la CE), parece claro que las manifestaciones de este segundo círculo guardan una menor conexión con las necesidades culturales derivadas de la dignidad, libertad e igualdad: el concepto de cultura es abierto pero no totalmente abierto.

En todo caso, las manifestaciones culturales señaladas deben transformarse en algo que se puede prestar, sea en forma de bien sea en forma de servicio. Por tanto, en realidad, el objeto del derecho a la cultura no es la cultura en sí sino los bienes y servicios culturales que se concretan, sobre todo, en libros, esculturas, pinturas, fotografías, edificios, discos, películas cinematográficas y otras obras audiovisuales y en los establecimientos y servicios que ponen estos bienes a disposición del público. La cuestión central a partir de aquí es determinar qué tipo de bienes forman parte de la prestación constitucionalmente exigible (pues parece claro que no cualquier libro o película puede ser exigido), sea como parte del contenido del derecho subjetivo fundamental, sea como parte, más ampliamente, de la obligación meramente objetiva de fomento por los poderes públicos. Esta cuestión será resuelta más adelante, pero conviene adelantar tres ideas previas: en primer lugar, el concepto de bien (o servicio) cultural ha de ser material, no formal (es decir, no son bienes culturales sólo los declarados como tales por los órganos competentes, según los procedimientos, p. ej., de la LPHE)¹¹²; en segundo lugar, los bienes culturales son por definición colectivos, lo que nos lleva a afirmar, como después se detallará, que las garantías del derecho que estudiamos son de tipo normalmente objetivo; por último, que la cultura a la que se refiere el artículo 43.1 ha de ser aquella compatible con la concepción de la cultura que hemos expuesto: respetuosa con la diversidad sin riesgo para los valores constitucionales pero engarzada también con la idea clásica, universalista, minoritaria si se quiere, de «alta cultura» o cultura de

112. De interés, la STC 181/1998, FJ 8.

calidad¹¹³. La llamada democratización de la cultura no significa que cualquier manifestación aparentemente cultural esté protegida por la Constitución sino que los bienes estrictamente culturales lleguen a todos los ciudadanos. Es decir, no es cultura todo lo que los ciudadanos dicen que es cultura y cabe una definición mínimamente objetiva de lo cultural¹¹⁴. La cultura no es un lujo de unos pocos ni una curiosidad, tampoco algo que la persona necesite para sobrevivir o para fines prácticos. Exige una actitud activa, un esfuerzo y responde a la necesidad de comprender el mundo. Sirve al desarrollo de la personalidad, que se logra en el mismo acto de participar en las creaciones de otros, lo que nos permite transitar el camino que va de la ignorancia al conocimiento. Por eso, difícilmente puede considerarse cultura (y por tanto exigirse desde la perspectiva de la CE) la asistencia pasiva a determinados espectáculos o el consumo de productos culturales sin calidad.

3. FUNDAMENTO

El derecho a la cultura entronca con dos grupos de valores constitucionales:

- a) Ya hemos visto cómo el Preámbulo de la CE (*supra*, 2.2.1) conecta directamente cultura y dignidad de la persona: el progreso de la cultura es necesario para permitir una digna calidad de vida. El entronque entre el principio de dignidad del artículo 10.1 CE y el derecho fundamental del artículo 44.1 es así evidente para el mismo constituyente¹¹⁵. Al igual que sucede con la educación, se entiende que una persona sin cultura es menos autónoma, menos libre y que por tanto su dignidad está más amenazada.

Lo mismo sucede con el «libre desarrollo de la personalidad», «crite-

-
113. En sentido similar, TAJADURA, 1997, p. 130. Antes de que la diversidad se convirtiera en término fetiche del Derecho de la cultura, el Preámbulo de la LPHE enlazó con claridad el objeto del derecho a la cultura (o mejor, de parte de él) y la concepción universalista: «el Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal» y está formado «por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal». De interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, p. 94.
 114. El concepto de cultura puede evolucionar; de interés, desde el punto de vista de las políticas públicas, CORIJN, 2002, en un trabajo que ejemplifica muy bien las nuevas tendencias y los riesgos de una expansión excesiva del concepto de cultura. CORIJN habla incluso de «los cafés de barrio»; aun admitiendo que sean cultura (lo que es mucho admitir), parece evidente que no forman parte de la cultura a la que se refiere el art. 44.1 CE.
 115. Entre otros, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 91-92.

rio de interpretación»¹¹⁶ para todos los derechos fundamentales, mediante el cual la Constitución expresa la primacía de la persona, no del individuo, sobre el Estado¹¹⁷, en una suerte de exaltación antropocéntrica. En su contenido se puede incluir una plétora de manifestaciones, estatus y comportamientos del individuo, muy heterogéneos, entre los cuales bien puede figurar el acceso a la cultura. En este orden de cosas hay que destacar referencias interesantes de la misma Constitución: el artículo 27.2 relaciona el objeto de la educación (y lo mismo resultaría aplicable a la cultura) con el pleno desarrollo de la personalidad humana y el 25.2 establece una conexión directa entre acceso a la cultura y desarrollo de la personalidad de los reclusos, lo que resulta aplicable a todas las personas. Algunos autores han ido más allá y han hecho referencia a la cultura «como cultivo del hombre en su más variada exigencia, como desarrollo de todas sus aptitudes, de todas sus capacidades»¹¹⁸ o, dicho de otra forma más acorde a la Constitución, a su libre desarrollo de la personalidad y también como arma liberadora del sistema social y político¹¹⁹, subrayando su poder de humanización y emancipación¹²⁰. En conclusión, a pesar de que el derecho a la cultura tiene un artículo específico que lo garantiza y protege autónomamente, el principio del libre desarrollo de la personalidad colabora en otorgar centralidad (o si se quiere, en dotar de nuevos argumentos a su fundamentación) al derecho a la cultura.

- b) Otro valor importante, que parece inmanente a la CE, como ya hemos visto (*supra*, 2.2.2), es el pluralismo cultural¹²¹, que alude a la existencia de una diversidad real y efectiva de culturas, entendidas en sentido amplio, esto es, mucho más allá de los bienes culturales que conforman el objeto del derecho a la cultura. Ciertamente, la CE no habla del pluralismo, de forma expresa, más que en relación con lo político (arts. 1.1 y 6) e, indirectamente, con los ámbitos edu-

116. STC 64/1984, FJ 1.

117. Por todos, MORTATI, 1975, p. 146 y, entre nosotros, PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 247-250.

118. TORRES DEL MORAL, 1984, p. 210.

119. TORRES DEL MORAL, 1984, p. 206, y en el mismo sentido, PÉREZ LUÑO, 1984, p. 301. Asumiendo las importantes aportaciones de ambos autores, GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 64.

120. PÉREZ LUÑO (1984, p. 300). También desde fuera del Derecho; p. ej., ARIÑO VILLARROYA y GARCÍA FERRANDO, 2008, pp. 539 y 546, con sustento empírico-sociológico.

121. AINIS (1991, pp. 132) califica este principio como finalidad última de la acción de los poderes públicos junto al ejercicio popular de la soberanía *Vid.*, para el contexto español, los argumentos de PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 59 y ss.

cativo y de la comunicación pública. Detengámonos en el ya citado artículo 20.3 CE, precepto que nos hace caer en la cuenta de que, para el constituyente, la sociedad está formada por varios grupos y que cada uno de ellos es fuente de cultura¹²². La alusión a la lengua nos lleva también a recordar algunas manifestaciones del deber de respeto al pluralismo cultural presentes en la CE: ya hemos destacado aquí las garantías de las comunidades culturales relacionadas con el sistema de autonomía territorial. Nada se dice, en cambio, sobre otros grupos culturales, pero parece claro, a la vista de cuanto llevamos expuesto, que la CE valora positivamente el hecho del pluralismo y también el hecho del pluralismo cultural.

A partir de aquí, nos encontramos ante una difícil tesitura, que tiene alguna trascendencia para nuestro tema: el pluralismo cultural no es tanto un fundamento del derecho a la cultura como un elemento que ayuda a comprender qué tipo de bienes culturales deben ser respetados y, sobre todo, preservados por el Estado. La cuestión es la siguiente: ¿el pluralismo cultural es un hecho o un valor? Según venimos afirmando, es un valor, es decir un deber ser. El problema reside entonces en determinar el alcance de ese deber ser, lo que entronca con la polémica filosófica del multiculturalismo, sobre la que conviene abrir un brevísimo paréntesis.

Hay muchas versiones del multiculturalismo como filosofía política. En términos de dogmática constitucional, el multiculturalismo sería una forma concreta, entre otras posibles, de concebir el pluralismo cultural. El principio constitucional (implícito) es el pluralismo cultural; el multiculturalismo no es un principio constitucional, expreso o implícito, sino una filosofía política. Por lo que aquí interesa, parece común a todas las versiones del multiculturalismo¹²³ la defensa de un papel activo del Estado en la promoción de las manifestaciones culturales minoritarias o en peligro; este tipo de políticas (llamadas «de reconocimiento») no son extrañas al desarrollo constitucional español y se han concretado sobre todo en el ámbito lingüístico. Se trata, como tantas otras veces, de una cuestión de grados: llevado al límite, el multiculturalismo pondría en riesgo el principio básico de toda Constitución, la integración sociopolítica¹²⁴. En el otro ex-

122. Véase *infra*, 1.2.2, la referencia a la STC 49/1984.

123. La obra de referencia es seguramente GUTMANN 1994. En castellano, TAYLOR, 2003.

124. SARTORI (2003) contraponen multiculturalismo (más bien la versión radical del multiculturalismo) y pluralismo, pero al hablar de pluralismo se está refiriendo más bien a la integración. El renombrado politólogo italiano, siempre provocador e interesante, se deja llevar demasiado por su afán polemista. La tensión está mejor planteada y resuelta en PRIETO DE PEDRO, 1989, pp. 96 y ss.; RUIZ-RICO y PÉREZ SOLA, 2002,

tremo, una política neutral frente al hecho cultural, un liberalismo radical tampoco parece aceptable a la luz del artículo 9.2 CE, precepto que, si no tiene carácter imperativo autónomo, al menos refuerza la obligatoriedad de las acciones positivas relacionadas con DFSP concretos (*supra*, III, 2.3.8 y 2.4). Pues bien, consideramos que la CE exige un cierto punto medio, un multiculturalismo moderado¹²⁵, y ésta es la opción asumida por el legislador en el ámbito más importante, precisamente aquél donde surge la tesis del multiculturalismo, el relativo a la inmigración (art. 2 ter.1 de la LE, introducido por la LO 2/2009). No es éste el momento de ampliar esta digresión, pues nuestro concepto de cultura es mucho más restringido que el concepto de cultura que maneja el multiculturalismo. Ahora bien (y aquí encontramos por fin el entronque que buscábamos), las culturas (en sentido amplio) producen bienes culturales (en sentido estricto: obras de arte), y éstos deben ser preservados activamente para garantizar el pluralismo como valor, en términos similares (aunque mucho más limitados y modestos) a lo que proponen las versiones moderadas del multiculturalismo. En definitiva, el valor del pluralismo cultural, inmanente a la CE, parece obligar al Estado a proteger activamente, al menos, los bienes culturales procedentes de culturas minoritarias o en peligro. El fundamento constitucional de esta tesis es el artículo 9.2 CE.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objeto del derecho fundamental del artículo 44.1 CE¹²⁶ es la cultura,

p. 1618; GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 113 y ss.; HUSTER, 2009, pp. 46-47; PAU y ROCA, 2009, pp. 88-89, y, sobre todo, GRIMM, 2007, pp. 53 y ss.

125. En esta dirección vienen a situarse los constitucionalistas españoles que se han aproximado al tema; *vid.*, p. ej., las contribuciones de RUIZ-RICO RUIZ, LÓPEZ GUERRA o SALAZAR BENÍTEZ contenidas en RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2005.
126. Como se advirtió en un comienzo, ninguna duda cabe de que este derecho fundamental existe, pues así lo señala expresamente el art. 44.1 CE. No obstante, en nuestra doctrina hay quien sigue negando la evidencia. Dejando de lado las argumentaciones que se quedan en la referencia a la interpretación «ortodoxa» del art. 53.3 CE, ya desmontadas con carácter general en su momento, veamos p. ej. la argumentación de PAU y ROCA (2009, pp. 52 y 55-56 y 62-67): para estos autores, la cultura no es un derecho fundamental, sobre todo, porque «la cultura, en sí misma, no se puede exigir». Pues bien, a lo largo de este capítulo demostramos, creemos que sobradamente, lo contrario. El planteamiento de PAU y ROCA resulta además internamente contradictorio, pues estos autores señalan después que «El derecho a la cultura es un derecho de prestación [que] faculta para acceder a un servicio público: el servicio público cultural».

no sólo el acceso a la misma: nótese la opción del constituyente por la fórmula «a la que», en vez de «al». De entrada, conviene señalar que este derecho resulta ser, sin duda alguna, de estructura compleja porque encaja, ante todo, en la categoría de los derechos de prestación (en las dos variantes de derecho de organización y procedimiento y derecho de prestación fáctica), pero también tiene una relevante faceta defensiva¹²⁷.

Dada la falta de desarrollo directo del artículo 44.1¹²⁸, conviene acudir en primer lugar, *ex* artículo 10.2 CE, a los tratados ratificados por España, y en particular al precepto más importante, el artículo 15.1.a) PIDESC, concretado en la ya citada Observación General n° 21, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (OG 21). Preciso resulta, no obstante, hacer notar las diferencias entre los artículos 44.1 CE y 15.1.a) PIDESC: el primero reconoce un derecho a la cultura mientras que el segundo un derecho a «participar en la vida cultural», que es algo más restringido, con un componente prestacional menos evidente. No obstante, creemos que la participación está incluida en el derecho a la cultura y por tanto que el contenido del derecho determinado por la OG 21 sirve para integrar, en parte, el contenido del derecho del artículo 44.1 CE. Pues bien, para la OG 21, el derecho a la cultura tiene tres componentes principales:

- a) Como derecho de participación incluye sobre todo «el derecho a buscar, desarrollar y compartir los conocimientos y expresiones culturales con otros; y a actuar y tomar parte en actividades creativas» (ap. 17), lo que parece remitir a nuestro artículo 20.1.b), que hemos dejado fuera del contenido del derecho a la cultura.
- b) Como derecho de acceso comprende, en particular, el derecho de cualquiera, solo, en asociación con otros o como comunidad (*infra*, 5.1.2), a acceder y comprender la propia cultura y las demás, y ello, a través de instrumentos como la educación y las nuevas tecnologías, entre otros. De la misma forma, toda persona «tiene derecho a acce-

127. El intento más elaborado de configuración dogmática del derecho a la cultura que hemos encontrado en nuestra doctrina es el de GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 152 y ss. y 218 y ss., cuyo problema fundamental es dejarse llevar demasiado por la interpretación mayoritaria del art. 53.3 CE, tantas veces criticada a lo largo de esta obra. La autora reconoce estructuras defensivas y prestacionales del derecho a la cultura, si bien a veces confundiendo contenido y garantía o prestación y participación. Otro punto débil, ya criticado (*supra*, 1.2.2 y 4.2), del trabajo de GONZÁLEZ MORENO, por otra parte muy meritorio, es el de incluir en el contenido del derecho a la cultura el derecho a la creación del art. 20.1.b).

128. Sobre la reserva de ley en este ámbito, remitimos a nuestras consideraciones previas (*supra*, 1.4.1). Si no hay una reserva de ley sobre el derecho a la cultura, son en principio lícitos (aunque no aconsejables) los reglamentos independientes.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

der a formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales [...] y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades» (ap. 18). Aquí el derecho de libertad adquiere una dimensión cercana a lo prestacional, pues ya no se trata tanto de que una persona se manifieste culturalmente sino que reciba las manifestaciones culturales de otros. Esta faceta de recepción puede realizarse libremente, pero para ello va a requerirse, en ocasiones, la disponibilidad sin trabas de tales manifestaciones culturales, lo cual implicará una labor activa de puesta a disposición, esto es, una prestación, en el sentido amplio del término.

- c) Como derecho a la contribución, incluye el «derecho a contribuir a la creación de los aspectos espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad», así como el «el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad de la cual la persona es miembro, así como en la definición, preparación e implementación de políticas y decisiones que inciden en el ejercicio de sus derechos culturales» (ap. 19). Esta tercera dimensión no parece añadir mucho a las anteriores: se reitera la faceta de libertad del derecho y se añade lo que más bien parece una de las garantías del mismo, que por tanto queda fuera del contenido del derecho estrictamente considerado.

En cuanto a los llamados elementos del derecho, la OG 21 incluye los cinco siguientes:

- a) Disponibilidad: el patrimonio cultural de cada Estado debe ser protegido y abierto a las personas, disponibilidad que conecta directamente con el contenido objetivo del derecho a la cultura (*infra*, 7.3).
- b) Accesibilidad, que «consiste en la posibilidad efectiva y concreta de acceder a la cultura y participar en ella» y que se desglosa a su vez en otros cuatro componentes (*infra*, 4.2): no discriminación; accesibilidad física, lo que remite al apoyo no sólo a las zonas urbanas¹²⁹ sino también, y sobre todo, a las rurales¹³⁰; accesibilidad económica,

129. Lo más importante es evitar la concentración de los servicios culturales en el centro de las ciudades. Al respecto, CORIJN, 2002.

130. En este sentido véase el art. 29.3 LC sobre salas de exhibición cinematográfica radicadas en pequeños núcleos urbanos o rurales y, con carácter general, el art. 29 de la Ley 45/2007, según el cual, «Con el objetivo de permitir el mantenimiento de una oferta cultural estable y próxima en el medio rural, el Programa [de Desarrollo Rural Sostenible] podrá contener medidas que tengan por objeto: a) Crear redes de espacios culturales, que, reutilizando el patrimonio arquitectónico existente, garanticen la infraestructura para su desarrollo con la mayor polivalencia posible, la

esto es, conseguir que todo bien y servicio cultural esté al alcance económico de todos y accesibilidad a la información.

- c) Adaptabilidad: las medidas en materia cultural que el Estado adopta deben ser respetuosas con la diversidad.
- d) Aceptabilidad: cada medida, política o estrategia cultural tiene que implementarse de forma correcta y aceptable para los sujetos, siendo entonces necesaria la participación de éstos (*infra*, 7.1).
- e) Pertinencia: la *pertinencia cultural* es un concepto destinado a adecuar el ejercicio del derecho a las peculiaridades individuales y sociales¹³¹. La OG 21 cita como ámbitos de modulación el trabajo, la protección de niños y familias, la alimentación, la salud, el agua, la vivienda, la educación y la propiedad intelectual [ap. 20.e)].

Nuestra configuración del derecho a la cultura no va a seguir la sistemática de la OG 21, por la señalada razón de las diferencias entre la dicción de los artículos 44.1 CE y 15.1.a) PIDESC. Sin menospreciar la importante faceta defensiva del derecho, quizás menos problemática y con una intensa intersección con las libertades de la comunicación del artículo 20.1 CE, dado el contexto de esta obra, nos centraremos sobre todo en la faceta prestacional del derecho a la cultura, presente ésta también, aunque con menor intensidad, en la OG 21.

4.2. LA CULTURA COMO DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la cultura, en su faceta defensiva, tiene dos manifestaciones: como derecho reaccional y como derecho de libertad. El primero consiste en la defensa frente a los ataques a los bienes culturales que conforman el objeto del derecho y se concreta, dado el carácter normalmente colectivo de dichos bienes, en medidas de protección objetiva del mismo, que serán analizadas dentro de las garantías del derecho. A la vista de la legislación vigente, parece que el derecho reaccional a la cultura tiene un contenido meramente objetivo, es decir, no puede ser exigido como derecho subjetivo por los ciudadanos.

Más relevante resulta ser la configuración del derecho a la cultura como

dimensión adecuada para garantizar su sostenimiento y su accesibilidad; b) Impulsar planes de actividades culturales por zona rural, favoreciendo la participación y la iniciativa de todo tipo de entidades privadas; c) Dotar a los municipios rurales de bibliotecas públicas; d) Proteger el patrimonio histórico-artístico ubicado en los municipios rurales y fomentar su mantenimiento y restauración adecuados». Es de lamentar la fórmula habilitadora («podrá») y no imperativa del precepto.

131. Declaración de Friburgo sobre los derechos culturales, art. 1.e).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho de libertad, el cual se concreta esencialmente, no como libertad de crear [ya reconocida en el art. 20.1.b)]¹³² o de manifestarse culturalmente [reconocida básicamente en los arts. 16.1 y 20.1.a)] sino como libertad de acceder a los bienes culturales ajenos ya existentes, públicos o puestos a disposición del público¹³³; sobre el derecho a la disponibilidad de los mismos hablaremos más adelante, dentro de la faceta prestacional del derecho. En coherencia con la CE, y a veces con cita de la misma, la legislación cultural estatal reconoce un derecho subjetivo de acceso a los bienes culturales¹³⁴. En todo caso, la libertad de acceso no precisa ser reconocida por la ley (sí, en su caso, las restricciones a la misma), pues la CE es de aplicación directa. A la vista de nuestra previa delimitación del objeto del derecho a la cultura, veamos los sectores más relevantes:

- a) La libertad de acceso a los bienes culturales municipales deriva sin más del artículo 18.1.c) LBRL.
- b) La libertad de acceso al patrimonio cultural y a los museos se encuentra legalmente reconocida de forma expresa. Según el Preámbulo de la LPHE, el objetivo último de la norma es precisamente «el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos», y así se reitera en los artículos 2.1 (cláusula general), 57.1.a) (libre consulta de los documentos del patrimonio documental español) y 62 (acceso a archivos, bibliotecas y museos), sirviendo en todo caso el artículo 85 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, aplicable al Patrimonio Histórico Español (DA 14ª), que viene a establecer la disponibilidad general de los bienes públicos.

En relación con los bienes declarados de interés cultural, se aplica el mismo régimen (DA 2ª LPHE), lo que se detalla mejor en algunas leyes autonómicas, como por ejemplo la Ley 8/1995, del Patrimonio

132. Correctamente, PAU y ROCA, 2009, p. 63.

133. Los bienes culturales privados accesibles, salvo lo previsto en la legislación de propiedad intelectual o declaración administrativa en contra, son en principio sólo aquellos puestos a disposición del público por sus propietarios.

134. Por todos, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 116 y ss.

Cultural de Galicia, donde se obliga a los propietarios de bienes inmuebles declarados de interés cultural a facilitar la visita pública a los mismos, visita que, en todo caso, será gratuita durante cuatro días al mes, en días y horario prefijado. Este tipo de obligaciones son intervenciones sobre el derecho de propiedad justificadas en el artículo 44.1 CE. Al hablar de los obligados privados del derecho volveremos sobre el tema.

La normativa estatal sobre museos confirma la libertad de acceso prevista en el artículo 62 LPHE. Así, el Real Decreto 620/1987, modificado por el Real Decreto 496/1994¹³⁵, que aprueba el Reglamento de Museos de Titularidad Estatal y del Sistema Español de Museos, concreta los horarios de apertura y establece unas obligaciones mínimas de gratuidad, desarrolladas por la Orden CUL/174/2009, que regula la visita pública a los museos de titularidad estatal adscritos y gestionados por el Ministerio de Cultura y por el Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música. Esta norma, en vigor desde el 1 de marzo de 2009, sin duda alguna consigue fomentar y hacer más accesible la visita a los museos objeto de la ley y crea distintos abonos y entradas combinadas. En particular, se fija en tres euros el coste diario para la visita pero establece un largo listado de excepciones, en las cuales la visita será gratuita o con descuento (arts. 4 y 5). Finalmente se establece el deber de los museos de facilitar a los investigadores la contemplación y estudio de los fondos que no estén expuestos al público, así como la consulta de todos los catálogos sin menoscabo del normal funcionamiento de los servicios y sin perjuicio de las oportunas restricciones que puedan establecerse a causa de la conservación de los bienes. Por su parte, la Ley 46/2003, del Museo Nacional del Prado fija como uno de los objetivos de esta institución «fomentar y garantizar el acceso a las mismas del público y facilitar sus estudios a los investigadores» (art. 3).

- c) En cuanto a la libertad de acceso al libro (o, más estrictamente, a las bibliotecas), el Preámbulo de la LLLB alude al «derecho que permita acceder al conocimiento a toda la ciudadanía en condiciones de igualdad» y el articulado garantiza el acceso libre y gratuito a ciertos servicios, concretados en cuatro actividades: la consulta en sala de la publicaciones, el préstamo individual y colectivo, la información y orientación para el uso de la biblioteca y cualquier otra necesidad

135. Para establecer la igualdad entre los ciudadanos comunitarios. Al respecto, STJCE *Comisión c. Italia*, de 16 de enero de 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

informativa del usuario y, finalmente, el acceso a la información digital a través de Internet o las redes análogas y la formación para su mejor uso.

- d) La libertad de acceso a los espectáculos y las manifestaciones artísticas no suele estar reconocida expresamente, más que para establecer algunas restricciones por motivos de seguridad, salud pública y protección de los menores (*infra*, 6). No obstante, el derecho de acceso a los «espectáculos y actividades recreativas» se deduce del artículo 58 («derecho a contemplar el espectáculo») del Reglamento del mismo nombre (RD 2816/1982).
- e) En cuanto a las manifestaciones culturales, como la música o las obras audiovisuales, que puedan estar disponibles en la radio y la televisión, resulta de aplicación la libertad de recepción, reconocida parcialmente en el artículo 20.1.d) CE y derivada en todo caso de la configuración como servicio público de estos medios de comunicación¹³⁶. Por último, en relación con Internet, medio también apto, entre otras muchas cosas, para acceder a bienes y manifestaciones culturales, escritas, sonoras o audiovisuales¹³⁷, sirva nuevamente la libertad genérica de acceso, derivada de la configuración como servicio universal del acceso a Internet [art. 22.1.a) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones].

En conclusión, existe un derecho de acceso a los bienes culturales públicos o puestos a disposición del público, a veces reconocido expresamente en la normativa específica; cuando no existe dicho reconocimiento, resulta de aplicación directa el artículo 44.1 CE. En todo caso, al ordenamiento no suele interesarle el acceso en cuanto tal, sino sus modalidades de ejercicio y, sobre todo, sus restricciones, tema este que corresponde abordar más adelante (*infra*, 6).

4.3. LA CULTURA COMO DERECHO DE PRESTACIÓN

4.3.1. El Estado no crea cultura

Previamente al análisis de la faceta prestacional del derecho a la cultura debe realizarse una consideración importante, normalmente pacífica: no es bueno que el Estado intervenga directamente en la creación cultural, debiendo quedar ésta, por tanto, en manos de los particulares. El Estado, sin

136. Para profundizar en esta importante cuestión, que abordaremos en nuestro próximo libro (GE), de momento, RODRÍGUEZ PASTORIZA, 2003 y 2005, y HERNÁNDEZ, 2006.

137. De interés, p. ej., BUSTAMANTE, 2003.

embargo, ha de facilitar la creación cultural, y ello de dos maneras: apoyando la difusión de los bienes culturales existentes y, aun antes, contribuyendo activamente a su misma producción. Si el Estado no interviniera, la cultura que recibirían los ciudadanos sería sobre todo la decidida por el mercado y el mercado por sí solo no asegura la existencia de bienes culturales plurales e igualmente accesibles a todos¹³⁸.

En las dos tareas públicas recién mencionadas, que tienen una indudable naturaleza constitucional¹³⁹, aparece el riesgo de pérdida de neutralidad del Estado¹⁴⁰, pues éste ha de decidir permanentemente qué bienes culturales exhibir o fomentar. Pues bien, el principio de neutralidad no es absoluto¹⁴¹ (tampoco el mercado es neutral) y el riesgo de politización de la cultura puede ser mitigado con un adecuado diseño legal y una buena práctica administrativa. Más adelante, en los apartados correspondientes, analizaremos las normas respectivas a la luz de la Constitución. Antes de ello, una revisión a la concepción de cultura del constituyente puede ir arrojando algunas pistas. A nuestro entender, los ciudadanos sólo pueden (constitucionalmente) exigir y el Estado sólo debe (constitucionalmente) comunicar y fomentar la cultura de calidad, esto es, la que sirva al desarrollo de la personalidad, la que entronque con la concepción ilustrada y universalista. Como la selección no es fácil, para evitar el aludido riesgo de politización, lo constitucionalmente deseable es que la selección sea realizada por expertos inde-

138. P. ej., HUSTER, 2009, pp. 16 y 23-24: «El fomento del arte reacciona así a un fracaso estético del mercado: protege el arte y a los artistas de la coerción a adaptarse al mercado». Y p. 26: «Dejar el arte totalmente en mano del mercado llevaría por ello, con gran probabilidad, al empobrecimiento de la estructura cultural». También PRIETO DE PEDRO, 1996, pp. 211 y 215; VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 66-67 y 86; y PAU y ROCA, 2009, pp. 90-92.
139. En el importante trabajo de HUSTER que venimos citando, de forma algo contradictoria con su planteamiento previo de necesidad social de intervención pública sobre el mercado del arte, se acaba defendiendo (pp. 27-30 y 44-45) que dicha intervención es un objetivo políticamente deseable pero no constitucionalmente exigible. El planteamiento de HUSTER, en sí mismo discutible para Alemania, no es trasladable a nuestro país, pues la CE dispone al respecto inequívocos mandatos de actuación; en similar sentido, *vid.* la crítica a HUSTER de PAU y ROCA, 2009, p. 141.
140. La doctrina alerta unánimemente contra este riesgo; p. ej., VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 229 (con acertada cita de FORSTHOFF); RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, p. 1618; GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 63 y 175 o HUSTER, 2009, p. 19.
141. Así vienen a reconocerlo, entre otros, RUIZ ROBLEDO, 1998, p. 17 o PAU y ROCA, 2009, pp. 81-86. Estos últimos acaban defendiendo la tesis que aquí proponemos: «si caben valoraciones objetivas –como creemos–, los poderes públicos tienen que hacer distinciones, pero tienen que hacerlas desde perspectivas estrictamente técnicas e independientes, absolutamente ajenas a elementos de otros ámbitos, y muy en particular, ajenas a la política».

pendientes, mediante procedimientos públicos y sujetos al posterior control judicial¹⁴².

Una vez definida la excelencia, esa cultura a comunicar y fomentar debe ser respetuosa con la diversidad y, lo que seguramente es todavía más importante, debe ser accesible a todos: aquí reside seguramente el núcleo del programa normativo del artículo 44.1 CE.

4.3.2. La comunicación de la creación: el llamado servicio público cultural

El derecho a la cultura tendría poco sentido si el Estado no se preocupa por la difusión de las obras artísticas y culturales. La CE contiene un mandato inequívoco de creación y mantenimiento de un servicio público cultural (en el sentido amplio del término)¹⁴³, que en parte puede ser exigido, como contenido del derecho fundamental subjetivo a la cultura¹⁴⁴, que en este aspecto encaja bien con la naturaleza propia de los derechos sociales¹⁴⁵.

Ya la LPHE prevé varios sistemas españoles de archivos, de bibliotecas¹⁴⁶ y de museos (art. 66). La palabra sistema, utilizada en la Ley, deriva del griego *susthma*, y éste a su vez del verbo *sunisthmi*, que hace referencia a algo unido, estable, compacto. Así, según la LLLB, el sistema español de, en este caso, bibliotecas, «comprende el conjunto de órganos, centros y medios que, mediante relaciones de cooperación y coordinación, actúan conjuntamente con la finalidad de desarrollar los servicios bibliotecarios» (art. 14.1)¹⁴⁷, término este último que podría sustituirse por servicios culturales, para una definición más incluyente y completa. Siempre utilizando como ejemplo la LLLB (cuyo modelo es trasladable *mutatis mutandis* a otros servicios cultura-

142. Sobre la necesidad de expertos y sus consecuencias, consideraciones interesantes, p. ej., en VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 230 o en GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 166 y 204.

143. La doctrina hace bien en conectar derecho (de prestación) a la cultura y servicio público material; p. ej., PRIETO DE PEDRO, 1996, pp. 210 y ss. (esp., p. 214); VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 225 y ss.; RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, p. 1617; GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 230 o PAU y ROCA, 2009, p. 65.

144. Señala al respecto PADRÓS REIG (2000, p. 81): «el acceso a la cultura se promueve fundamentalmente a través de la organización y puesta en funcionamiento de servicios culturales [...] pero la prestación de estos servicios no es propiamente el contenido del derecho a la cultura sino una técnica para cumplir el mandato constitucional». El autor no argumenta su posición. Ahora bien, si hay un derecho a la cultura, debe tener un contenido prestacional, y al menos parte de ese contenido debe poder ser exigida como derecho subjetivo.

145. En lógica derivación del principio del Estado social: sobre todo, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 63-71 y GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 37-38.

146. PRIETO DE PEDRO, 2008, pp. 317 y ss.

147. *Vid.* PRIETO DE PEDRO, 2008, pp. 320 y ss.

les), forman parte del sistema español de bibliotecas (art. 14.2 y RD 582/1989): a) el Ministerio de Cultura, la Biblioteca Nacional y el resto de las bibliotecas de titularidad estatal; b) el Consejo de Cooperación Bibliotecaria; c) los sistemas bibliotecarios autonómicos, provinciales y locales y todo tipo de entidades privadas en función de las relaciones de cooperación basadas en el principio de voluntariedad que se establezca, y sin perjuicio de la aplicación de su respectiva normativa.

Esta idea de sistema se reitera en otros ámbitos, como podemos comprobar, por ejemplo en el Reglamento de Museos de titularidad estatal y del Sistema Español de Museos (RD 620/1987) o en la LC, así como en la normativa autonómica.

Paralelamente, la radio y televisión públicas tienen diversas obligaciones de comunicación de la creación cultural, recogidas genéricamente en la legislación [arts. 2.1, 3.2.e), g), h), i) y l) de la Ley 17/2006 y 9.1.j), k), n) y o) de la Ley 8/2009] y, de forma algo más concreta, en el Mandato Marco a la Corporación RTVE, de 13 de diciembre de 2007. No se trata, en todo caso, de obligaciones novedosas (art. 5.1 de la hoy derogada Ley 4/1980). La impresión generalizada es la de un cumplimiento poco satisfactorio de las mismas.

En cuanto a las Administraciones locales, tienen la competencia (*rectius*: obligación) de, respectivamente, realizar o poner en marcha «actividades o instalaciones culturales» [art. 25.2.m) LBRL]¹⁴⁸, lo que implica, al menos, la apertura de una biblioteca pública en los municipios de más de 5.000 habitantes [art. 26.1.b) LBRL].

Existe por tanto un sistema público (el llamado servicio público cultural) de establecimientos y servicios dirigidos, exclusiva o parcialmente, a la comunicación de productos culturales, que no deriva de la discrecionalidad administrativa sino del cumplimiento de obligaciones legales relativamente precisas. Así las cosas, se trata de examinar si tales obligaciones forman o no parte del contenido del derecho fundamental subjetivo a la cultura, esto es, si pueden ser exigidas (jurídicamente, incluyendo entre otras la vía judicial) por los ciudadanos. Pues bien, siguiendo los parámetros establecidos en la parte general de esta obra (sobre todo, *supra*, IV, 4.2.2), la respuesta ha de ser afirmativa. A partir de aquí, el problema se traslada a determinar, en cada caso concreto, si la actuación de la Administración fue o no suficiente para satisfacer los intereses que dan vida (objeto) al derecho fundamental (lo

148. Para una interesante propuesta de las posibles políticas culturales municipales, CO-RIJN, 2002. Téngase en cuenta no obstante que una cosa es la política cultural posible y otra la política cultural constitucionalmente exigible.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

único realmente exigible), problema de no fácil solución con carácter general y sobre el que no contamos con parámetros jurisprudenciales consolidados; sin perjuicio de volver sobre el tema en los lugares oportunos, adelantemos que la respuesta debe comenzar examinando la suficiencia de la ley y, una vez afirmada ésta, interpretándola de conformidad con el artículo 44.1 CE.

4.3.3. ¿Fomento a la creación como contenido del derecho a la cultura?

El derecho a la cultura equivale a la posibilidad de que «todos» (art. 44.1 CE) tengan acceso a los bienes culturales existentes o futuros, no tanto a que *algunos* puedan crear dichos bienes culturales. El fomento a la creación cultural contribuye sin duda, directamente, al acceso de todos a la cultura, pero no puede considerarse estrictamente un contenido del derecho subjetivo sino más bien un contenido meramente objetivo o una garantía del mismo¹⁴⁹ (*infra*, 7.4). Puede aplicarse aquí, *mutatis mutandis*, la jurisprudencia constitucional sobre otro precepto (el art. 27.9 CE) con un grado de vinculación aparentemente mayor (*supra*, VI, 3.3.3) o la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el artículo 5.3 LFB¹⁵⁰. Ahora bien, que no haya un derecho subjetivo a la creación de subvenciones no implica, en todo caso, que no exista un derecho fundamental, protegido mediante vías distintas a las propias del derecho subjetivo.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. Individualidad

El derecho a la cultura, con el contenido que hasta ahora hemos delimi-

149. Resulta significativa la opinión al respecto de uno de los principales defensores en Estados Unidos (país poco proclive al intervencionismo) de la obligación constitucional de fomento estatal de la cultura: «A menudo las subvenciones son más, mucho más, que regalos [...] A veces tratan de promover intereses fundamentales, de naturaleza constitucional. Hay que admitir, ciertamente, que incluso cuando ello es así, es posible que una persona no pueda demandar al Estado para obligarle a establecer un programa subvencional, dadas las dificultades para articular un sistema de remedios judiciales, p. ej., o para fijar el nivel preciso de financiación» (Fiss, 1999, p. 68).

150. GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 185.

tado¹⁵¹, pertenece, en principio, a las personas físicas: son los individuos¹⁵² quienes, en ejercicio de su libertad, acceden a los bienes culturales y quienes utilizan los servicios culturales. La fuerte faceta objetiva de este derecho no debe confundirnos: éste se protege mejor objetivamente y suele ser exigido colectivamente, pero ambas cuestiones guardan relación con las garantías del derecho, no con el derecho en sí. La dignidad es sólo personal, y si la cultura sirve a la dignidad, la titularidad del derecho ha de ser individual.

Lo anterior vale para la mayor parte del contenido del derecho subjetivo a la cultura; cuestión distinta es la posible exigencia colectiva de garantías puramente objetivas, como pudiera ser la solicitud de una subvención por parte de una empresa cinematográfica. Ello sin perder de vista, tanto para el ámbito subjetivo como para el objetivo, que la persona jurídica es un instrumento para el ejercicio de derechos que siguen siendo de la persona física. En este sentido debe interpretarse el apartado 9 de la OG 21, en su referencia a «una persona como individuo, en asociación con otros, o dentro de una comunidad o grupo».

Problema diferente, como adelantábamos, resulta ser la posibilidad de que personas jurídicas, como asociaciones o fundaciones, y colectivos puedan defender, mediante acciones populares (p. ej. la establecida en el art. 8.2 LPHE), sin necesidad de acreditar ningún interés, el derecho a la cultura, aunque sea indirectamente, es decir, protegiendo el contenido objetivo del derecho (*infra*, 7.3). Hay que puntualizar que, de todas formas, no se trataría de un problema de titularidad sino de un problema de legitimación activa en el marco del Derecho procesal.

5.1.2. Universalidad

El derecho a la cultura, en tanto derecho humano, conecta directamente con el principio de dignidad (*supra*, 3), y por tanto son titulares del derecho todas las personas, con independencia de su nacionalidad: la dicción de las fuentes más importantes (y de todas las demás) es inequívoca: «todos» (art. 44.1 CE) y «toda persona» [art. 15.1.a) PIDESC], y nada específico dice sobre

151. Como sabemos, el grueso de la bibliografía sobre el derecho a la cultura (o más bien, significativamente, sobre los derechos culturales, así en plural) analiza este derecho desde una óptica bastante diferente a la propia de la CE, que es la que seguimos nosotros. Entendiendo el derecho a la cultura, sobre todo, como el derecho al mantenimiento y desarrollo de las costumbres de grupos minoritarios no es de extrañar que se hable con frecuencia (así también en la Convención de la UNESCO y en la OG 21) de titularidad colectiva del derecho. Sin ánimo de entrar en esta polémica, parece claro que la tesis no es aplicable al derecho a la cultura, tal y como aquí lo hemos concebido.

152. En la doctrina española, GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 192.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la materia la LE, resultando por tanto de aplicación las cláusulas de su artículo 3, favorables todas ellas a la equiparación de derechos entre españoles y extranjeros. De esta forma, no resultaría constitucional excluir a los extranjeros, por ejemplo, del disfrute del patrimonio cultural o del acceso a un museo, a una biblioteca o a una sala de teatro o de cine. La penúltima reforma (por LO 2/2009) de la LE camina en la dirección apuntada, yendo incluso más allá, al proponer medidas especiales, de variado signo, para la garantía del disfrute al derecho a la cultura por parte de los extranjeros (especialmente, arts. 2 ter.2, 18.2 –último párrafo– y 60.2).

Como hemos afirmado, el fomento a la creación cultural no forma parte del contenido del derecho subjetivo a la cultura sino que es una garantía del mismo. Desde esta perspectiva, las exclusiones a los extranjeros de determinadas subvenciones no implican exclusión de la titularidad sino una opción legislativa de protección objetiva, que será analizada más adelante.

Como también sabemos, universalidad no es sinónimo de gratuidad. La CE y la LE permite introducir modulaciones (no exclusiones) al ejercicio de determinados derechos, y así sucede con el derecho a la cultura, el cual es sin duda alguna universal, pero no necesariamente gratuito. Es decir, las diferencias de trato entre españoles y extranjeros en lo referente a los precios de los servicios culturales no son en sí mismas inconstitucionales, siempre que resulten razonables y no vulneren el principio de asequibilidad, establecido expresamente en la OG 21.

En la práctica, la extensión efectiva del derecho a la cultura ha experimentado un avance espectacular en las últimas décadas. Pese a ello, aún subsisten diferencias significativas por nivel de renta y lugar de residencia¹⁵³. De esta forma, la llamada política de democratización de la cultura (en realidad, extensión de la titularidad efectiva del derecho a la cultura) debe continuar¹⁵⁴; el mandato constitucional raramente se entenderá cumplido en su totalidad¹⁵⁵. En la consecución de dicha política, es importante advertir que no debe caerse en la tentación de banalizar la cultura, incluyendo en su seno bienes o actividades que ninguna relación guardan con el objeto del derecho

153. Datos al respecto en ARIÑO VILLARROYA y GARCÍA FERRANDO, 2008, pp. 541 y ss.

154. ARIÑO VILLARROYA y GARCÍA FERRANDO (2008, pp. 555, 576 y 579-580) consideran que no ha existido en España una auténtica política de democratización cultural, al nivel de los países europeos más desarrollados. Específicamente sobre el teatro, *vid.* las críticas de NÚÑEZ GÓMEZ, 2008, esp. pp. 323 y ss.

155. Como bien dice BENÍTEZ DE LUGO (1995, p. 50), «Reto sin fin, porque la cultura es ilimitada en su horizonte». Asimismo, PÉREZ MORENO, 1991, p. 1635: «las actividades de conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural no tienen límites determinados, por lo cual [la efectividad del mandato de protección] será siempre relativa».

constitucionalmente reconocido. Lo que debe llegar al mayor número no es, por tanto, cualquier cosa, sino precisamente, la cultura de calidad¹⁵⁶.

5.1.3. ¿Titulares privilegiados?

Ya hemos visto cómo la propia CE reconoce específicamente el derecho a la cultura de los reclusos (art. 25), los jóvenes (art. 48) y las personas mayores (art. 50) y en esta línea de especial protección de determinados colectivos insisten con rotundidad la CSE [arts. 15.3 –personas con discapacidad–, 22.c) –trabajadores–, 23.a) –personas mayores– y 30.a) –personas en situación de pobreza o exclusión social–], la Convención de la UNESCO y, sobre todo, la OG 21, en sus apartados 25 (mujeres), 26-27 (niños¹⁵⁷), 28-29 (personas mayores), 30-31 (personas con discapacidad¹⁵⁸), 32-33 (minorías), 34-36 (migrantes) y 38-39 (personas en situación de pobreza¹⁵⁹). El sentido del Derecho internacional es más bien el de protección de las manifestaciones culturales en sentido amplio, pero el argumento vale también para confirmar la concepción de la cultura del constituyente que venimos exponiendo. La legislación estatal, por su parte, confirma este trato especial en diversas ocasiones; por ejemplo, por citar tan sólo un caso significativo, la Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, establece diversas medidas de protección indirecta y objetiva del derecho a la cultura de las mujeres en los artículos 14.2 (integración del principio de igualdad de género en la política cultural), 11 (lenguaje no sexista en las relaciones culturales), 19 (informe de impacto de género en los planes culturales) y, sobre todo, 26 (referente a la acción positiva a favor de la mujer en todas las acciones de fomento a la creación y comunicación cultural).

La protección específica a estos colectivos implica acciones positivas en su favor, y así viene a reconocerse expresamente en el apartado 24 de la OG 21. Como hemos afirmado con carácter general, este planteamiento no

156. P. ej., HUSTER, 2009, p. 20. La mejor crítica a la reducción de la cultura a una forma más de consumo de masas y la más argumentada exigencia de una política cultural que entronque con la concepción ilustrada y universalista, en FUMAROLI, 2007. Para FUMAROLI, la mejor política cultural sería la que atendiera la demanda del público realmente interesado por la alta cultura, sin tratar de imponer nada ni de convocar a quien no quiere ser convocado. En sentido similar, el muy denso y recomendable trabajo de HELLER y FÉHÉR, 1995, que resumen su propuesta en un claro eslogan: «refinamiento cultural igual para todos» (p. 13). Asimismo, PAU y ROCA, 2009, pp. 96-97.

157. Vid. la CDN [arts. 17.a), b), c) y d), 20.3, 23.3, 29.1.c), 30 y 31] y la OG 1, del Comité de Derechos del Niño.

158. Vid. la CDPD, art. 30.

159. Destaca especialmente la virtualidad del derecho a la cultura como instrumento de integración social y lucha contra la pobreza, CORIJN, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

contradice ni el principio de universalidad (si acaso lo refuerza) ni el principio de igualdad y se mueve en la propia lógica de los derechos sociales: si la cultura es una necesidad, las prestaciones que integran el contenido del derecho deberán encaminarse a satisfacer las necesidades más acuciantes, siendo claro que los grupos citados tienen mayor necesidad de cultura que el resto de los ciudadanos.

En otro orden bien distinto de consideraciones, tenemos el caso de los investigadores, a veces con mayores facilidades de acceso a determinados establecimientos culturales, o a parte de ellos, que el resto de los ciudadanos. Este privilegio suele justificarse fácilmente en la necesidad de preservar los bienes (sería el reverso de la limitación de acceso, *infra*, 6) y en la función social del trabajo de los investigadores, en términos similares a lo que sucede con la libertad de cátedra o con algunos derechos de acceso de los periodistas.

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. Los poderes públicos

El artículo 44.1 CE obliga a «los poderes públicos», estatales, autonómicos y locales por igual, a promover y tutelar el acceso a la cultura, en toda su extensión, con independencia del ámbito territorial del poder público concernido¹⁶⁰. Como recuerda la STC 35/1983, aplicable aquí, los poderes públicos son «todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo». Así, la noción de «poder público» puede desglosarse en los tres poderes del Estado:

- a) El legislativo, incluyendo tanto las Cortes Generales como los Parlamentos autonómicos. A la vista del artículo 149.2 CE (*supra*, 1.2.2), todo Parlamento debe legislar en materia cultural, al menos para garantizar el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la cultura, así como controlar a la Administración en el ámbito cultural, utilizando, por ejemplo, los informes anuales del Defensor de Pueblo y de los organismos similares a nivel autonómico.
- b) El ejecutivo en un sentido amplio, es decir la Administración del

160. Acertadamente, PAU y ROCA, 2009, pp. 74-76.

Estado, la autonómica y la local¹⁶¹, así como las Universidades¹⁶², deben desarrollar la normativa legislativa mediante reglamentos, dictar reglamentos independientes en los ámbitos no cubiertos por la reserva de ley, abstenerse de vulnerar la faceta defensiva del derecho a la cultura y, sobre todo, emprender las acciones y garantías necesarias para satisfacer su faceta prestacional.

Una vez dictadas las leyes sobre los sectores más importantes, la Administración ocupa el lugar central en el cumplimiento efectivo del derecho a la cultura, tal y como aquí lo estamos entendiendo. En buena parte de los sectores que analizamos en este capítulo, los conocimientos técnicos y la neutralidad resultan indispensables¹⁶³. Hubiera sido interesante crear Administraciones independientes en ámbitos tan importantes como la declaración de bienes integrantes del patrimonio histórico o la selección de las obras subvencionadas. Ya iremos viendo en cada caso concreto cómo nuestra Administración dista mucho de corresponder a este modelo ideal.

- c) El judicial tiene, entre otras cosas, el deber genérico de garantizar los derechos fundamentales, utilizando los procedimientos legalmente establecidos (*infra*, 7.5 y 7.6) e interpretando las normas de la forma más favorable al artículo 43.1 CE.

5.2.2. Los particulares

La CE no hace referencia expresa a obligaciones de los particulares en materia de derecho a la cultura y el apartado 73 de la OG 21 parece incli-

- 161. En relación con los municipios, recordemos (*supra*, 1.4.1), con carácter general, el art. 25.2.m) [exigible como derecho *ex* art. 18.1.c) LBRL], que establece la competencia (esto es, la obligación) municipal en materia de prestaciones culturales y, con carácter específico, p. ej., el art. 20.1 LPHE donde se afirma: «La declaración de un conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, como bienes de interés cultural, determinará la obligación para el municipio o municipios en que se encontraren de redactar un Plan especial de protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planeamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planeamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planeamiento general».
- 162. Según el art. 93 LOU, «las universidades arbitrarán los medios necesarios para potenciar su compromiso con la reflexión intelectual, la creación y la difusión de la cultura». Dada la redacción del precepto, parece de difícil exigibilidad.
- 163. Destaca especialmente este punto VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 227-230.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

narse por la tesis mediata de la *Drittwirkung*, pero esta opción parece influida por la naturaleza del PIDESC, que se dirige primariamente a los Estados, como obligados naturales del Derecho internacional.

La legislación, sin embargo, incluye referencias a obligaciones de los particulares, y ello en los tres integrantes principales del contenido del derecho. Unas y otras pueden ser vistas como límites al derecho de propiedad¹⁶⁴ (o a la libertad de empresa, según los casos):

- a) Como derecho reaccional, se castigan los ataques más graves al patrimonio cultural, tanto en vía penal (delitos contra el patrimonio histórico) como civil, gracias a la cláusula general del artículo 1902 CC (*infra*, 7.6). Asimismo, en vía administrativa se establecen limitaciones al uso y disfrute de la propiedad privada de bienes culturales, que concretan el deber de protección de los mismos frente a los ataques de sus mismos propietarios. Por ejemplo, según el artículo 19.1 LPHE el propietario de un bien inmueble declarado bien de interés cultural no «podrá realizar obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución» de la misma Ley (*infra*, 7.3) y el artículo 19.3 prohíbe «la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los jardines históricos

164. O más bien como delimitación (*supra*, III, 4.2): el art. 33.2 CE afirma que el contenido del derecho de propiedad será determinado por la función social de la misma, de acuerdo con las leyes. Esto quiere decir dos cosas: en primer lugar, que la CE supera el antiguo concepto liberal-napoleónico de propiedad, como derecho de gozar y disponer de una cosa de modo absoluto (por todos, RODOTÀ, 1986). En segundo lugar, «las leyes, concretando la función social, son las que determinarán las facultades ínsitas en el dominio o establecerán los límites de su extensión o intensidad, o las cargas, deberes, y obligaciones que el propietario ha de cumplir por razón de su titularidad y en aras del bien común» (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1997, p. 162): no sólo derechos y libertades para el propietario, sino también deberes y obligaciones. Esta «revolución copernicana» en el tema de la propiedad asume una importancia fundamental a la hora de establecer cargas y deberes a los cuales el propietario está legalmente sometido y esto porque el derecho de propiedad se reconoce a favor del titular y, sobre todo, de la comunidad: «utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (STC 37/1987, FJ 2). Sin necesidad de agotar aquí las citas doctrinales (p. ej., con referencias a GIANNINI, 1976, entre otros muchos, BARRERO RODRÍGUEZ, 1990, p. 368; PÉREZ MORENO, 1991, pp. 1629-1631; GONZÁLEZ RUS, 1996, p. 305 y GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, p. 98), esta simple concepción de la propiedad conlleva necesariamente la posibilidad de intervención pública en la propiedad de particulares de bienes culturales y, consecuentemente, justifica las obligaciones que esos propietarios tienen que cumplir para la protección del bien.

y en las fachadas y cubiertas de los monumentos declarados de interés cultural» y también «toda construcción que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación». La normativa urbanística, por su parte, introduce importantes limitaciones al uso de los bienes culturales por parte de sus propietarios.

- b) Como derecho de libertad, algunas leyes autonómicas establecen obligaciones de acceso a los bienes culturales de titularidad privada. Por ejemplo, recordemos el ya citado artículo 26.3 de la Ley 8/1995, del Patrimonio Cultural de Galicia, según el cual, «los propietarios, poseedores y demás titulares de bienes declarados de interés cultural habrán de facilitar la visita pública a los mismos en las condiciones que se determinen, que en todo caso será gratuita durante cuatro días al mes, en días y horario prefijado»¹⁶⁵, en una adecuada ponderación (que bien podría ser seguida por el legislador estatal y otros legisladores autonómicos) entre el derecho de propiedad y el derecho a la cultura.

También el Real Decreto Legislativo 1/1996, que aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), incluye algunas obligaciones de los particulares destinadas a garantizar el derecho a la cultura. El artículo 40 tiene como rúbrica, precisamente, «Tutela del derecho de acceso a la cultura» y establece la posibilidad de la intervención del juez, a petición de varias instituciones públicas o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo, para evitar que los derechohabientes ejerzan su derecho a la no divulgación de una obra, afectando así al derecho a la cultura. Según el legislador el interés general de la colectividad tendría que prevalecer, en algunos casos, sobre el interés individual de los derechohabientes. Las facultades en manos de éstos «no [son] absoluta[s] y debe[n] orientarse a la consecución del interés público en el acceso a la cultura [...], que prevalece ante conductas de aquellos que no merezcan amparo»¹⁶⁶. Cuando la no divulgación responda a un encargo de confianza del autor a los derechohabientes, los poderes públicos no podrían obligar a éstos a divulgar la obra. En cambio, la determinación «capri-

165. El artículo ha sido citado bastante debido a la declaración de Bienes de Interés Cultural del Pazo de Meirás, antigua residencia de verano del dictador Francisco Franco, por Decreto 299/2008, por el que se declaran bien de interés cultural, con la categoría de sitio histórico, las Torres de Meirás, situadas en el término municipal de Sada, en la provincia de A Coruña (BOE de 28 de febrero de 2009).

166. CARAMÉS PUENTES, 2007, p. 668.

chosa», ajena a la voluntad del autor, representaría un abuso de derecho (art. 7 CC) y por tanto una conducta que no merece amparo.

- c) Por último, en lo referente a las obligaciones de prestación, competen primordialmente al Estado, pero de forma excepcional algunas normas imponen obligaciones de hacer a determinadas instituciones privadas, como las cajas de ahorro o las televisiones privadas. Esta obligación resulta escasamente relevante, dada su indeterminación y su difícil exigibilidad por los titulares del derecho (a lo sumo, la Administración podría imponer sanciones en casos claros de incumplimiento). Así, respectivamente, las cajas de ahorro deben invertir en cultura (aunque también en otros sectores próximos; p. ej., RD 2290/1977, art. 22.1 y muchos más concordantes en la normativa autonómica) y las televisiones privadas (ahora denominadas prestadores del servicio de comunicación audiovisual) deben respetar un genérico derecho al pluralismo cultural (art. 4.1 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual), que no significa mucho, pues no tiene un obligado específico. Más polémicas (aunque tampoco forman parte del derecho subjetivo) resultan ser las obligaciones, éstas sí bastante concretas, de «cuotas de pantalla» y de inversión en cine español, a las que haremos referencia más adelante (*infra*, 7.4).

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

Las intervenciones sobre el derecho a la cultura pueden afectar a sus tres manifestaciones principales. Recordemos que todas ellas deben contar con previsión normativa¹⁶⁷, fundamento constitucional y respetar el principio de proporcionalidad:

- a) Derecho reaccional. Los ataques a los bienes culturales son definidos por el legislador cuando este fija las sanciones correspondientes. El CP castiga estas intervenciones de forma constitucionalmente suficiente, sin que parezca posible justificación alguna de las mismas: así, están penados los derribos y alteraciones graves de «edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental» y los «daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de

167. Si como regla general no es necesaria ley formal para desarrollar el derecho, tampoco parece razonable exigirla para las intervenciones sobre el mismo, salvo, obviamente, que afecten a otros derechos fundamentales concurrentes (p. ej., art. 20.1 CE) si beneficiados de la reserva de ley.

valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos» (*infra*, 7.2.2).

También determinadas actuaciones urbanísticas pueden considerarse intervenciones contra el derecho reaccional a la cultura, y así se desprende de la lectura sistemática de la LPHE. En esta dirección, el Defensor del Pueblo ha criticado algunas autorizaciones administrativas para construir en zonas declaradas BIC¹⁶⁸ o demasiado cerca de ellas o de BIC¹⁶⁹, precisamente con el argumento del derecho a la cultura.

- b) Derecho de libertad. Las prohibiciones de acceso a determinados bienes y servicios culturales son básicamente de dos tipos:
- Limitaciones de acceso a museos, bibliotecas y otros recintos culturales, como teatros o salas cinematográficas, que normalmente pueden justificarse en otras normas constitucionales, como el derecho a la seguridad (art. 17.1 CE), en su sentido más amplio [p. ej., art. 57.1.a) LPHE], los derechos de la personalidad del artículo 18 CE [p. ej., art. 57.1.c) LPHE]¹⁷⁰, o el mismo derecho a la cultura, pues en ocasiones la conservación de algunos bienes exige su disfrute condicionado¹⁷¹ (p. ej., art. 66 LPHE). Del examen de esta heterogénea normativa no parecen desprenderse vulneraciones del principio de proporcionalidad¹⁷². El derecho de admisión del artículo 59.1.e) del Reglamento de Espectáculos no es en sí mismo

168. *Informe 2007*, p. 45, en este caso un BIC con categoría de zona arqueológica; *Informe 2008*, pp. 911 y ss., donde el Defensor hace interesantes consideraciones sobre los límites al planeamiento urbanístico por razón de la protección del patrimonio histórico y cultural.

169. *Informe 2005*, pp. 74 y ss.

170. Por el contrario, el art. 8.1 LODH señala que, «con carácter general», no se considerarán intromisiones ilegítimas sobre los derechos del art. 18 CE, «cuando predomine un interés [...] cultural relevante». En realidad, lo que la LODH realiza es una llamada a la ponderación entre los derechos de la personalidad y el derecho a la cultura, en sentido objetivo.

171. Destacan este punto, p. ej., PRIETO DE PEDRO (1996, pp. 214-215), RUIZ-RICO y PÉREZ SOLA (2002, pp. 1613-1614) o GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 176.

172. Está pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Popular contra la prohibición de «las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal», introducida por la Ley de Cataluña 28/2010 (nuevo art. 6.1 de la Ley de protección de los animales de Cataluña, Decreto Legislativo 2/2008). El asunto bien podría plantearse desde la perspectiva de la limitación al acceso a las manifestaciones culturales. Si los toros son cultura (recordemos que situábamos este espectáculo en un discutible segundo círculo de lo cultural), no parece fácil justificar (constitucionalmente, como debe ser) dicha limitación.

inconstitucional, pero debe respetar, en su aplicación, dicho principio.

- Limitaciones de acceso a obras protegidas por la propiedad intelectual. Analizando la LPI parece, a primera vista, que algunas de sus normas limitan la posibilidad de acceder (indiscriminadamente) a los bienes culturales. Los problemas fundamentales son dos: el pago de contraprestaciones a los autores por copia o uso y las descargas en Internet.

En relación con lo primero, la LPI permite (art. 31.2) la reproducción de una obra ya divulgada, sin la autorización del autor, pero sólo para uso privado del copista, excluyendo así tanto el uso colectivo como el lucrativo, siempre y cuando se haya accedido a la obra de manera lícita. El artículo 25 establece una «compensación equitativa por copia privada», lo que incluye el llamado canon digital. La copia de un bien para un uso privado evita la venta de un ejemplar original y, consecuentemente, genera una pérdida de ingresos por parte de los titulares del derecho de autor. El canon digital intenta contrapesar esta falta de ingresos estableciendo una remuneración equitativa sobre todos aquellos materiales y equipos que, según el legislador, van a ser destinados a la copia de bienes protegidos por la LPI, para que se alcance el «restablecimiento de un desequilibrio patrimonial objetivamente causado por la conducta de un tercero»¹⁷³. Se establece, entonces, una presunción *iuris et de iure* según la cual cualquier aparato, soporte o material tanto analógico como digital¹⁷⁴ afecta, no en potencia, sino *de facto* (*rectius: de iure*) al derecho de autor y, por lo tanto, se le aplica el canon digital. Si es casi indudable que una grabadora de DVD tiene la finalidad esencial de copiar discos DVD, esto no es siempre así con los CD, dispositivos aptos para la copia, pero cuya finalidad esencial no es ésta, sino que comprende un abanico más amplio. Sin embargo, aunque alguien no quiera copiar discos o imprimir fotografías protegidas por la LPI,

173. Dictamen del Consejo de Estado, n° 187/2005, sobre Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

174. Los aparatos y materiales analógicos se establecen directamente en la LPI (art. 25.5), mientras que por lo que concierne a los digitales, la LPI (art. 25.6.3) remite a una Orden conjunta de los Ministerios de Cultura y de Industria, Turismo y Comercio. La DT única de la Ley 23/2006, en espera de la Orden y fijando un marco mínimo, remitía a los acuerdos suscritos entre las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual y las asociaciones representativas de los deudores del pago. La posterior Orden PRE/1743/2008 fue anulada por la SAN de 22 de marzo de 2011 (JT 2011, 202).

cuando compra CD vírgenes o una impresora, tendrá que pagar también el canon establecido por la LPI.

El canon ha provocado bastante polémica. Por un lado, los favorables al mismo lo justifican afirmando que es un mal necesario, pues no hay manera de controlar lo que hace una persona con cada aparato o soporte que compra. Por el contrario, sus detractores proponen modificar este sistema de compensación porque objetivamente se incluyen tanto a los instrumentos cuya finalidad es la de copiar (grabadora de DVD) como aquellos cuya clasificación tan marcada parece muy difícil y no segura a fines legales como, por ejemplo, los CD. La polémica ha quedado parcialmente zanjada por la STJUE de 21 de octubre de 2010, la cual, respondiendo precisamente a una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁷⁵, ha señalado que «la aplicación indiscriminada del canon por copia privada, en particular en relación con equipos, aparatos y soportes de reproducción digital que no se hayan puesto a disposición de usuarios privados y que estén manifiestamente reservados a usos distintos a la realización de copias privadas, no resulta conforme con la Directiva 2001/29». La posterior STJUE de 16 de junio de 2011, respondiendo esta vez a una cuestión prejudicial planteada en Holanda, matiza, al afirmar que la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que el usuario final que realiza a título privado la reproducción de una obra protegida debe, en principio, considerarse el deudor de la compensación equitativa. [...] No obstante, los Estados miembros tienen la facultad de establecer un canon por copia privada que grave a quienes ponen a disposición del usuario final equipos, aparatos o soportes de reproducción, siempre que estas personas tengan la posibilidad de repercutir el importe de dicho canon en el precio de puesta a disposición abonado por el usuario final». Asimismo, para la última Sentencia citada, la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que incumbe al Estado miembro que ha establecido un sistema de canon por copia privada que grava al fabricante o al importador de soportes de reproducción de obras protegidas, y en cuyo territorio se produce el perjuicio causado a los autores por el uso con fines privados de sus obras por compradores que residen en él, garantizar que dichos autores reciben realmente la compensación equitativa destinada a indemnizarles de tal perjuicio», y «corresponde al órgano jurisdiccional nacional, en el supuesto de que sea imposible garantizar la percepción de la compensación

175. AP de Barcelona (Sección 15ª), Auto de 15 septiembre 2008, (JUR 2008, 320654).

equitativa de los compradores, interpretar el Derecho nacional a fin de permitir la percepción de dicha compensación de un deudor que actúa en el ejercicio de una actividad mercantil».

El canon digital intenta ponderar los intereses en juego, esto es, los derechos fundamentales que se enfrentan: por un lado el derecho a la cultura y por otro el derecho de propiedad, sea en general¹⁷⁶ (art. 33 CE) sea como complemento al derecho a la creación¹⁷⁷ [art. 20.1.b) CE]. Al margen de la incidencia del Derecho de la Unión, por lo que aquí interesa, no parece que por las cifras establecidas como compensación (recordemos que la cultura debe ser asequible, no necesariamente gratuita), pueda impedirse el goce del derecho a la cultura de manera significativa: el canon actualmente vigente respeta el principio de proporcionalidad¹⁷⁸.

Otra de las contraprestaciones previstas en la LPI se refiere al uso de bienes culturales en las bibliotecas, y en concreto al nuevo canon por préstamo establecido en el artículo 37.2 LPI, introducido por la LLLB. La ponderación exacta entre los intereses en juego no está todavía claramente determinada. Coincidimos con lo afirmado con el Defensor del Pueblo¹⁷⁹: «son necesarias todas las medidas que puedan arbitrarse para evitar que la obligación de las entidades titulares de las bibliotecas públicas de asumir el coste de la remuneración por el préstamo bibliotecario, dificulte o entorpezca las labores de promoción y difusión cultural que desarrollan esas instituciones, ni tampoco implique o permita una merma en la calidad de los servicios que se prestan a los usuarios» (*infra*, 7.4).

Por otro lado, las descargas en Internet plantean una problemática peculiar. Con la legislación vigente, de hecho, sólo parecen prohibirse las realizadas con ánimo de lucro (art. 270 CP). Ello ha provocado que sea práctica generalizada la copia de bienes culturales con

-
176. Así BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2006, pp. 20 y ss.); también los partidarios de una «cultura libre», como LESSIG, afirman sin duda alguna que esta cultura libre no es una cultura sin propiedad y que el copyright, aunque de manera muy especial, es un derecho de propiedad: LESSIG, 2005, pp. 19-20 y 85.
177. El Defensor del Pueblo también adopta esta perspectiva, desde una casuística muy variada: *Informe 2005*, pp. 812 y ss., *Informe 2006*, pp. 710 y ss., *Informe 2007*, p. 331, etc.
178. No obstante, el Informe de la Subcomisión de la Comisión de Cultura creada en el Congreso de los Diputados para estudiar la posible reforma de la LPI se plantea, bien que de forma bastante ambigua (*vid.* apartados 15 a 17, en *BOCG*, serie D, n° 345, de 1 de marzo de 2010, p. 19) su modificación.
179. *Informe 2004*, pp. 38 y 1254 y ss., *Informe 2005*, p. 62, *Informe 2008*, p. 1212, etc.

propiedad intelectual (mayoritariamente películas y canciones), para uso particular, lo que implica, al parecer, importantes pérdidas de beneficios a las empresas y a los propios autores, con riesgo para el mantenimiento de la propia oferta cultural. Esta situación obliga a los poderes públicos a un nuevo reequilibrio entre los derechos enfrentados¹⁸⁰, pues ciertamente si los bienes culturales con propiedad intelectual fueran de acceso libre y gratuito, no sólo se vulneraría el derecho a la propiedad intelectual sino, a la larga, el mismo derecho a la cultura, al limitarse en la práctica la oferta de bienes disponibles. Tras un amplio debate en la opinión pública, la solución a la que se ha llegado, y que no es este el momento de exponer (DF 43 de la Ley 2/2011, que a su vez modifica la Ley 34/2002, la LPI y la LJCA) parece haber logrado bastante consenso, equilibrando bien los intereses enfrentados (por lo que aquí interesa, también desde la perspectiva del derecho a la cultura): en síntesis, clausura de sitios web que permitan descargas ilegales, con autorización judicial.

- c) Derecho de prestación. La omisión de las prestaciones culturales necesarias para satisfacer el contenido del derecho no parece que pueda encontrar fundamento en ninguna norma constitucional. El problema aquí no es tanto de justificación de intervenciones como de delimitación del contenido del derecho fundamental. En la jurisprudencia no encontramos casos significativos (lo que da una cierta idea de que la falta de equipamientos culturales no es vista como un problema grave en la sociedad española), pero ello no quiere decir que no puedan plantearse, especialmente en relación con la asequibilidad (servicios culturales excesivamente costosos), con el pluralismo (falta de apoyo a manifestaciones culturales minoritarias) o con la accesibilidad territorial (servicios culturales concentrados en las ciudades). Los Informes del Defensor del Pueblo dan cuenta de algunos problemas escasamente significativos: dejando de lado lo atinente a la propiedad intelectual, ya mencionado, las pocas quejas que se han presentado en los últimos años en materia de omisión de prestaciones culturales se concentran en la no restauración por la Administración de ciertos bienes culturales¹⁸¹ y, sobre todo, en el ámbito de las bibliotecas: inexistencia de biblioteca pública municipal¹⁸², insuficiencia de material bibliográfico en biblioteca escolar¹⁸³

180. La Subcomisión del Congreso de los Diputados citada no hace sino recordar esta obviedad (aps. 20 a 22, p. 20).

181. *Informe 2006*, pp. 718 y ss., *Informe 2007*, p. 60; *Informe 2008*, p. 92, etc.

182. *Informe 2006*, p. 69.

183. *Informe 2007*, p. 76.

o inexistencia de una habitación destinada a biblioteca en un centro de menores¹⁸⁴. De los datos proporcionados en los Informes no se puede deducir cuál fue la solución propuesta por el Defensor, pero podríamos reconstruir estos casos de la manera siguiente: si existe una obligación, legal o reglamentaria, de prestación, la Administración concernida debe satisfacerla. El argumento de la falta de recursos parece insuficiente por sí solo para justificar la omisión, a menos que la Administración demuestre (y la carga de la prueba corresponde a ella) que utilizó los recursos disponibles para satisfacer otros derechos fundamentales.

7. GARANTÍAS

7.1. INFORMACIÓN Y PARTICIPACIÓN

Para poder ejercer adecuadamente el derecho a la cultura resulta necesario que exista algún grado de información y participación en el ámbito cultural. En cuanto a lo primero, ya la OG 21 incluye en las obligaciones de respeto asociadas al derecho la de informar a todos sobre «cualquier proceso importante de toma de decisiones que tenga impacto» sobre el derecho a la cultura. Manifestaciones más concretas de las obligaciones de informar en materia cultural, del más variado signo, hallamos, por ejemplo, en los artículos 9.2 (información pública en el procedimiento de declaración de bienes de interés cultural), 35 (Planes Nacionales de información sobre el patrimonio histórico español) y 61.3 LPHE (obligación interadministrativa de información de archivos, bibliotecas y museos) o en los artículos 13.4.c) (información al público para el uso de la biblioteca como servicio básico de toda biblioteca pública) y 15.1 LLLB (intercambio interadministrativo de información como instrumento de la cooperación bibliotecaria) o en la disposición adicional 1ª LLLB (depósito legal de publicaciones para facilitar su conocimiento) y en todo caso, sirven en general, pese a sus limitaciones (*supra*, V, 2), las obligaciones de información contenidas en la LPC. La exigibilidad de estas obligaciones de información depende obviamente de la dicción de las previsiones normativas correspondientes y de su conexión, mayor o menor, con el núcleo del derecho subjetivo fundamental.

Más importantes parecen las obligaciones (y consiguientes derechos, al menos en parte) de participación en el ámbito cultural¹⁸⁵: los ciudadanos

184. *Informe 2005*, p. 856.

185. Así lo destacan, entre otros, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 218 y ss. y GONZÁLEZ MORENO, 2003, pp. 166 y 204.

deben tomar parte activa en la tutela (no sólo judicial) de los bienes culturales así como (recordemos, no es bueno que el Estado imponga a la sociedad unas determinadas directrices culturales) colaborar activamente en la concreción de la cultura (siempre, claro está, dentro de una mínima definición objetiva de lo cultural) que debe ser fomentada por los poderes públicos. Ambas perspectivas son especialmente destacadas por la OG 21, por ejemplo en sus apartados 15, 54 a) y 55 e) (derecho a participar en la definición, elaboración e implementación de políticas y decisiones con impacto en el ejercicio de los derechos culturales de la persona, con cita del art. 5 de la Convención de la UNESCO) o 16 c) (consultas para garantizar la aceptabilidad de las medidas de protección de la diversidad cultural).

La legislación española no es precisamente generosa en el reconocimiento de derechos de participación en el ámbito cultural¹⁸⁶, pudiéndose citar al respecto tan sólo el artículo 10 LPHE, que permite a los ciudadanos solicitar la incoación de expediente para la declaración de bienes de interés cultural. Los problemas no son aquí distintos a los planteados en general por la participación en materia de derechos sociales y no es preciso volver ahora sobre ellos.

Quizás más útiles que estas formas de participación administrativa, poco transitadas en la práctica (no sabemos si por falta de previsión legal o por insuficiente activismo ciudadano), sean formas de participación (en el sentido amplio del término) más flexibles (y por ello difícilmente exigibles jurídicamente), como las recogidas por ejemplo en los artículos 6 (colaboración de «instituciones culturales» en la proyección internacional de los autores españoles) y 7 LLLB (colaboración de «asociación de profesionales del sector del libro» y de la «industria del libro» en la promoción de la industria editorial y del comercio del libro), por otra parte necesarias para la eficacia de las medidas que se adopten: si el principio de subsidiariedad tiene una fuerza evidente en materia social es precisamente aquí. En cuanto a los órganos administrativos, es de lamentar que ninguno de los más importantes a los efectos que aquí interesan (el ICANN y el INAEM) permita fórmulas de participación ciudadana. Esta omisión no es inconstitucional pero trasluce una política poco generosa con la puesta en práctica de una garantía que creemos importante para el derecho a la cultura.

7.2. PROTECCIÓN DE LOS BIENES CULTURALES

7.2.1. Medidas de conservación y fomento del patrimonio cultural

El derecho a la cultura exige medidas de conservación de los bienes

186. Así, RUIZ-RICO RUIZ y PÉREZ SOLA, 2002, p. 1616. Algunos datos en ARIÑO, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

culturales, dirigidas especialmente a prevenir eventuales ataques contra los mismos, lo que enlaza directamente con la consideración del derecho como derecho reaccional. La conservación se refiere a la «acción previa de defensa del patrimonio»¹⁸⁷, entendido este en sentido amplio: al menos, según el artículo 1.2 LPHE, los «inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico» y «el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques, que tengan valor artístico, histórico o antropológico», a lo que habría que añadir, en la medida en que no estuvieran comprendidos en estas relaciones, los bienes culturales protegidos por la LLLB y por la LC. Las técnicas que prevé nuestro ordenamiento para la conservación del patrimonio cultural incluyen, ante todo, técnicas de policía y fomento¹⁸⁸.

La LPHE encomienda a la Administración diversas actuaciones de policía en relación con los bienes culturales, que van desde inspecciones y autorizaciones para ciertos tratamientos de estos, hasta el plácet para su enajenación. Así, la Ley permite a la Administración (*supra*, 5.2.2) examinar los bienes del Patrimonio Histórico Español para verificar su estado de conservación o el cumplimiento de la comunicación obligatoria a la Administración competente de la existencia de un bien declarado de Interés Cultural, o que tenga incoado un expediente para su declaración, o que esté incluido en el Inventario General, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Además, grava sobre los propietarios o, en su caso, sobre los titulares de derechos reales o los poseedores de tales bienes la obligación de conservarlos, mantenerlos y custodiarlos y, en caso de incumplimiento, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar la ejecución subsidiaria. También el uso de BIC o de bienes muebles incluidos en el Inventario general se supedita a la condición de que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. La vulneración de estas prescripciones podría ser considerado causa de «interés social» para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente. En el plano fáctico, la LPHE obliga los poderes públicos a procurar por «todos los medios de la técnica» la conservación, consolidación y mejora tanto de los BIC como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General. Además, y sólo para los BIC, éstos no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los organismos competentes.

Otra técnica de policía adoptada por la LPHE, también con finalidad

187. PRIETO DE PEDRO, 1991, p. 1564.

188. Para un análisis más detenido, por todos, BENÍTEZ DE LUGO, 1995, esp. pp. 219 y ss.

básicamente preventiva, es el procedimiento de expoliación previsto en el artículo 4. Según el precepto, por expoliación se entiende «toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social». En tales casos, continúa el artículo 4, «la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado». Si hemos transcrito literalmente es precepto es por su trascendencia constitucional: en caso de grave peligro para los bienes culturales, prevalecen las competencias del Estado, lo que encuentra justificación clara, a nuestro juicio, en el artículo 44.1 CE, en conexión con el artículo 149.1.1^a; es decir, la garantía de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad en todo el territorio español es más importante que el estricto respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas¹⁸⁹.

La LPHE establece también medidas de fomento dirigidas a financiar las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación, así como las protecciones y excavaciones arqueológicas realizadas en bienes declarados de interés cultural¹⁹⁰; y esto de dos formas: dicha financiación tiene acceso preferente al crédito oficial y mediante la previsión siguiente: «en el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 % de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno» (art. 68.1 LPHE). Además, la Ley establece, a favor de los titulares o poseedores de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, como compensación de las cargas, unas medidas fiscales de favor como, por ejemplo, una deducción en el IRPF de una cuota equivalente al 20 % de las inversiones que se realicen para obras de mejora, reparación o difusión; asimismo, del IRPF podrán deducirse, hasta un 20 %, las donaciones puras y simples que

189. No es de extrañar que en este tipo de procedimientos se produzcan tensiones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. *Vid.*, p. ej., la Orden CUL/3631/2009, de 29 de diciembre, por la que se resuelve el procedimiento por expoliación del conjunto histórico del Cabanyal.

190. Para un análisis más detenido de las medidas de fomento fiscales y parafiscales, BENÍTEZ DE LUGO, 1995, pp. 513-678.

de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, siempre que se realicen a favor del Estado y demás entes públicos. Para fomentar el retorno del extranjero de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, se permite el pago de las deudas tributarias mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, tanto muebles como inmuebles, y se exime de todo tributo a las importaciones de bienes muebles incluidos en el inventario. De otra parte, la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo, exime del pago del Impuesto de Sociedades a «las explotaciones económicas de los bienes declarados de interés cultural conforme a la normativa del Patrimonio Histórico del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como de museos, bibliotecas, archivos y centros de documentación, siempre y cuando se cumplan las exigencias establecidas en dicha normativa, en particular respecto de los deberes de visita y exposición pública de dichos bienes» (art. 7.4) y considera deducibles los «donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, que estén inscritos en el Registro general de bienes de interés cultural o incluidos en el Inventario general a que se refiere la LPHE», así como los «donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico» [art. 17.1.d) y e)].

En el campo del películas cinematográficas, la LC habilita a las Administraciones competentes a conceder ayudas para la realización (hasta el 50 % de su coste) de «interpositivos», «internegativos» y másters en soporte digital o de otra naturaleza de películas a toda empresa productora o titular de películas que se comprometa a no exportar el negativo o el soporte digital original de las mismas y lo deposite en la Filmoteca Española o Filmoteca de la Comunidad Autónoma competente, con la finalidad de promover la conservación del patrimonio cinematográfico, mediante un fondo cada vez más extenso.

7.2.2. Medidas contra los daños a los bienes culturales

Las medidas de conservación y fomento del patrimonio cultural deben completarse con sanciones (obviamente, proporcionadas y eficaces); cuando la prevención resulta insuficiente y el daño se produce, las sanciones cumplen una función nuevamente preventiva y en su caso reparadora. El propio artículo 46 CE exige al legislador, precisamente como complemento de la garantía de conservación, imponer las sanciones más graves, las penales: «La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio». La pertinencia de la creación de tipos sancionadores no ofrece duda: si el derecho a la

Capítulo X. El derecho a la cultura

cultura es, sobre todo, el derecho a usar los bienes culturales, el Estado debe castigar los ataques contra tales bienes. Utilizando la *reductio ad absurdum*, si no existiera ninguna protección para estos bienes, ningún medio de defensa, el derecho a la cultura existiría sólo de manera virtual, como un derecho fundamental reconocido en la Constitución pero sin un contenido real.

Las sanciones son de dos tipos:

- a) Desde el punto de vista administrativo, la LPHE y otras leyes sectoriales como la LLLB prevén sanciones administrativas, generalmente pecuniarias y de cuantía elevada. Por su importancia y generalidad destacan las sanciones en caso de incumplimiento, por parte de los propietarios, titulares de derechos reales o poseedores de los bienes, de las obligaciones de protección legalmente establecidas (art. 76 LPHE). Los importes resultan ser muy elevados: en caso de que se pueda cuantificar la entidad del daño, la multa será del cuádruplo del valor del daño causado. En el caso en que esto no sea posible, la Ley prevé sanciones que van de 60.101 a hasta 601.012 euros.
- b) El reconocimiento constitucional de la tutela penal del patrimonio histórico, artístico y cultural conlleva dos consecuencias. En primer lugar, nos encontramos frente a la superación de las concepciones tradicionales personalistas del bien jurídico, puesto que aquí el bien protegido resulta ser «un bien de dimensión social y colectiva cifrado en la conservación del patrimonio histórico y cultural»¹⁹¹ o, dicho de otra forma, «la función y el valor sociocultural de los bienes que integran este Patrimonio»¹⁹². La finalidad de esta protección tan intensa tiene fundamento en el hecho de «asegurar su disfrute público por parte de la colectividad, que posibilite el acceso a la cultura y participación del individuo en los procesos sociales y culturales de un sistema pluralista y democrático»¹⁹³. En segundo lugar y debido a la formulación del artículo 46.1 CE la actuación en el campo penal resulta imperativa, sin que el legislador pueda valorar y elegir sobre la oportunidad de la misma¹⁹⁴.

Los tipos penales que directamente protegen los bienes culturales se encuentran en los artículos 321 a 324 CP:

-
191. MUÑOZ CONDE, 2004, p. 569. Para una reseña de las diversas posiciones doctrinales, GUISASOLA LERMA, 2001, pp. 279 y ss.
 192. GUISASOLA LERMA, 1996, p. 175.
 193. SALINERO ALONSO, 1997, p. 181.
 194. Véanse las consideraciones de GONZÁLEZ RUS (1996, pp. 292 y ss.) sobre el balance entre el principio de mínima intervención en materia penal y el art. 46 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- El artículo 321 prevé las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años para quienes derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental. Además, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe. Lo que se quiere conseguir, en todo caso y además del ejercicio del *ius puniendi*, es la recuperación del edificio, para que pueda reanudarse su disfrute, intentándose así salvaguardar el contenido objetivo del derecho a la cultura.
- El artículo 322 establece, además de la pena prevista en el 404 CP, la pena de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses, para la autoridad o funcionario público que, «a sabiendas de su injusticia», es decir con dolo, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos. La misma pena se impondrá a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia. Este delito parece un caso de prevaricación específica agravada; mediante él se quiere dar «un tratamiento diferenciado a la responsabilidad penal en que puede incurrir el funcionario público en sectores de la actividad social sometidos a una elevada intervención y capacidad de actuación de la Administración»¹⁹⁵.
- El artículo 323 establece la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses a quien cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. También aquí, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.
- Para concluir, el artículo 324 castiga con la pena de multa de tres a 18 meses, quien por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor

195. GUIASOLA LERMA, 2001, pp. 561 y ss.

artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.

Junto al capítulo del CP exclusivamente dedicado a los bienes culturales, otras disposiciones completan, de forma indirecta, la protección de estos bienes. Así, por ejemplo, el artículo 235 prevé, entre las varias formas cualificadas del hurto, el relativo a la sustracción de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico y lo mismo ocurre en relación con el robo con fuerza *ex* artículo 241.1. También la estafa (art. 250.1) puede recaer sobre los bienes del patrimonio artístico, histórico, cultural o científico. El artículo 253 contempla los casos en que el objeto de la apropiación indebida sea una o más cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. En los delitos contra la Administración Pública, se prevé un aumento de la pena por malversación cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico (art. 432.2). Además, según la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, integra en el delito de contrabando la acción de llevar fuera del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

Todos estos tipos penales garantizan el contenido objetivo del derecho, es decir, el disfrute de la cultura por la colectividad: «el fundamento de la tutela [penal] no se encuentra, pues, en el deseo de establecer una sobreprotección del propietario, sino en el compromiso de posibilitar y permitir el acceso y la participación cultural de los ciudadanos»¹⁹⁶.

Para concluir, hay algo que parece necesario subrayar al fin de encuadrar mejor la protección del contenido objetivo del derecho a la cultura. En efecto, se contempla en los artículos 321 y 323 la posibilidad de que los Jueces o Tribunales ordenen al autor del hecho delictivo medidas de carácter civil, como la reconstrucción o restauración de la obra o la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado, medidas éstas que forman parte del contenido de la reparación prevista, con carácter general, en los artículos 110.2 y 112 CP. Lo que parece censurable es el no haber extendido también al tipo delictivo integrado en el artículo 324 la previsión expresa de esta medida reparadora, que aquí habría operado de forma mucho más eficiente.

En otro orden de cosas, también como medidas contra los daños a los bienes culturales, cabe citar brevemente las acciones civiles que pueden utilizarse:

196. GONZÁLEZ RUS, 1996, p. 289.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- La acción reivindicatoria del artículo 348.2 CC se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario¹⁹⁷. Según el Tribunal Supremo tiene tres requisitos: título legítimo del reclamante, que tiene que ser probado por él; identificación de la cosa reclamada, que ha de acreditarse con la debida precisión; y posesión injusta de quien posea la cosa, y a quien en definitiva se reclama. En relación con los bienes culturales, el primer requisito es del mayor interés: por lo que concierne a los bienes inmuebles, existe la obligación de la Administración competente de inscribir de oficio en el Registro de la Propiedad la declaración de BIC de monumentos y jardines históricos, lo que facilita la prueba. En relación con los muebles éstos pueden ser clasificados como BIC o como bien inscrito en el Inventario General de Bienes Muebles. Las certificaciones de los registros culturales son documentos públicos y, por lo tanto, dotados de los efectos *ex* artículos 1218 CC y 319.2 y 517.2 LECiv, esto es, una presunción *iuris tantum* de que quien los presenta es efectivamente el titular del mismo, salvo prueba contraria, y la ejecutividad inmediata de los mismos documentos.
- La acción declarativa, derivada del artículo 348 CC, tiene por finalidad «obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye»¹⁹⁸. Requisitos de esta acción son: la prueba del dominio de la parte actor y la identidad de la cosa, sin que resulte necesaria la posesión de la parte demandada. Además de estos dos requisitos, la jurisprudencia requiere una necesidad de protección jurídica, esencial para el ejercicio de cualquier acción con naturaleza meramente declarativa¹⁹⁹.
- La acción negatoria, de creación jurisprudencial²⁰⁰, es aquella que compete al propietario de una cosa para defender su dominio y para que se declare la ausencia o inexistencia de gravámenes sobre él²⁰¹. El objetivo de la acción es tanto provocar la cesación de acciones mo-

197. Por todas, STS de 30 octubre de 1997 (RJ 1997, 7344).

198. STS de 28 de febrero de 1962 (RJ 1962, 1164).

199. Para el desarrollo más concreto de este requisito de «necesidad de protección jurídica» véase, p. ej., la STSJ de Navarra, de 28 de junio de 1993 (RJ 1993, 4826).

200. Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales, establece una disciplina explícita de la acción negatoria. La misma sustituye la precedente Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, que ya desde 1990 preveía este instrumento de protección, aunque con una aplicación parcial en el territorio español.

201. Díez-PICAZO, GULLÓN, 1997, p. 203.

lestas como, en previsión futura, la abstención de las mismas. Sus requisitos son: el dominio del actor sobre la *res* y la realización por el demandado de actos que suponen el ejercicio de un derecho real²⁰², actos, entonces, que perturban de forma ilegítima el derecho de propiedad del actor. La LPHE establece varias obligaciones a los titulares de los bienes (*supra*, 7.3), dependiendo de la calificación del bien (BIC, perteneciente o al Inventario General de Bienes Muebles o simplemente al Patrimonio Histórico Español). Si la Administración quisiera extralimitarse en sus facultades sobre bienes pertenecientes a particulares, por ejemplo ejercitando un derecho de visita sobre un bien inmueble no declarado BIC, cada titular podría oponerle la acción negatoria. El mismo discurso puede aplicarse, *mutatis mutandis*, a un particular que, con su acciones, afecte al derecho de propiedad sobre el bien cultural de otro sujeto.

7.3. PROTECCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Podría parecer contradictorio considerar la propiedad intelectual desde el punto de vista tanto de las intervenciones sobre el derecho a la cultura (*supra*, 6) como de las garantías del mismo, pero no es así: la propiedad intelectual tiene una función social (art. 33.2 CE) que colabora, entre otras cosas, a garantizar el derecho que estudiamos, y ello en un doble sentido:

- a) Límites al acceso, para asegurar que una parte importante de los bienes culturales (los que contienen propiedad intelectual) no se agote y que vendrían a coincidir con las intervenciones que ya hemos estudiado. En efecto, el mismo hecho de calificar la propiedad intelectual como propiedad privada garantiza *indirectamente* el derecho a la cultura: si el autor de la obra percibe una remuneración por su creación y por su utilización por los demás, puede vivir de lo que produce y, consecuentemente, tiene incentivos para producir más obras. Incluso los partidarios de la «cultura libre» afirman que «la ley [...] posee una razón para proteger a los autores, *al menos en la medida en que, haciéndolo, les proporciona un incentivo para producir*»²⁰³. Si no existiera protección legal de la creación (la llamada cultura anárquica), habría muchos menos autores y sólo unos pocos, quienes pudieran garantizarse una vida digna sin contar con las ganancias provenientes de la obra, producirían bienes culturales²⁰⁴. Muy prosai-

202. STS de 2 octubre de 1990 (RJ 1990, 7465).

203. LESSIG (2001, p. 248), cursiva en el texto.

204. Hay que evitar la ecuación cultura libre igual cultura anárquica; *vid.*, de manera muy elocuente, LESSIG, 2001, pp. 229 y ss.; 2005, pp. 19-20 y 273 y ss.

camente podría describirse el proceso como un círculo que se reproduce autónomamente y (casi) de manera infinita.

- b) Límites al ejercicio (o más bien delimitación del contenido) de los derechos de autor que *directamente* garantizan el derecho a la cultura, pudiéndose citar al respecto, como más significativos:
- La reforma de la LPI de 2006 introduce un nuevo artículo, el 31 bis, cuyo apartado segundo establece una acción positiva al permitirse la reproducción, distribución y comunicación pública, sin costes añadidos, de obras que ya han sido divulgadas, en ventaja de personas con discapacidad (antes, sólo de invidentes). Este apartado utiliza el margen de libertad permitido a los Estados por el artículo 5.3 de la Directiva 2001/29/CE y resulta de fácil justificación constitucional: como generalmente las obras se realizan para la «mayoría» de los ciudadanos, hace falta favorecer, con medidas como ésta, que el mayor número pueda acceder a la cultura y, sobre todo, aquellos que representan una minoría. La Ley permite también, mediante la transformación de la obra, la adaptación de la misma al lenguaje propio de los discapacitados. De otro lado, el impedir a los usuarios discapacitados acceder a los materiales, instalaciones y servicios de la biblioteca se considera como una infracción grave [art. 17.2.d) LLLB].
 - El artículo 32.1 LPI (modificado por la Ley 23/2006) permite la inclusión en una obra propia de fragmentos de obras ajenas, sea cual sea la naturaleza del fragmento incluido. Como antes, la obra ya debe haberse publicado y esta inclusión debe tener fines docentes o de investigación. Se permite, entonces, la posibilidad de citar, analizar, comentar o criticar libremente, sin previa autorización del autor y sin costes añadidos, obras objeto de propiedad intelectual, siempre que se incluya el nombre del autor de la obra. Esta medida podría también clasificarse en el primer grupo, es decir, el hecho de poder citar, pero sobre todo de criticar una obra crea un círculo virtuoso para la creación y también para el acceso a la cultura: señalar y comentar una obra significa difundirla mientras que criticarla significa crear nuevos bienes que se pueden clasificar como cultura.
 - Es indudable que el derecho a la cultura tiene relaciones muy estrechas con el derecho fundamental a la educación (art. 27.5 y 8 CE) y por eso se prevé otra limitación al derecho de propiedad intelectual, es decir una garantía más para el derecho a la cultura,

- en concreto en el ámbito educativo (art. 32.2 LPI). Con la reforma de 2006, se permite la reproducción, distribución y comunicación pública, sin costes añadidos, de obras ya divulgadas, cuando éstas son utilizadas para la ilustración de actividades educativas y siempre que se incluya el nombre del autor y la fuente. Así, con determinadas condiciones, el legislador considera prevalente el interés educativo hacia el acceso a la cultura respecto a la propiedad intelectual.
- Otra limitación se prevé a favor de museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas y archivos públicos. A estas entidades se garantiza, siempre que se persigan fines de investigación o conservación, el derecho de reproducción de obras sin que los titulares puedan oponerse y sin necesidad tampoco de su autorización para los préstamos. La LLLB, en aplicación de la Directiva 92/100/CEE y en cumplimiento de una sentencia del TJCE²⁰⁵, modifica el artículo 37 LPI y prevé que un Real Decreto determine la cuantía de remuneración de los autores por los préstamos que las estructuras realicen de sus obras y, hasta que este acto no se produzca, habrá de aplicarse la cuantía transitoria de veinte céntimos de euro por cada copia adquirida. Entendiendo el Estado prevalente el interés social relacionado con el acceso a la cultura y a la educación, se excluyen de la obligación de la remuneración los establecimientos públicos en municipios de menos de 5.000 habitantes y los integrados en el sistema educativo español. A pesar de estas razonables exclusiones y de su origen comunitario, esta obligación de remuneración parece chocar con el derecho de acceso a la cultura: como servicios públicos, las bibliotecas y los establecimientos afines, de cualquier tipo, tendrían que obtener una exención del pago de esta cuota, para que la máxima cantidad posible se reutilice para el aumento de los fondos. Si por un lado se denota uno de los ejemplos de máximo impulso al acceso y difusión de la cultura (el préstamo libre y gratuito), por el otro hay una mitigación de este abanico de posibilidades, mitigación causada por la obligación de la remuneración a los autores²⁰⁶.
 - La LPI afirma también que la parodia de obras protegidas por el derecho de autor será libre y no necesitará el consentimiento del autor de la obra sobre la cual se hace, con dos condiciones: que

205. STJCE *Comisión contra España*, de 26 de octubre de 2006.

206. UREÑA SALCEDO (2008). *Vid.*, además, la recomendación del Defensor del Pueblo citada *supra*, nota 179.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

no implique ningún riesgo de confusión entre las dos y que no se infiera un daño a la obra original o a su autor²⁰⁷ (art. 39 LPI). Aquí también hay tanto un fomento para la creación de nuevas obras como una ayuda para la difusión de obras objeto de parodia.

- El artículo 41 LPI establece las condiciones para la utilización de obras en dominio público. Éste parece el límite más importante de la propiedad intelectual: tras setenta años de la muerte del autor (art. 26), la obra pasa a dominio público. Quiere decir que cualquier persona podrá utilizar la misma copiándola, imprimiéndola y distribuyéndola libremente, sin tener que pedir la autorización a los derechohabientes ni abonarles nada, con el límite de que se respete la autoría y la integridad de la obra. Visto desde la perspectiva de los bienes materiales, éste parece un límite que afecta en profundidad el derecho de propiedad y, consecuentemente, parece fomentar y proteger el derecho a la cultura. Aún así, pese a estar avalado por la normativa europea (Directiva 2006/116/CE), resulta criticable un plazo tan extenso, esto es, la duración del derecho de propiedad intelectual tras la muerte del autor. Seguramente una política más respetuosa con el acceso a la cultura exigiría un plazo menor²⁰⁸.

7.4. FOMENTO A LA CREACIÓN Y COMUNICACIÓN CULTURAL

Como adelantamos, el fomento a la creación cultural es una garantía objetiva del derecho a la cultura, que implica un paso más sobre las estudiadas hasta ahora: no se trata sólo de conservar los bienes existentes sino también de favorecer la existencia de otros nuevos; cuanto más (y más variados) bienes culturales haya, mayor posibilidades de acceder a la cultura se darán. A partir de aquí, las cuestiones centrales a resolver, mutuamente relacionadas, son las siguientes: teniendo en cuenta que el Estado no debe crear cultura, ¿se encuentra este constitucionalmente obligado a fomentar la creación cultural de los particulares? Y, en caso afirmativo, ¿cuál es la naturaleza de dicha obligación? y ¿qué tipo de creaciones deben ser fomentadas?

La existencia de un deber estatal de fomento de la cultura parece clara, y así lo reconoce unánimemente la doctrina, a la vista de los artículos 44.1 y 46 CE: «Los poderes públicos promoverán [...] el acceso a la cultura», así como «el enriquecimiento del patrimonio [...] cultural y artístico de los pue-

207. Para las características de la parodia y de sus elementos esenciales véase DÍAZ ALABART, 2007, pp. 649 y ss.

208. Sobre la situación en Estados Unidos y su crítica véase LESSIG, 2005, pp. 219 y ss.

blos de España y de los bienes que lo integran». Ciertamente, según la literalidad del primer precepto citado no se promueve la cultura sin más sino el acceso a la misma, pero el principio del pluralismo no podría cumplirse plenamente si no se fomentaran las manifestaciones culturales minoritarias; en todo caso, el segundo precepto es algo más explícito: para *enriquecer* el patrimonio hay que fomentarlo desde su mismo origen.

No es, por tanto, la existencia misma de la obligación constitucional de fomento la pregunta más importante, sino si cabe exigir dicho fomento como parte del contenido del derecho subjetivo fundamental, cuestión que ya hemos resuelto negativamente (*supra*, 4.3.3). Precisamente por ello ubicamos el análisis de este tema dentro de las garantías del derecho y no de su contenido. La razón de fondo no es tanto de dificultad de concretar las prestaciones o de intromisión en las decisiones presupuestarias sino de mera demarcación entre derechos: el derecho a crear (con su faceta prestacional, en su caso) es un derecho diferente del derecho a la cultura.

Adelantemos que las obligaciones legales de fomento de la creación cultural pueden considerarse constitucionalmente suficientes. No pueden ser exigidas otras nuevas como parte del derecho a la cultura pero sí pueden ser exigidas las existentes, si así se desprende de la legislación aplicable, como meros derechos subjetivos de rango legal, por los destinatarios de las subvenciones. La exigibilidad de estas subvenciones por estos destinatarios (los creadores, en sentido amplio) sirve como garantía objetiva del derecho a la cultura (de todos).

Antes de analizar, siquiera brevemente, la legislación de fomento a la creación cultural, conviene volver sobre la última pregunta pendiente: desde el punto de vista constitucional, y en concreto desde la perspectiva del derecho a la cultura, ¿qué tipo de creaciones deben ser fomentadas? El constitucionalista norteamericano Owen Fiss propone dos criterios, que compartimos²⁰⁹: el grado relativo de exclusión del grupo que se quiere subvencionar y su necesidad financiera. Desde el punto de vista del principio constitucional del pluralismo (art. 9.2 CE), al que ya nos hemos referido en varias ocasiones (sobre todo, *supra*, 2.2.2 y 3), añadiríamos nosotros, el Estado ha de reequilibrar las diferentes culturas y grupos culturales, sin olvidar que son los minoritarios los que más protección y subvención necesitan por el Estado, no los mayoritarios. Actuando de forma contraria se ayudaría la mayoría a conver-

209. Fiss, 1999, p. 63. La idea, pensada para el contexto norteamericano parece adaptarse muy bien a España y a cualquier país que se tome realmente en serio el principio del pluralismo; *vid.* ESCOBAR ROCA, 2000. De interés, asimismo, PAU y ROCA, 2009, pp. 79-80.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tirse en monopolio, en este caso cultural. Toda la normativa del bloque del artículo 10.2 CE apoya esta interpretación: la Convención de la UNESCO de 2005 se funda precisamente en el apoyo a la diversidad cultural [p. ej., arts. 1.a), 2.7, 6.2 o 7], esto es, en un reequilibrio de las manifestaciones culturales, y la OG 21 camina en idéntica dirección [p. ej., aps. 43 o 52.a), f) y g)]. En consecuencia, una distribución de subvenciones fundada en criterios contrarios a los propuestos (p. ej., que privilegiara las creaciones de los grupos mayoritarios o a quienes ya contaran con medios financieros suficientes) debería reputarse inconstitucional, por vulneradora del principio del pluralismo. Complementariamente, debería tenerse en cuenta el principio de igualdad, mecanismo habitual de control judicial de las subvenciones.

Estos criterios fundados en el pluralismo deben sin embargo ser complementados con otro criterio fundamental y casi obvio: no ha de fomentarse la cultura sólo por ser minoritaria sino también por resultar de calidad²¹⁰. Es aquí donde debe traerse nuevamente a colación la concepción de la cultura del constituyente, y en concreto la parte de la «alta cultura» que se desprende de la tesis universalista: la cultura a fomentar no es cualquier cultura sino la que entronque, de un modo u otro, con los parámetros estéticos dominantes en nuestro ámbito cultural. Como su determinación es siempre discutible, resulta importante que la Administración no decida aquí autónomamente, sino con la colaboración de expertos independientes.

Como decíamos, la legislación cultural española recoge, en todos los ámbitos relevantes, obligaciones administrativas de fomento de la creación. Veamos seguidamente las normas más significativas, que analizaremos desde la perspectiva de la garantía objetiva del derecho a la cultura:

- a) En el marco de la lectura, la LLLB prevé, más que obligaciones de fomento a la creación, obligaciones de fomento a la lectura, que sirven, aunque más indirectamente, al mismo fin. La explicación es obvia: el coste de editar un libro es normalmente pequeño (nulo si se realiza sólo en edición digital²¹¹), y se encuentra al alcance de casi todos. Por lo que aquí interesa, cabe citar la obligación del Ministerio de Cultura de desarrollar, con la participación y colaboración de las Comunidades Autónomas, campañas promocionales de los autores

210. Esta obvia exigencia de calidad no es sólo predicable de la actividad de fomento, también lo es de la actividad de protección de los bienes culturales. P. ej., el art. 1.2 LPHE habla de interés y de valor (culturales), es decir, parte del presupuesto de que no todo tiene el mismo interés o valor.

211. Es libro, también legalmente (art. 2 LLLB), aunque no exista edición en papel. De interés, BOIX PALOP, 2008, esp. pp. 56 y ss.

que se expresen en castellano o en las demás lenguas oficiales²¹². Se dará, además, una importancia particular al reconocimiento de la labor creadora *tout court* de los autores y la de quienes han conseguido, mediante sus traducciones, el acceso a obras originalmente escritas en otras lenguas, sin olvidar el respeto de sus derechos de propiedad intelectual. La Administración General del Estado está además obligada (la fórmula «mantendrá» es evidentemente imperativa) a establecer un sistema de premios «a favor de los autores de los principales ámbitos de la actividad literaria, cultural, científica y técnica» (art. 5.2), sin perjuicio de otras medidas de apoyo. Con una dimensión exterior, se demanda al Ministerio de Cultura la promoción de la «la proyección internacional de las lenguas españolas» (art. 6.1). También la industria editorial y el comercio de libros gozan de programas de apoyo para «garantizar la pluralidad y diversidad cultural y facilitar el acceso a la lectura en consideración a los valores culturales que el libro representa y a su importancia industrial y económica» (art. 7.1). Por último y como norma de cierre, se establece la obligación para la Administraciones estatal y autonómicas de contribuir a la expansión internacional de la industria del libro español, fomentando su participación en ferias nacionales e internacionales relacionadas con el libro y apoyando empresas españolas del sector del libro en ferias en el extranjero.

En consecuencia, según la Ley, hay (determinados) autores o libros que deben promocionarse, premiarse, proyectarse (en el exterior) o apoyarse. Se trata de obligaciones administrativas que, pese a su carácter genérico, están formuladas en términos imperativos, y que por tanto resultan exigibles; de no entenderlo así, habríamos de concluir que el Parlamento hace leyes cosméticas, y a esa conclusión no debe llegar el jurista, salvo casos evidentes. Dada la falta de concreción legal, el reglamento nos dará las claves del futuro fomento de la creación; si no se dicta, habrá inactividad reglamentaria ilegal, sancionable en vía judicial.

La mayor concreción de los autores o libros subvencionables la encontramos en el artículo 7.1: «programas de apoyo a la industria y al comercio del libro para garantizar la pluralidad y diversidad cultural y facilitar el acceso a la lectura en consideración a los valores culturales que el libro representa y a su importancia industrial y económica». Lo primero viene a coincidir con nuestra propuesta; en

212. BAÑO LEÓN, 2008, pp. 95 y ss.

cuanto a lo segundo, en parte, parece remitir a una cierta idea de excelencia artística, que consideramos razonable. Las subvenciones directas a la edición, que son las que mayor relación guardan con la garantía que aquí estudiamos, varían en cada convocatoria. Tomando como ejemplo alguna de las más recientes (p. ej., Resolución de 4 de marzo de 2009, de la Dirección General del Libro), se apoya la edición de obras de referencia y consulta (enciclopedias, diccionarios, historias, bibliografías) de cualquiera de las siguientes materias: ciencias sociales, filosofía y teología, ciencias puras y aplicadas, literatura y lingüística, historia, arte y geografía; de obras literarias de autores preferentemente españoles, iberoamericanos y clásicos; de obras de Humanidades: Historia, bellas artes, geografía, filosofía, pensamiento y etnografía y de obras de literatura infantil y juvenil, de autores preferentemente españoles, estableciendo como principal criterio de valoración para la concesión de subvenciones «el interés cultural de la obra cuya edición se propone, teniendo atención preferente los proyectos relacionados con los aniversarios de autores y obras que se conmemoren en 2009 y 2010; las características técnicas (encuadernación, formato, ilustración, etc.) y la relación costes/precio». Estos criterios resultan constitucionalmente impecables. Al final, la clave consistirá en determinar cuándo una obra tiene más «interés cultural» que otra, es decir, el criterio de excelencia, y para ello se constituye una Comisión formada por representantes de la Administración y expertos ajenos a ella.

- b) El fomento a la creación cultural socialmente más polémico y de mayor entidad económica se produce en el ámbito de la cinematografía. El fomento se realiza aquí básicamente en tres grandes direcciones:
 - Los artículos 22 a 27 LC regulan de forma bastante minuciosa (compárense sino con los ya citados de la LLLB) las ayudas a la creación, desarrollo y producción de las obras audiovisuales. El artículo 22 prevé ayudas de carácter imperativo («se fomentará la creación») para la creación de guiones, teniendo en cuenta «la calidad y originalidad de los proyectos presentados, la viabilidad cinematográfica y, en su caso, el historial profesional de los guionistas». Asimismo, la Ley permite (en este caso no obliga) conceder ayudas a los denominados productores independientes para desarrollar proyectos de largometrajes, así como a proyectos culturales y de formación no reglada, pertenecientes al campo más bien teórico o de la edición y a «programas específicos de formación

no reglada para profesionales, incluyendo personal creativo y técnico, o públicos».

En relación con la producción en sentido estricto, el rodaje de la película, se toman en cuenta esencialmente tres criterios generales: el empleo de una de las lenguas oficiales españolas, el uso del territorio español de manera preponderante en los rodajes y la realización de la posproducción, o de la producción para películas de animación, de forma mayoritaria en territorio español. Sentado esto, se establecen tres tipos de ayudas a la producción cinematográfica: para proyectos de largometrajes, para amortización de largometrajes y para proyectos de cortometrajes. Las más interesantes son las primeras, las cuales «se podrán conceder» (nótese la fórmula habilitadora, no imperativa) a productores independientes [definidos en el art. 4.n) de la Ley] para proyectos «que posean un especial valor cinematográfico, cultural o social, sean de carácter documental o experimental, o incorporen nuevos realizadores», tomando en consideración, además de las obvias cautelas económicas (presupuesto, viabilidad, solvencia), sobre todo, «la calidad y el valor artístico del proyecto», valorándose también «que el proyecto aplique medidas de igualdad de género en las actividades creativas de dirección y guión». Una vez más, el diseño parece constitucionalmente impecable²¹³: aunque no se impone taxativamente, las obras a fomentar tienen en cuenta, indirectamente, el valor de la diversidad y los criterios de excelencia son valorados por una comisión integrada, presumiblemente, por expertos independientes; después volveremos sobre el tema.

- En las demás ayudas predomina la fórmula potencial «se podrá», en vez de la imperativa «se fomentará». Teniendo en cuenta esta

213. CAMBA CONSTENLA (2002, p. 390) viene a afirmar la inconstitucionalidad de las ayudas a proyectos, en términos que conviene reproducir: «los incentivos selectivos se constituyen como auténticas subvenciones de resultado cuya determinación queda en manos de la Administración competente, lo que a todas luces es incompatible con las exigencias generales del artículo 9.2 CE y, de modo más concreto, con su artículo 20.2, que proscribire toda forma de censura previa. Desde esta perspectiva, una intervención administrativa de fomento de determinadas actividades artísticas condicionada a la presentación de proyectos, o de las obras propiamente dichas, que la Administración fiscalizará –pudiendo, si es su capricho, discriminar sutilmente en función del contenido u orientación ideológica–, no parece compatible con el libre e igual ejercicio de las libertades de expresión». La crítica es a nuestro juicio exagerada; no puede hablarse aquí estrictamente de censura y el riesgo de politización puede combatirse con comités independientes y en su caso ser controlado en vía judicial.

importante advertencia y comenzando por la distribución, la Ley sigue haciendo mención a distribuidores independientes [definidos en el art. 4.ñ)], a los cuales se podrán conceder ayudas «para la realización de planes de promoción y distribución en España de películas de largo y corto metraje, comunitarias e iberoamericanas, a fin de estimular su distribución, principalmente en versión original, en salas de exhibición, con especial atención a la calidad de las películas, a la incorporación de nuevas tecnologías de la comunicación y a las facilidades de acceso a las películas para las personas con discapacidad» (art. 28.1). Más interesante aparece el fomento de la exhibición (art. 29): aquí se establecen medidas de apoyo para exhibidores independientes [definidos en el art. 4.o)], cuyo objetivo último es favorecer el acceso de los espectadores a la diversidad de la producción cinematográfica. Este objetivo se concreta en la inclusión en la programación anual de cada sala de largometrajes comunitarios e iberoamericanos, en proporción superior al 40 %, con preferencia hacia aquellas que los ofrezcan en versión original, así como un número mínimo de cortometrajes con las mismas características. Otras ayudas a salas de proyección se refieren a la modernización tecnológica del sector, a la adaptación de las salas de exhibición para el acceso de personas con discapacidad y a la permanencia y estabilidad de las salas radicadas en pequeños núcleos urbanos o rurales y al mantenimiento de una oferta cultural estable y próxima en dicho ámbito. En relación con la promoción del cine español, la ley fija ayudas en relación tanto con «la organización y desarrollo de festivales o certámenes cinematográficos que se celebren en España o que dediquen especial atención a la programación y difusión del cine comunitario, iberoamericano, películas de animación, documentales y cortometrajes» (art. 32 LC) como con la participación en festivales de empresas productoras de las películas seleccionadas por los mismos con el fin de contribuir a la difusión de los valores culturales y artísticos de la cinematografía española. Nuevamente, la valoración constitucional de los criterios legales de fomento no puede ser sino positiva.

El Real Decreto 2062/2008, de 12 de diciembre, por el que se desarrolla la LC, además de establecer el procedimiento concreto de concesión de las ayudas, crea el Comité de ayudas a la producción cinematográfica, cuyo ámbito de decisión se limita a las solicitudes de ayudas de los artículos 22.2, 25 y 27 LC, y regula el Insti-

- tuto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (*supra*, 1.4.1), a quien se le encomiendan la mayor parte de las competencias de fomento²¹⁴. Finalmente, la Orden CUL/2834/2009, de 19 de octubre (modificada en 2010 y 2011), establece las bases reguladoras de las ayudas estatales, y ello en términos que también juzgamos constitucionalmente correctos. Los criterios de valoración para la concesión de subvenciones a futuras películas, contenidos básicamente en los artículos 28, 41 y 53.1 (el más importante es la calidad, originalidad y valor artístico), nos parecen adecuados²¹⁵, aunque hubiera sido preferible, para evitar la recurrente acusación de politización, que los comités de valoración de los proyectos fueran nombrados de forma menos jerarquizada²¹⁶.
- Cuotas de pantalla y obligaciones de inversión en cine europeo. Los exhibidores de cine (art. 18 LC) y las televisiones públicas y privadas [art. 5.2 de la Ley 7/2010, para todas, y art. 9.1.f) Ley 8/2009, para las de titularidad estatal] tienen obligación de programar diversos porcentajes de obras europeas y los operadores de telecomunicaciones y las televisiones, también públicas y privadas [art. 5.3 de la Ley 7/2010, para todas, y art. 9.1.g) de la Ley 8/2009, para las de titularidad estatal], de dedicar parte de su presupuesto a invertir en cine europeo. Este tipo de obligaciones, avaladas ya por el TJCE²¹⁷ y que quizás sean examinadas por el Tribunal Constitucional²¹⁸, plantean dos problemas: la selección indiscrimi-

214. Véase el art. 10 LC, donde se califican las actividades del Instituto con expresiones como, p. ej., «establecerá medidas de fomento» o «fomentará y favorecerá».

215. Esta Orden, que fue precedida de amplias consultas con las organizaciones representativas del sector, ha resultado muy polémica, no tanto por las medidas de acción positiva que introduce (puntajes y preferencias a los proyectos presentados por mujeres, que parecen justificados a la luz de la LO 3/2007, *supra*, 5.1.3) como por las críticas públicas de un nutrido grupo de profesionales (autodenominado Cineastas contra la Orden), que llegó a presentar denuncia ante la Comisión Europea (finalmente desestimada) e incluso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue inadmitido (discutiblemente) por falta de legitimación (SAN de 16 de mayo de 2011 [JUR 2011, 195332]). En síntesis, el argumento crítico de fondo (creemos que endeble desde el punto de vista jurídico) es la desproporción de las ayudas, que privilegian a las grandes y pequeñas producciones, en detrimento de las medianas, y por tanto, acaban dañando la diversidad cultural (sic): <http://cineastascontralaorden.blogaliza.org/manifiesto/>.

216. Según el art. 104.3 de la Orden (reformada por la Orden CVL/1772/2011), el Director general del ICAA nombra a todos los miembros de los llamados comités asesores, eso sí, tras recabar las propuestas de los sectores implicados, obviamente no vinculantes.

217. STJCE de 5 de marzo de 2009 (C-222-07).

218. El ATS de 9 de diciembre de 2009 planteó cuestión de inconstitucionalidad contra

nada de cine «europeo» (frente al cine de otros continentes y especialmente frente al cine estadounidense) y la intervención (clara al menos en el caso de las empresas privadas) sobre la libertad de empresa. En cuanto a lo primero, la finalidad de la norma, procedente del Derecho comunitario, engarza en principio con objetivos de rango formal y materialmente constitucional: respectivamente, por un lado, la «modernización y desarrollo» de la economía española (art. 130.1 CE), ahora europea, y sobre todo, por lo que aquí interesa, el acceso a la cultura, interpretado a la luz del pluralismo²¹⁹ (art. 44.1 CE) y, por otro, el deber de la Unión Europea de contribuir al «florecimiento de las culturas de los Estados miembros» (art. 167.1 TFUE) y, nuevamente, el respeto a la diversidad cultural (art. 22 CDF). Si esto es así, la intervención sobre la libertad de empresa parece justificada²²⁰, precisamente, entre otras cosas, por la obligación de los poderes públicos de fomento de la cultura (plural).

- c) En general, para las demás subvenciones, rige la Orden CUL/2912/2010, que establece los criterios generales para su concesión, aplicables, por ejemplo, a falta de legislación específica, a las medidas de fomento del teatro, la música, la lírica y la danza, que son competencia del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y Musicales (RD

el artículo 5.1 de la hoy derogada Ley 25/1994, por lo que no son descartables nuevas cuestiones contra el precepto paralelo de la Ley 7/2010.

219. La adecuación de las cuotas y obligaciones de inversión en cine europeo al objetivo del pluralismo suele darse por hecho y rara vez se demuestra fácticamente. Esta demostración no resulta nada fácil y quizás no sea necesaria, por la obviedad del aserto: si la cultura varía según cada contexto nacional, algo más de pluralismo se logrará si llegan a las pantallas más películas de más países. Habría que partir de que los productos cinematográficos estadounidenses que llegan a Europa tienen una cierta homogeneidad y que por tanto parece ser cierto el aserto anterior: a más cine europeo y menos cine estadounidense, mayor pluralismo cultural. En definitiva, de lo que se trata es de intervenir en el mercado para aumentar la presencia del cine europeo frente al estadounidense, lo que redundará en un mayor pluralismo cultural. *Vid.* PRIETO DE PEDRO, 1989, p. 87 y, sobre todo, ESPINA, 1994.
220. Tiene fundamento constitucional, previsión legal, y respeta el principio de proporcionalidad, en sus elementos de adecuación (ver nota anterior), necesidad y ponderación. En contra, GÓMEZ-FERRER MORANT, quien en un muy bien argumentado trabajo, viene a sostener (1996, esp. pp. 824-825) que el límite aducido, que correctamente sitúa, en primer lugar, en «el interés general de protección de la cultura» no es adecuado, pues «la cuota de pantalla se cubre mediante la simple proyección de películas comunitarias, siendo necesario sólo el requisito de la nacionalidad y siendo indiferente, por el contrario, el valor cultural de la película». Aquí está sin duda el quid de la cuestión, que ya hemos resuelto, reconocemos que sin mucha seguridad, en la nota anterior.

2491/1996). Debe lamentarse el rango de esta normativa (sin duda, hubiera sido preferible su plasmación en una ley) y, sobre todo, la excesiva generalidad de los criterios que establece, que inevitablemente deberán ser concretados en resoluciones posteriores. Veamos: los criterios de concesión de la Orden son únicamente «la calidad técnica del proyecto presentado o de la actividad realizada, la experiencia, trayectoria desempeñada o especialización, la innovación artística, las condiciones de viabilidad económica, la incidencia social, así como las actuaciones ya iniciadas» (art. 3.3). Por su parte, las Resoluciones de convocatoria (p. ej., Resolución de 18 de junio de 2009, del Instituto Nacional de las Artes Escénicas y de la Música, y otras similares) los concretan como sigue: carácter nacional de la actividad o proyecto, es decir, que procure la máxima cobertura de todo el territorio nacional o que sea representativo del patrimonio cultural español en su conjunto; proyección internacional, o grado de difusión y repercusión que pueda tener en el exterior, favoreciendo el conocimiento del patrimonio cultural español más allá de nuestras fronteras; calidad artística y técnica del proyecto, y que ésta guarde una adecuada proporción con el coste del mismo; contribución a la recuperación, preservación y difusión del patrimonio coreográfico, lírico y musical español; rentabilidad social generada por el proyecto o actividad, con especial atención a su posible impacto positivo en grupos desfavorecidos y su contribución a la captación de nuevos públicos; carácter innovador del proyecto; y empleo de las nuevas tecnologías de la información como mecanismo de difusión, publicidad, comercialización y grabación de las giras, festivales y representaciones. Por otro lado, se atenderá a las nuevas creaciones y a la originalidad y calidad de las adaptaciones de obras ya existentes; estabilidad, trayectoria y solvencia de los solicitantes, la consistencia e interés cultural de sus proyectos, así como su coherencia con el presupuesto presentado. Pues bien, nada que objetar a tales criterios, impecables desde el punto de vista constitucional.

- d) Una nueva forma, cada vez más extendida, de fomento a la comunicación cultural, es la digitalización, pública o privada, de contenidos y la puesta a disposición de los mismos en Internet: la red se convierte hoy en uno de los principales instrumentos, si no el primero, para ampliar la difusión de los bienes culturales, lo que hace previamente necesario, claro está, la universalización y asequibilidad del acceso a la red misma. Aunque ya la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, siguiendo en esto a la anterior, conectó servicio pú-

blico de telecomunicaciones (pensando sobre todo en Internet) y acceso a la cultura [art. 25.2.b)], la legislación posterior, específica sobre «servicios de la sociedad de la información» no ha avanzado nada en materia de cultura²²¹. Como obligación legal, sólo contamos de momento con el artículo 14.4 LLLB, que establece una genérica obligación administrativa de digitalización de bibliotecas; el resto de la actuación administrativa en este campo parece entonces moverse en el plano de lo discrecional²²². Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que la digitalización de los bienes culturales entra en conflicto, nuevamente, con la propiedad intelectual. El tema está pendiente de resolución a nivel internacional, por lo que es prematuro avanzar criterios de ponderación²²³.

7.5. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Las Administraciones públicas pueden vulnerar el derecho a la cultura, por acción (ataques contra bienes culturales o impedimentos no justificados de acceso a los bienes o servicios culturales, OG 21, ap. 62) y, más frecuente y naturalmente, por omisión (OG 21, aps. 63-65), absoluta o relativa, tanto de las prestaciones constitucional o legalmente exigidas, como de las garantías directa o indirectamente conectadas con el derecho, siendo tales vulneraciones susceptibles de control, en principio, por la justicia contencioso-administrativa, y ello sin que sea preciso que lo recuerde el apartado 72 de la OG 21, pues se desprende por sí solo del artículo 44.1 CE y de la LJCA.

Los casos típicos de omisión de prestación en situaciones de elección entre diversas alternativas (p. ej., la negativa a declarar un bien de interés cultural o a conceder una determinada subvención) encajan bien en la categoría de la discrecionalidad técnica²²⁴, lo que no debe impedir su control judicial.

221. En un trabajo interesante sobre la materia (CREMADES, 2000), se critican los escasos avances de la comunicación de la cultura en Internet, pero no se dice nada sobre las responsabilidades públicas correspondientes, lo cual es revelador, creemos nosotros (teniendo en cuenta que el trabajo lo escribe un jurista), de las dificultades dogmáticas para su concreción.

222. Los avances son sin embargo, ya significativos: *vid.*, p. ej., <http://www.mcu.es/MC/culturaEnRed/principal.html> o <http://bdh.bne.es/bnearch/>.

223. El Informe de la Subcomisión del Congreso de los Diputados, ya citada, únicamente alude (ap. 19, p. 20) a las denominadas obras huérfanas, remitiendo la regulación del tema a la normativa de la UE.

224. P. ej., para el primer caso (y lo dicho es aplicable, *mutatis mutandis*, al segundo), *vid.* ALEGRE ÁVILA, 1991, pp. 1604 y ss. El autor se refiere al supuesto de declaración de un bien como de interés cultural (está pensando en el propietario del bien conforme con tal declaración) pero su razonamiento es igualmente aplicable al supuesto contrario, de no declaración. En general, sobre la discrecionalidad técnica en este ámbito, VAQUER CABALLERÍA, 1998, p. 230 o GONZÁLEZ MORENO, 2003, p. 222.

En la práctica, los supuestos de vulneración directa del derecho de un individuo concreto serán escasos; en estas situaciones, el acceso a la justicia no ofrece problemas especiales. Lo más habitual será la vulneración colectiva del derecho (p. ej., la falta de protección de un bien cultural o la falta de equipamiento cultural en una población o la insuficiencia de dicho equipamiento), en cuyo caso pueden plantearse dudas de legitimación. Ahora bien, en algún caso, sin duda trascendental, la legislación prevé la acción popular (art. 8.2 LPHE) y creemos que esta solución resulta predicable con carácter general, desde una interpretación del artículo 19.1 [apartados a) y b)] LJCA conforme al artículo 43.1 CE.

Dejando de lado lo relativo a la propiedad intelectual, la jurisprudencia sobre la materia es, sin embargo, prácticamente inexistente²²⁵. Ello se debe, ante todo, a tres factores: la naturaleza muchas veces difusa de los intereses en juego (a los tribunales se acude sobre todo para defender intereses particulares), la escasa conciencia social (y seguramente también judicial) de que la cultura es un derecho justiciable y el aceptable nivel en España de cumplimiento del derecho. Sea como fuere, los problemas son menores, y la lentitud y carestía de la justicia hacen desaconsejable en la práctica el acudir a los tribunales para solventarlos²²⁶, aunque no vendría mal en este ámbito un mayor uso del litigio estratégico, experiencia tan poco frecuente en nuestro país. La vía de protección judicial permanece, no obstante, abierta para el futuro.

7.6. GARANTÍAS INTERNACIONALES

A lo largo de este capítulo hemos visto, por vía sobre todo del artículo 10.2 CE, las interrelaciones, de mutuo reforzamiento, entre la normativa nacional e internacional²²⁷ referente a la cultura²²⁸.

Una vez agotadas las vías previstas en el Derecho nacional, los ciudada-

225. En contadas ocasiones (p. ej., en relación con la LPHE) el derecho a la cultura es utilizado como elemento interpretativo secundario, a veces incluso con alguna trascendencia para el fallo. No encontramos sin embargo ninguna sentencia digna de mención. En línea similar a la ya citada STC 11/2006, el ATC 79/1999 señala que un recluso no tiene derecho a acceder a determinadas publicaciones, pues el derecho a recibir información veraz no es un derecho de prestación. No sabemos si el Tribunal Constitucional hubiera dicho lo mismo en relación con la cultura, derecho sobre el que no pudo pronunciarse, al estar fuera de los susceptibles de amparo.

226. Ésta y otras razones aconsejan potenciar las garantías no judiciales; de interés, VAQUER CABALLERÍA, 1998, pp. 229-230.

227. De interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 63 y ss.

228. Para un planteamiento más general, por todos, HÄBERLE, 1998, pp. 37-38.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nos pueden acudir, en determinados (y más bien excepcionales) casos, a organismos internacionales para defender su derecho subjetivo a la cultura:

- a) En el marco de las Naciones Unidas, la persona afectada puede presentar quejas ante algunos Comités, para denunciar, por ejemplo, la vulneración de los artículos 13.c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o 5 e, vi) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. No parece posible la presentación de quejas individuales ante el Comité de Derechos Humanos, a la vista de la dicción del artículo 27 PIDCP, que determina un contenido del derecho sensiblemente distinto al que hemos defendido aquí.
- b) A nivel del Consejo de Europa, sería muy interesante la ratificación del Protocolo a la CSE, a fin de que las organizaciones no gubernamentales pudieran presentar quejas colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, en este caso por vulneración de los artículos 15.3, 22.c), 23.a) y 30.a) CSE. En cuanto al TEDH, no cuenta con jurisprudencia significativa, ni siquiera por conexión²²⁹, pues el derecho a la cultura no figura en el CEDH.
- c) En el ámbito de la Unión, las posibilidades, ya de por sí reducidas, de acceso de los ciudadanos al TJUE, se limitan más aún, teniendo en cuenta que el artículo 22 CDF, pese a tener ya rango de tratado, no reconoce un derecho autónomo sino un mero mandato de respeto a la diversidad cultural, de difícil exigibilidad²³⁰.

Como hemos visto en el análisis de las garantías nacionales, también en el ámbito internacional parecen más interesantes las garantías objetivas, entre las que destaca la obligación del Estado de presentar periódicamente informes sobre el derecho a la cultura ante varios organismos internacionales, como el Comité Europeo de Derechos Sociales (en cuanto a la desatención a las necesidades culturales de determinados colectivos, *supra*, 5.1.3) y el Comité DESC [en cuanto a la vulneración del art. 15.1.a)]. El uso de estos procedimientos como garantía del derecho a la cultura resulta, sin embargo, hoy poco útil, puesto que las respuestas de estos organismos son bastante sucintas y la opinión pública española no ha mostrado gran interés en las mismas.

La organización internacional más importante en materia de cultura es

229. Las SSTEDH citadas *supra* en 1.3.1 se refieren más bien a la libertad de creación cultural, que hemos dejado fuera del contenido del derecho a la cultura.

230. De interés, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, p. 259.

sin duda la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Entre sus obligaciones (con las matizaciones obvias al concepto de obligación que deben hacerse en Derecho internacional) figuran: fomentar el «conocimiento y la comprensión mutuos de las naciones prestando su concurso a los órganos de información para las masas», para lo cual la UNESCO «recomendará los acuerdos internacionales que estime convenientes para facilitar la libre circulación de las ideas por medio de la palabra y de la imagen»; impulsar con vigor (sic), la «difusión de la cultura, colaborando con los Estados Miembros que así lo deseen»; y ayudar a «la conservación, al progreso y a la difusión de saber», «velando por la conservación y la protección del patrimonio universal de libros, obras de arte y monumentos de interés histórico o científico, y recomendando a las naciones interesadas las convenciones internacionales que sean necesarias para tal fin; alentando la cooperación entre las naciones en todas las ramas de la actividad intelectual y el intercambio internacional de representantes de la educación, de la ciencia y de la cultura, así como de publicaciones, obras de arte, material de laboratorio y cualquier documentación útil al respecto; facilitando, mediante métodos adecuados de cooperación internacional, el acceso de todos los pueblos a lo que cada uno de ellos publique» (art. II.1 del Convenio de Constitución de 16 de noviembre de 1945, versión consolidada publicada en el BOE de 16 de diciembre de 1994). Existe en el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación una Comisión Nacional de Cooperación con la UNESCO (RD 173/2004).

Como se advierte, la UNESCO puede prestar una ayuda (difícilmente exigible por vías jurídicas) inestimable para la protección del derecho a la cultura, especialmente en ámbitos tales como la conservación del patrimonio cultural²³¹ o la implementación de la Convención sobre diversidad cultural. Baste, para comprobarlo, una visita al apartado «Cultura» de su portal institucional²³², donde se da cuenta del programa y presupuesto actual (2010-2011) y se detallan sus diversas actuaciones en materia de temas tales como la diversidad cultural, el patrimonio mundial, el patrimonio inmaterial, el patrimonio subacuático, el patrimonio mueble y los museos, la creatividad, el diálogo, la acción normativa o las situaciones de emergencia.

231. Por todos, GARCÍA FERNÁNDEZ, 2008, pp. 197 y ss., así como, para una perspectiva más amplia, la obra coordinada por FERNÁNDEZ LIESA, 2009. Normalmente, la UNESCO trabaja con el apoyo de organizaciones no gubernamentales (como el *World Monuments Fund* o el *International Council of Monuments and Sites*), que en diversas ocasiones han llamado la atención, también en España, sobre monumentos en peligro, normalmente a causa del desarrollo urbanístico.

232. <http://portal.unesco.org/culture/es>.

Capítulo XI

El derecho a la vivienda*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a la vivienda es reconocido por primera vez de manera expresa en una norma de rango constitucional en España en 1978¹. No obstante, la legislación anterior influye en la configuración constitucional². Por lo que a este capítulo más interesa, el acceso a la vivienda, las primeras actuaciones de los poderes públicos se remontan a mediados del siglo XIX, cuando la Real Orden de 9 de septiembre de 1853 insta a los gobernadores civiles de Madrid y Barcelona a construir casas para pobres, si bien es cierto que los buenos propósitos de proveer alojamientos salubres para las clases económicamente más desfavorecidas tuvieron un alcance limitado.

En 1903 se crea el Instituto de Reformas Sociales. Poco después, la promulgación de la Ley sobre Habitaciones Higiénicas y Baratas o «Ley de Casas Baratas», de 12 de junio de 1911, constituye el primer precedente normativo que encauza la intervención pública en materia de vivienda. La Ley refiere

* Por Guillermo ESCOBAR ROCA y Beatriz GONZÁLEZ GONZÁLEZ.

1. Para los antecedentes de Derecho constitucional comparado, *vid.*, sobre todo, los arts. 123 de la Constitución mexicana de 1917 (*supra*, II, 5.1) y 155 de la Constitución de Weimar de 1919. Para un panorama exhaustivo de las Constituciones actuales, *vid.* el Anexo I del informe del Relator Especial Rajindar Sachar, de 21 de julio de 1994: <http://www.cajpe.org.pe/guia/desc/inf94.htm>.
2. Para más detalles, VILLAR EZCURRA, 1981, pp. 35 y ss.; MUÑOZ CASTILLO, 2000, pp. 21 y ss.; o BERMEJO LATRE, 2010, pp. 165 y ss. Destaca especialmente la continuidad con la normativa anterior, GÓMEZ-FERRER, 2009, pp. 1101 y ss. Como después veremos, los autores que afirman que no hay un derecho fundamental a la vivienda niegan en la práctica (más allá de afirmaciones retóricas que a poco conducen) la renovación de este ámbito jurídico que quiso imponer el constituyente.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

su actuación al «alojamiento exclusivo de cuantos perciben emolumentos modestos», es decir, las ayudas públicas se tramitan con criterios subjetivos, un principio que irá abandonándose hasta retomarse de nuevo en la legislación de viviendas sociales de 1976. Asimismo, su Reglamento de desarrollo recoge las condiciones técnicas de carácter general (en materia de construcción, situación, higiene y salubridad), a las que debían ajustarse este tipo de viviendas y cuyo control correspondía a los Ayuntamientos. En esta legislación se establecen, además, medidas de fomento a la construcción, si bien los incentivos ofrecidos van a resultar insuficientes para atraer el capital privado, por lo que los resultados alcanzados son débiles. Una nueva Ley de Casas Baratas, de 10 de diciembre de 1921, viene a suplantarse a la anterior, pero la virtualidad de sus buenos propósitos queda de nuevo menoscabada por problemas financieros.

El Decreto-ley de 29 de julio de 1925, de Casas Económicas, crea un nuevo concepto de vivienda, dirigida a las clases medias. Por su parte, el Decreto-ley de 13 de agosto de 1927 extiende el sistema a los funcionarios del Estado y de sus organismos autónomos.

Como garantía indirecta del derecho a la vivienda, en la II República se promulga la llamada Ley Salmón, de 25 de junio de 1935, para atemperar los efectos del desempleo, finalidad, como veremos, no desaparecida en las modernas políticas de protección a la vivienda. Con ella se concedían beneficios para la construcción de todo tipo de viviendas.

Recién terminada la Guerra Civil, la Ley de 19 de abril de 1939 instaura un nuevo régimen de protección pública a la vivienda, configurándose un nuevo cuerpo normativo que intenta desplazar los hasta entonces vigentes de casas baratas, económicas y para funcionarios. Bajo esta nueva legislación de viviendas protegidas se crea el Instituto Nacional de la Vivienda, con un importante papel en la promoción directa de viviendas y que inaugura la actividad planificadora, eje central desde entonces de la política protectora. Asimismo, por Decreto-ley de 25 de febrero de 1957 se crea el Ministerio de Vivienda. Con la legislación de «viviendas protegidas» el beneficiario pasa definitivamente a un segundo plano, objetivándose el sistema, que atiende principalmente al reforzamiento de la oferta. El constructor va a ser, con carácter general, el receptor de las ayudas, repercutiéndose éstas sobre el beneficiario de la vivienda sólo de manera mediata. A su vez, y junto al Instituto Nacional de la Vivienda, nace la Obra Sindical del Hogar, como servicio de la Delegación Nacional de Sindicatos donde se concentran todas las iniciativas de las organizaciones sindicales (*rectius*, del único sindicato) y del Movimiento tendentes a proporcionar vivienda a los trabajadores. La Obra Sindical del Hogar atrae recursos financieros importantes por motivos políticos,

lo que impide al Instituto Nacional de la Vivienda tener el protagonismo debido.

En el régimen de Franco la finalidad última de promover el acceso de la población a la vivienda va a verse en ocasiones desvirtuada, al no tenerse en cuenta las condiciones subjetivas del adquirente o usuario. Para solventar esta situación se pone en marcha por el Real Decreto-ley 12/1976, como complemento del régimen legal de Viviendas de Protección Oficial, el sistema de «viviendas sociales», si bien una defectuosa instrumentación de la medida lleva a su derogación dos años después.

En la democracia, ya antes de la CE, la aprobación del Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial, constituye el primer hito de importancia. Deroga la legislación de «viviendas sociales» y crea una sola categoría y un único régimen legal para todas las viviendas de protección. Aún continúa vigente como legislación supletoria de la dictada por la Comunidades Autónomas. Desde una lógica similar a la del Real Decreto-ley 12/1976, tiene en cuenta las circunstancias personales de los adquirentes, dirigiendo las ayudas públicas hacia las familias con más bajos niveles de renta.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente³

El artículo 40 del texto de la Ponencia constitucional señalaba: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones para hacer efectivo este derecho y regularán la utilización del suelo de acuerdo con el interés general». El Grupo Socialista del Congreso presentó un voto particular que pedía la intercalación de las palabras «que excluya la especulación» en referencia a la utilización del suelo. En el turno de proposición de enmiendas al texto de la Ponencia, diversos diputados presentaron enmiendas que incidían en la regulación del suelo, de manera particular sobre las plusvalías y el fenómeno de la especulación. El texto final propuesto por la Ponencia, y que pasaría a la redacción aprobada por el Congreso de los Diputados, armonizaba distintas enmiendas bajo la siguiente redacción: «regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, con participación de la comunidad en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». Se obviaba así toda referencia al tema de la especulación.

En la Cámara Alta se realizan aportaciones de importancia. La más rele-

3. Para más detalles, p. ej., BASSOLS COMA, 1996, pp. 312-315.

vante fue la introducción, finalmente, en el texto de las palabras «para impedir la especulación». Con pocas variaciones, el texto aprobado en el Senado, con la numeración actual, fue aprobado definitivamente, bajo la redacción que hoy conocemos, por la Comisión Mixta Congreso-Senado.

El vigente artículo 47 CE establece que: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos». En el precepto es posible apreciar tres elementos ya presentes en el artículo 155 de la Constitución de Weimar⁴: reconocimiento de un derecho, prohibición del abuso en la utilización del suelo y atribución a la comunidad de las plusvalías del suelo no debidas al trabajo o a la inversión.

1.2.2. Normas sobre el derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda aparece, directa o indirectamente, expresa o implícitamente, en normas de reconocimiento de derechos, mandatos a los poderes públicos y normas de organización de la CE. Una primera aproximación a todas ellas resulta necesaria para centrar el objeto de nuestro estudio y encauzar adecuadamente la posterior interpretación sistemática. Así:

- a) El artículo 47 reconoce el «derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» con categoría de derecho fundamental subjetivo, esto es, directamente exigible por los ciudadanos ante todos los poderes públicos, sin que para ello resulte obstáculo, como hemos sostenido, el artículo 53.3 (*supra*, III, 1.2). Ésta es la innovación más importante de nuestro constituyente, que obliga a mirar con ojos nuevos un sector importante de nuestro ordenamiento jurídico⁵. El análisis de este derecho, centro de toda la regulación constitucional de la vivienda⁶, es el objeto central del presente capítulo.
- b) En conexión y como complemento del derecho subjetivo a la vi-

4. Así, BASSOLS COMA, 1996, p. 309.

5. La posición de MUÑOZ CASTILLO (2003, pp. 35 y ss.) es representativa de una tendencia de cuño positivista todavía muy presente entre nosotros: tras destacarse el «impacto» de la CE sobre el ordenamiento anterior, se pasa a negar la existencia de un derecho fundamental a la vivienda, de forma que dicho impacto (según estas posiciones, que no compartimos) es más aparente que real y en poco ayuda a interpretar la normativa administrativa, más allá de la necesaria descentralización y de algunas afirmaciones más bien retóricas que apenas tienen repercusión práctica y concreta. Para este viaje tan corto no habían hecho falta las alforjas del pacto constituyente.

6. Así, p. ej., últimamente, RUIZ-RICO, 2008, p. 32, o LÓPEZ RAMÓN, 2010, p. 13.

vienda, el propio artículo añade cuatro mandatos a los poderes públicos, dos de regulación y dos de actuación: regular el derecho («establecerán las normas pertinentes») de cara a lograr su efectividad (carácter objetivo del derecho fundamental), realizar actuaciones positivas («promoverán las condiciones necesarias») dirigidas a la misma finalidad, regular la utilización del suelo para impedir la especulación y repartir las plusvalías generadas por la actuación urbanística pública. En caso de incumplimiento de cualquiera de los cuatro mandatos cabe apreciar inconstitucionalidad por omisión. El análisis del cumplimiento de estos cuatro mandatos constitucionales se llevará a cabo sobre todo en el apartado 7 de este capítulo.

- c) Otros derechos fundamentales no se entenderían sin el previo disfrute de una vivienda (también *infra*, 3). En especial, la intimidad personal y familiar (entendida como un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, STC 119/2001) del artículo 18.1 difícilmente puede salvaguardarse cuando se vive a la intemperie. Esta naturaleza de la vivienda como presupuesto del ejercicio de otros derechos resulta aún más clara en relación con la inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2: por eso el Tribunal Constitucional ha señalado que los reclusos carecen de este derecho porque carecen de domicilio (STC 89/2006, FJ 2), razonamiento que puede justificarse en el artículo 25.2 pero que no resulta aplicable al conjunto de los ciudadanos. Igualmente, el derecho a elegir libremente residencia (art. 19) tampoco se entendería sin una vivienda previa.
- d) El incumplimiento del derecho a la vivienda puede afectar a los bienes protegidos por los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral)⁷ y sobre todo 43.1 (derecho a la protección de la salud); téngase en cuenta que la ausencia de un techo causa siempre importantes tensiones psicológicas y puede ser fuente de enfermedades. La inaccesibilidad a una vivienda condiciona también el ejercicio de los derechos a la educación (art. 27), haciendo difícil acceder a una enseñanza sostenida y de calidad, y al trabajo (art. 35), dificultando el acceso al mismo y su mantenimiento.
- e) Las normas de tutela antidiscriminatoria pueden exigir mandatos es-

7. Sobre todo si se parte de un concepto amplio de vida, que no es a nuestro juicio al derivado de la CE; *vid.*, no obstante, esta perspectiva, en FERRANDO NICOLAU, 1992, pp. 305 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pecíficos de protección de la vivienda de determinados colectivos (*infra*, 5.1.3). En especial, la protección de la familia (art. 39.1) parece exigir una mínima estabilidad de sus derechos habitacionales. La CE menciona expresamente a la vivienda en relación con la tercera edad (art. 50). En cuanto a los consumidores y usuarios (art. 51), parece claro que la CE exige proteger sus intereses como usuarios de una vivienda (*infra*, 7.3).

- f) En cuanto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁸, el artículo 149.1 CE pone en manos del Estado numerosos títulos que le permiten actuar en materia de vivienda. Sobre las «bases de la ordenación del crédito» (art. 149.1.11) y las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13), elabora periódicamente los planes de vivienda, herramienta fundamental para facilitar el acceso a la vivienda. En estos planes, el Estado establece las actuaciones a desarrollar, las normas básicas que las regulan, los posibles beneficiarios y las medidas de financiación, todo ello sin perjuicio de su posterior desarrollo por las Comunidades Autónomas. Al margen de los planes, el Estado diseña la política fiscal de apoyo a la vivienda y regula las hipotecas y el acceso al crédito. A partir sobre todo de sus competencias sobre legislación mercantil y procesal (art. 149.1.6) y civil (art. 149.1.8), el Estado regula el régimen general de la propiedad, los arrendamientos urbanos, los desahucios, los contratos relacionados con la vivienda, las hipotecas, los registros, la defensa de los consumidores y usuarios y la edificación. A partir del artículo 149.1.1, en conexión con los números 8, 13, 18 y 23 del mismo precepto, establece la normativa básica del suelo. A partir del artículo 149.1.18, el Estado regula el régimen de expropiación forzosa. Por último, en cuanto a los aspectos conexos con la vivienda, como el medio ambiente o la salud⁹, el Estado dispone también de importantes títulos competenciales (respectivamente, art. 149.1.23 y 16).

Por su parte, el artículo 148.1.3 permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (*infra*, 1.4.2). Con base en este título competencial, les corresponde legislar en materia de vivienda y urbanismo, desarrollar y gestionar los planes de vivienda del Estado, además de implementar cualesquiera otras medidas que,

-
8. Para más detalles, entre otros, últimamente, PONCE SOLÉ, 2008, o RUIZ-RICO, 2008, pp. 47 y ss.
9. Recordemos (*supra*, IX, 5.2.1) que según el art. 42.3.c) LGS los Ayuntamientos tienen la responsabilidad del control sanitario de edificios y lugares de vivienda.

en el marco de sus políticas de vivienda, estimen necesarias y oportunas para dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales. Además, con fundamento en el artículo 148.1.20, todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en un ámbito próximo como es la asistencia social (*infra*, XIII, 1.3).

En la jurisprudencia constitucional sobre distribución de competencias merecen destacarse, por su interés para la materia que nos interesa, dos líneas fundamentales:

- La STC 152/1988 (seguida por la STC 59/1995) resuelve el conflicto de competencias promovido por el Gobierno del País Vasco contra diversas normas estatales en materia de vivienda. Sin perjuicio de su dimensión social (art. 47 CE)¹⁰, la vivienda aquí es considerada sobre todo como una actividad económica de producción (el «subsector económico de la vivienda»), con una incidencia muy importante en el desarrollo económico y la generación de empleo y movilizadora de importantes recursos financieros. La Sentencia fundamenta la competencia estatal en los números 11 y 13 del artículo 149.1 CE, que permiten al Estado fomentar el derecho a la vivienda en cuatro ámbitos (FJ 4): definición de las actuaciones protegibles y de su finalidad; regulación esencial de las fórmulas de financiación (créditos cualificados, financiación de préstamos y subvenciones), sin la cual tales actuaciones carecerían de eficacia; nivel de protección a alcanzar en cada caso; y recursos estatales para las correspondientes actuaciones, en cuanto garantía de la política económica general. En todo caso, el Estado sólo debe definir lo necesario para garantizar la viabilidad de las fórmulas

10. El magistrado RUBIO LLORENTE, en su voto particular, considera que hubiera sido preferible transitar la senda del artículo 149.1.1 CE: «Ni por su desarrollo de detalle puede considerarse el plan de protección de viviendas un mero establecimiento de bases o un conjunto de medidas de coordinación, ni su sentido primordial es, a mi juicio, el de incidir sobre un sector de la actividad económica, sino el de procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el artículo 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles. Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1 del artículo 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional», añadiendo que «La concepción del Plan cuatrienal como un plan mediante el que el Estado trata de asegurar que la actuación de los poderes públicos para dar realidad al derecho a la vivienda se lleva a cabo de modo que se asegure en lo posible un mínimo igual en todo el territorio nacional, habría permitido, de una parte, dar una explicación más razonable a la articulación de la iniciativa estatal con las competencias autonómicas en la materia y asegurar, de la otra, un mayor margen de libertad de acción de las Comunidades Autónomas para todas las actuaciones que, una vez asegurado este mínimo social igual, quisieran llevar a cabo en esta materia».

de financiación establecidas. Efectivamente, aunque las competencias del Estado sobre planificación y coordinación en el sector económico de la vivienda legitiman una intervención del Estado que condiciona en parte la política de vivienda de cada Comunidad Autónoma, dicha intervención no puede extenderse, so pretexto de un absoluto igualitarismo, a la regulación de elementos de detalle de las condiciones de financiación que la priven de toda operatividad en determinadas zonas del territorio nacional. Antes bien, a las Comunidades Autónomas corresponde integrar en su política de vivienda las ayudas reguladas por el Estado para el cumplimiento de las finalidades a que corresponden, con capacidad suficiente para modalizar, en su caso, las reglas generales al objeto de conseguir una sustancial igualdad de resultados.

Así, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de vivienda pueden definir y llevar a cabo una política de vivienda propia, complementando las actuaciones de protección y promoción previstas por el Estado, con cargo a sus propios recursos. Asimismo, les corresponde la ejecución de la normativa estatal reguladora de las actuaciones protegibles, para lo que deben contar con un margen de libertad de decisión que les permita aplicar las medidas estatales adaptándolas a las peculiares circunstancias de su territorio, sin perjuicio del respeto debido a los elementos indispensables que las normas estatales arbitran para alcanzar los fines de política económica general propuestos.

Respecto a la gestión de las medidas de fomento dispuestas por el Estado en relación con las actuaciones protegibles en materia de vivienda, las potestades reservadas a sus órganos u organismos se limitan a la realización de convenios con las entidades financieras para la aportación de créditos de financiación de las actuaciones protegibles, a la subsidiación de los créditos aportados por aquellas entidades, en los porcentajes establecidos por la normativa estatal, y al abono efectivo de las subvenciones concedidas. En todo caso, el procedimiento de calificación de las viviendas de protección oficial y su control, y la resolución acordando o denegando el disfrute de las subvenciones personales corresponde al «organismo administrativo competente en materia de vivienda», que es autonómico (FJ 5). Y respecto al pago de las subvenciones personales, las facultades reservadas al Estado no pueden considerarse sino como regladas, es decir, reducidas a la función de un librador de fondos, pues en caso contrario interferirían el ejercicio de las competencias de gestión que, en cuanto a la calificación de las viviendas y a la concesión o denegación del derecho a la subvención, corresponden a la Comunidad Autónoma.

- La STC 61/1997, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por varios órganos autonómicos contra la Ley del Suelo de 1992, niega que el artículo 149.3 CE constituya un título competencial a favor del Estado que le permita crear Derecho supletorio¹¹. El artículo 149.1.1 no habilita al Estado de competencias en materia de urbanismo y de ordenación del territorio en sentido propio, que corresponden a las Comunidades Autónomas, pero sí para el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los propietarios de suelo en el ejercicio del derecho de propiedad urbana, estableciendo la regulación del contenido básico y primario del derecho de propiedad en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio. En tal sentido, el Estado puede regular la adquisición del contenido urbanístico susceptible de apropiación privada, su valoración o los presupuestos previos (o delimitación negativa) para que pueda nacer el derecho de propiedad urbana. Al mismo tiempo, el Estado tiene competencia para fijar las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, en consecuencia, para regular los deberes básicos inherentes a cada manifestación del dominio. A este respecto, no debe olvidarse que la función social forma parte del contenido del derecho de propiedad y expresa y sintetiza los deberes que modulan su ejercicio (art. 33.2 CE), así como que la competencia estatal conferida por el artículo 149.1.1 se extiende a los deberes constitucionales. De ahí que puedan encontrar cobijo bajo la competencia estatal las manifestaciones más elementales de la función social de la propiedad urbana, los deberes básicos que a su titular corresponde satisfacer¹², en cuanto sirvan para garantizar la igualdad a que se refiere el artículo 149.1.1. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la competencia de las Comunidades autónomas para dictar también normas sobre propiedad urbana (FJ 10). A su vez, el artículo 149.1.18 atribuye al Estado numerosas competencias con proyección sobre el urbanismo: «las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» que garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; «el procedimiento administrativo común»; y, sobre todo, «la legislación sobre expropiación forzosa» y el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

11. Tesis avanzada en las SSTC 147/1991 y 118/1996. Para MUÑOZ CASTILLO (2000, p. 108) esta doctrina impediría al Estado incluir en sus planes de vivienda los parámetros de gestión y ejecución necesarios para su aplicación efectiva. En esta dirección, *vid.* la posterior STC 129/2010.
12. Sobre este punto, *vid.* también la posterior STC 207/1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Como se advierte tras la síntesis de estas dos líneas jurisprudenciales, pese al carácter «exclusivo» de la competencia autonómica en materia de vivienda, son muchas las posibilidades de incidencia que sobre la misma conserva el Estado. Más acertado, desde nuestros parámetros, hubiera sido transitar la senda propuesta por el voto particular de Rubio Llorente (arts. 149.1.1 CE, en relación con el 47 y no con el 33) a la primera Sentencia citada, en la línea de conectar mejor el sistema de derechos fundamentales con el sistema de distribución de competencias (principio de unidad de la Constitución). Como iremos comprobando, la dispersión normativa en esta materia es llamativa y (adelantémoslo ya), a la vista de la jurisprudencia constitucional, queda todavía en manos del Estado un margen suficiente para caminar hacia la necesaria regulación uniforme del derecho del artículo 47 CE, sin perjuicio, claro está, de la presencia de contenidos adicionales autonómicos.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.3.1. Panorámica del bloque del artículo 10.2 de la Constitución

- a) En el sistema de Naciones Unidas, el artículo 25.1 DUDH señala que «Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [...] la vivienda». En la misma línea, el artículo 11.1 PIDESC reconoce «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso [...] vivienda adecuad[a], y a una mejora continua de las condiciones de existencia», estableciendo a continuación que «Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento». Dos Observaciones Generales del Comité DESC vienen a concretar el contenido de este artículo, la n° 4 (OG 4), de 1991, en la que el Comité traza el contenido del derecho a la vivienda, y la n° 7 (OG 7), de 1997, sobre los desalojos forzosos. Ambas tienen carácter prescriptivo para los Estados y sirven, desde luego, para interpretar el artículo 47 CE.

Los tratados de tutela antidiscriminatoria hacen referencia a medidas específicas a favor de la vivienda de los colectivos correspondientes¹³.

13. Aunque no ratificado por España, el art. 43.1 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, de 1990, establece que «Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con [...] d) El acceso a la vivienda, con inclusión de los planes sociales de vivienda, y la protección contra la explotación en materia de alquileres».

Ya el artículo 21 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 estableció que «En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros». La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 señala el compromiso de los Estados Partes de «prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley [...], particularmente el goce [del] derecho a la vivienda» [art. 5.e)], y en términos similares se pronuncia el artículo 14.2.h) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979. Por su parte, el artículo 27.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 señala que «Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad [al derecho de los niños a un nivel adecuado para su desarrollo] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la [...] vivienda» y, últimamente, el artículo 28 de la CDPD de 2006 que «Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye [...] vivienda adecuad[a]», añadiéndose que «Los Estados Partes [...] adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas [...] asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública». Asimismo, el artículo 9.1 se refiere a la eliminación de obstáculos y barreras de acceso a las viviendas.

- b) En el sistema del Consejo de Europa, la Carta Social Europea, de 1961, no reconoce expresamente el derecho a la vivienda como tal¹⁴. Sin embargo, el artículo 16 establece el compromiso de las Partes

14. El texto revisado de 1996, no ratificado por España, sí lo hace, en su art. 31, titulado precisamente «derecho a la vivienda», y que conviene transcribir: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1) a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2) a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3) a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Contratantes de «fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas», y el artículo 19.4 el compromiso de garantizar a los trabajadores migrantes que se encuentren legalmente dentro de su territorio y a sus familias un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en materia de alojamiento.

El CEDH no contempla expresamente el derecho a la vivienda. En todo caso, diversos preceptos han sido utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de para justificar límites a derechos liberales (*infra*, 6.1), para garantizar protección contra ciertas intervenciones sobre el derecho a la vivienda, entendido como derecho de defensa¹⁵. Veamos:

- La privación no justificada de vivienda es considerada una intervención contraria al CEDH. En *Buckley* contra Reino Unido, de 25 de septiembre de 1996, y en *Chapman y otros* contra Reino Unido, de 18 de enero de 2001, entre otras, se analizan las expulsiones de caravanas de gitanos desde el derecho a la igualdad. De otro lado, la destrucción de la vivienda familiar es considerada entre los malos tratos prohibidos por el artículo 3: en *Dulas* contra Turquía, de 30 de enero de 2001, se considera vulneración del CEDH el ataque injustificado y la destrucción de los bienes del demandante (su vivienda entre ellos) por las fuerzas del orden. Una Sentencia similar es *Nuri Kurt* contra Turquía, de 29 de noviembre de 2005.
- Más importantes, por su proyección general, son los casos de desahucio (en sentido amplio). En *Osman* contra Bulgaria, de 16 de febrero de 2006, la expulsión de una finca, restituida a sus antiguos propietarios, con intimidación y fuerza excesiva y sin suficiente cobertura legal, es considerada trato degradante y simultáneamente vulneración del derecho de propiedad. Otros casos son enfocados desde el derecho a la vida privada: por ejemplo, en *Connors* contra Reino Unido, de 27 de mayo de 2004, la vulneración se centra en

15. Para más detalles, KENNA, 2009, quien concluye que en esta jurisprudencia siguen faltando criterios claros para determinar el contenido del derecho a la vivienda y acaba recomendando la atención a la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales. A nuestro juicio, no se puede pedir al CEDH (ni a los órganos internacionales) lo que éste no puede dar. La tarea es, irrenunciablemente y sobre todo, una tarea de la dogmática constitucional.

- el procedimiento seguido para el desalojo, no respetuoso con las garantías del debido proceso; en *Stankova* contra Eslovaquia, de 9 de octubre de 2007, la ejecución de una orden de desahucio sin ofrecer a la demandante alojamiento alternativo y con conocimiento por parte de las autoridades de la gravedad de su situación (había además menores en la vivienda), implica vulneración del artículo 8 y, en un sentido similar, en *Cosic* contra Croacia, de 15 de enero de 2009, el proceso sumario de evicción sin posibilidad de recurso, derivado de una modificación normativa, que despoja a la demandante de la vivienda que previamente le había sido adjudicada, es considerada una intervención desproporcionada, vulneradora por tanto del artículo 8.
- Otros supuestos de intervenciones distintas al desahucio son las resoluciones de los contratos de arrendamiento, normalmente enfocados desde el artículo 8, pudiéndose citar al respecto las SSTEDH *Larkos* contra Chipre, de 18 de febrero de 1999, sobre la obligación no justificada de abandono de una vivienda que el demandante ocupaba durante más de treinta años; y *Novoseletski* contra Ucrania, de 22 de febrero de 2005, sobre la privación ilegal de la vivienda en arrendamiento de un empleado público. Por último, directamente desde la perspectiva del derecho de propiedad, en *Strech* contra Reino Unido, de 3 de diciembre de 2003, se sostiene que la protección de los propios bienes incluye tutelar la expectativa de un arrendatario de continuar con el alquiler.
 - En algunos casos la intervención no se centra en la desposesión misma de la vivienda sino en su disfrute en condiciones dignas, desde el respeto a la vida privada, tal y como sucede en las Sentencias que ya citamos en el capítulo sobre el derecho a la salud (*supra*, IX, 1.3.1) *Hatton*, *López Ostra*, *Giacomelli*, *Guerra* y *Ledyayeva*, todas ellas sobre viviendas afectadas por casos de contaminación (en sentido amplio).
 - En cuanto a las garantías del derecho a la vivienda cabe citar *Olaru y otros* contra Moldavia, de 28 de julio de 2009, sobre la asignación por sentencia judicial de una casa social y la imposibilidad nacional de cumplir tal decisión por falta de recursos económicos. El Tribunal señala que a partir de seis meses desde la firmeza de la decisión, el Estado ha de establecer un remedio frente a la no ejecución (o defectuosa ejecución) de las sentencias judiciales nacionales en este tipo de casos.
- c) En el sistema de la Unión Europea, el artículo 34.3 CDF dispone que

«Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales». La inexistencia de una específica política de la Unión sobre vivienda (*vid.* no obstante, el apartado siguiente, *in fine*) lleva a un sector de nuestra doctrina¹⁶ a calificar el precepto de inoperante a nivel europeo. Aunque fuera así, a la vista del artículo 10.2 CE tiene gran relevancia en España, por cuanto añade al artículo 47 CE una determinación del contenido que nos parece significativa.

1.3.2. Referencia a otros documentos internacionales

- a) En el sistema de Naciones Unidas cabe citar, por orden cronológico:
- La Recomendación 115 de la OIT, sobre la Vivienda de los Trabajadores, de 1961, según la cual «La política nacional debería tener por objetivo el fomento, dentro de la política general relativa a la vivienda, de la construcción de viviendas e instalaciones colectivas conexas, a fin de garantizar que se pongan al alcance de todos los trabajadores y de sus familias un alojamiento adecuado y decoroso y un medio ambiente apropiado. Debería darse prioridad a las personas cuyas necesidades sean más urgentes».
 - La Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, donde leemos que «El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, [...] mediante el logro de los objetivos principales siguientes: La provisión a todos, y en particular a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de viviendas y servicios comunales satisfactorios» [parte II, art. 10.f)].
 - La Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos de 1976, según la cual «La vivienda y los servicios adecuados constituyen un derecho humano básico que impone a los gobiernos la obligación de asegurar su obtención por todos los habitantes, comenzando por la asistencia directa a las clases más desaventajadas mediante la orientación de programas

16. LÓPEZ ESCUDERO, 2008, pp. 591-592.

de autoayuda y de acción comunitaria. Los gobiernos deben esforzarse por suprimir toda clase de impedimentos que obstaculicen el logro de esos objetivos. Reviste especial importancia la eliminación de la segregación social y racial mediante, entre otras cosas, la creación de comunidades mejor equilibradas en que se combinen distintos grupos sociales, ocupaciones, viviendas y servicios accesorios» (secc. III, párr. 8), señalándose asimismo que las políticas de asentamientos humanos, como «instrumentos poderosos para la transformación, no deben utilizarse para privar a las personas de sus hogares y de sus tierras, ni para amparar privilegios y la explotación», debiendo respetar la DUDH (cap. II, secc. A, párr. 3). En el mismo sentido se pronuncia la Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos, de 1996, aprobada por la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos.

- La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, aprobada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, establece en su artículo 8.1 que «Los Estados deben adoptar en el plano nacional todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a [...] la vivienda».
- Las Resoluciones 1986/36, de 12 de marzo, y 1987/22, de 10 de marzo, de la Comisión de Derechos Humanos, en una línea mantenida¹⁷, tituladas ambas «Realización del derecho a una vivienda adecuada», hechas suyas por la Resolución del mismo nombre 1987/62 del Consejo Económico y Social, de 29 de mayo de 1987, recuerdan los mandatos de la DUDH y del PIDESC en materia de vivienda. Poco después, en su Resolución 42/146, de 7 de diciembre de 1987, de igual título que las anteriores, la Asamblea General «reitera la necesidad de adoptar, en los planos nacional e internacional, medidas encaminadas a promover el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí y para sus familias, incluida una vivienda adecuada; y exhorta a todos los Estados y a las organizaciones internacionales interesadas a que presten especial atención a la cuestión de la realización del derecho a una

17. La Resolución 2001/28, titulada «La vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado», vuelve a exhortar a los Estados a que «hagan plenamente efectivos los derechos a la vivienda [...], prestando especial atención a las personas, en su mayoría mujeres y niños, y a las comunidades que viven en la extrema pobreza, y a la seguridad de la tenencia».

- vivienda adecuada al aplicar medidas con el objeto de elaborar estrategias nacionales para la vivienda y programas para mejorar los asentamientos dentro del marco de la Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el año 2000».
- La Resolución 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos, titulada «Desalojos forzosos», de 10 de marzo de 1993, declara que «la práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada», e «insta a los gobiernos a que adopten a todos los niveles medidas inmediatas destinadas a eliminar la práctica de los desalojos forzosos [...] para [conceder] una seguridad jurídica de tenencia a todas las personas que están actualmente amenazadas de desalojo forzoso», y «recomienda que todos los gobiernos proporcionen de modo inmediato indemnización, compensación y/o vivienda o terrenos sustitutivos adecuados y suficientes [...] a las personas y comunidades que hayan sido desalojadas forzosamente». En el mismo sentido se pronuncian la Resolución 2004/28, de la Comisión de Derechos Humanos y la Resolución 2003/17, de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, titulada «Prohibición de los desalojos forzosos», entre otras.
 - La Resolución 14/6, de la Comisión de Asentamientos Humanos, sobre «El derecho humano a una vivienda adecuada», de 5 de mayo de 1993, dice así: «La Comisión de Asentamientos Humanos insta a todos los Estados a que pongan término a las prácticas que puedan producir o produzcan violaciones del derecho humano a una vivienda adecuada, en particular la práctica del desalojo en masa forzado y toda forma de discriminación racial o de otra índole en la esfera de la vivienda», «invita a todos los Estados a que abroguen, reformen o enmienden las leyes, las políticas y los programas o proyectos existentes que afecten negativamente de cualquier manera la plena realización del derecho a una vivienda adecuada», e «insta a todos los Estados a que cumplan plenamente los acuerdos jurídicos internacionales existentes relativos al derecho a una vivienda adecuada».
 - Diversas Resoluciones de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (1991/12, 1993/41, 1994/39, 1995/29 y 1998/9, entre otras) reafirman que «la práctica del desalojo forzoso constituye una violación grave de una amplia gama de derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda adecuada», instan a los gobiernos a «tomar a la mayor bre-

vedad medidas, a todos los niveles, para eliminar rápidamente dicha práctica», y les recomiendan que «procedan de inmediato a la restitución de los terrenos y viviendas, la indemnización por ellas y/o su sustitución por otros adecuados y suficientes, de conformidad con sus deseos, derechos o necesidades, a las personas y comunidades que hayan sido desalojadas forzosamente, tras celebrar negociaciones mutuamente satisfactorias con las personas o grupos afectados y reconocer la obligación de garantizar dicha prestación en el caso de un desalojo forzoso». A su vez, las Resoluciones 1991/26, 1992/26 y 1993/36 alientan «enérgicamente a todos los Gobiernos a que apliquen políticas efectivas y adopten leyes encaminadas a crear condiciones que permitan garantizar la plena realización del derecho a una vivienda adecuada para toda la población, concentrándose en los grupos vulnerables que carecen de hogar o están alojados en viviendas inadecuadas». En el mismo sentido se expresa la Resolución 1994/8, titulada «El niño y el derecho a una vivienda adecuada».

- Por último, deben tenerse muy presentes los informes anuales de los Relatores Especiales para el Derecho a una Vivienda Adecuada¹⁸ respecto al modo en que los Gobiernos promueven este derecho, de acuerdo a los compromisos asumidos a través de los tratados internacionales de derechos humanos, y en los que exponen el fruto de sus investigaciones, sus conclusiones y sus recomendaciones. El último informe referido a España fue presentado el 7 de febrero de 2008 (*infra*, 7.7).

b) En el sistema del Consejo de Europa destacan:

- La Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros (2000) 3, de 19 de enero de 2000, sobre el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas de las personas en situación de extrema necesidad, según la cual «la satisfacción de las necesidades humanas materiales básicas (como mínimo: nutrición, vestuario, alojamiento y la asistencia médica elemental), es un re-

18. Esta Relatoría Especial fue creada por la Resolución 2000/9 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En todo caso, es por Resolución 1992/26, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías cuando, en la figura de Rajindar Sachar, se nombra por primera vez un Relator Especial sobre el Fomento de la Realización del Derecho Humano a una Vivienda Adecuada, aprobado posteriormente por la Decisión 1993/103 de la Comisión de Derechos Humanos, al objeto de determinar la mejor manera de promover tanto el reconocimiento como la aplicación de este derecho.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

quisito intrínseco para la dignidad del ser humano y condición ineludible para la existencia de todos los seres humanos, así como su bienestar».

- Las Recomendaciones del Comité de Ministros a los Estados Miembros (2005) 4, de 23 de febrero de 2005, sobre la mejora de las condiciones habitacionales de rumanos y transeúntes en Europa, y (2004) 14, sobre movimiento y estacionamiento de transeúntes en Europa.
 - La Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros (88) 14, de 22 de septiembre de 1988, sobre la vivienda de los inmigrantes.
 - La Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1486 (2006), titulada «Una política de vivienda dinámica como elemento de cohesión social europea», según la cual el derecho a la vivienda es un derecho social fundamental reconocido en la CSE revisada, elemento de cohesión social, y de carácter universal. La Asamblea pide a todos los países miembros que ratifiquen la CSE revisada, reconociendo el derecho a la vivienda como derecho social fundamental y factor de cohesión social, y traten su aplicación efectiva como una prioridad.
 - La Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1509 (2006), sobre los derechos humanos de los inmigrantes irregulares, que señala que, en cuanto la vivienda y el alojamiento adecuados garantizan la dignidad humana, deberían ser proporcionados a los inmigrantes irregulares.
 - El documento del Comisionado de Derechos Humanos del Consejo de Europa de abril de 2008, titulado *Housing rights: the duty to ensure housing at all*¹⁹, que concluye con importantes recomendaciones a los Estados miembros.
- c) En el sistema de la Unión Europea pueden citarse:
- La Comunicación de la Comisión, COM (2007) 620 final, titulada «Modernizar la protección social en aras de una mayor justicia social y una cohesión económica reforzada: promover la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral», de 17 de octubre de 2007²⁰, recuerda que «llegar hasta aquellos que están

19. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1292391&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679>.

20. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0620:FIN:ES:PDF>

en los márgenes de la sociedad y del mercado de trabajo constituye una prioridad económica y un imperativo social». La Comisión recuerda, en fin, «el derecho fundamental de todos los ciudadanos de la UE a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna para todos», dispuesto en el artículo 34.3 CDF. Por su parte, el Informe conjunto de la Comisión y el Consejo de marzo de 2010 sobre Protección Social e Inclusión Social llama la atención sobre la necesidad de abordar la exclusión en materia de vivienda y la falta de hogar.

- En cuanto a los documentos más recientes del Parlamento Europeo, nuestra relación puede iniciarse con la Resolución de 10 de mayo de 2007, sobre la vivienda y la política regional. Poco después, la Resolución sobre «El seguimiento de la Agenda Territorial de la UE y de la Carta de Leipzig: Hacia un programa de acción europea para el desarrollo espacial y la cohesión territorial», aprobada el 21 de febrero de 2008, recuerda que la disponibilidad de vivienda digna y asequible son factores decisivos para la inclusión social. Seguidamente, la Declaración sobre la resolución del problema de las personas sin hogar instaladas en la vía pública, de 22 de abril de 2008, destaca que el derecho a una vivienda digna es un derecho humano fundamental y reivindica la adopción de medidas urgentes para abordar el fenómeno de las personas sin hogar. Por su parte, la Resolución de 9 de octubre de 2008, sobre la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza recuerda que los Estados Miembros deben establecer unos regímenes de renta mínima y acompañarlos de un plan estratégico de políticas de inclusión activa, proporcionando medidas específicas entre las que se encuentra la vivienda, para que las personas puedan vivir de manera digna. Pide, en fin, a los Estados Miembros que desarrollen políticas integradas con el fin de garantizar el acceso a una vivienda asequible y de calidad para todos; insta a los Estados miembros a que elaboren planes de emergencia invernacional como parte de una estrategia general contra la falta de vivienda, así como a que creen organismos dedicados a facilitar la provisión y el acceso a la vivienda para los grupos que se enfrentan a la discriminación. Por último, la Declaración de 16 de diciembre de 2010 (y en el mismo sentido, la Resolución de 14 de septiembre de 2011), sobre la estrategia de la UE en relación a las personas sin hogar, recuerda que la carencia de hogar es una violación inaceptable de los derechos humanos fundamentales e insta a las Instituciones a ponerla fin.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- Son de interés, asimismo, la Carta Europea de la Vivienda, adoptada por el Intergrupo de política urbana y vivienda del Parlamento Europeo, de 26 de abril de 2006²¹, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 13 de julio de 2007, sobre la vivienda y la política regional, o el Dictamen del Comité de las Regiones, de 30 de junio de 2007, sobre la vivienda y la política regional.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.4.1. Panorámica de la legislación estatal

No existe una normativa general estatal de desarrollo del artículo 47 CE, aunque sí normas que parcialmente inciden en la materia. A continuación haremos un rápido recorrido por las más relevantes, no sin antes adelantar dos ideas básicas: en primer lugar, a vuelo de pájaro, la perspectiva de estas normas es antes la de establecer obligaciones administrativas con un alto componente discrecional que reconocer derechos subjetivos²². En segundo lugar, sería conveniente una ley estatal de desarrollo del derecho, para lo cual, a nuestro entender, el artículo 149.1.1 CE otorga fundamento suficiente²³.

A. Normas sobre viviendas de protección oficial

El componente más típico del derecho que estudiamos es el fomento del acceso a la vivienda, materializado sobre todo en la normativa de viviendas de protección oficial²⁴. Como se adelantó, poco antes de la entrada en vigor de la Constitución se dictó el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre, sobre Política de Viviendas de Protección Oficial, desarrollado por el Real Decreto 3148/1978, el cual, a su vez, mantiene en vigor (DF 1ª) los Reales Decretos 2114/1968 (Reglamento de Viviendas de Protección Oficial) y 2960/1976 (Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial). Sin embargo, la Constitución altera el marco competencial, por lo que estas nor-

21. El texto de la Carta europea de la vivienda puede consultarse en la siguiente dirección: <http://www.eukn.org/binaries/eukn/news/2006/5/european-charter-on-housing.pdf>.

22. Tras una descripción de la normativa relevante, ésta viene a ser también la conclusión de ÁVILA ORIVE y ARNÁEZ ARCE, 2010, esp. pp. 220-223. No obstante, en coherencia con los planteamientos metodológicos de esta obra, en los lugares oportunos propondremos interpretaciones de esa normativa conformes al art. 47 CE.

23. Si no se ha discutido para la LD, menos aún debería discutirse para el derecho a la vivienda, que cuenta, a diferencia del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, con reconocimiento constitucional expreso.

24. Para una panorámica más amplia a la que aquí podemos desarrollar, *vid.* última-mente, por todos, TEJEDOR BIELSA, 2010, pp. 309 y ss.

mas y otras complementarias se convierten en supletorias de las normas autonómicas. Pese a ello, se ha asumido su aplicación en el marco de los planes estatales de vivienda, con las modificaciones introducidas por éstos²⁵.

Hasta la promulgación del Real Decreto 1186/1998, que aprueba el Plan de Vivienda 1998-2001, los Planes de Vivienda estatales se apoyaban en la normativa preconstitucional de viviendas de protección oficial. Desde entonces, la normativa estatal empieza a remitirse a la normativa autonómica, con lo que se impulsa la creación autonómica de viviendas de protección, cada una con su propio régimen jurídico. Poco a poco, la normativa preconstitucional es relegada al estatuto efectivo de Derecho supletorio, que rige en defecto de normativa sustantiva autonómica reguladora de regímenes de vivienda con protección pública. Ahora bien, a pesar de que las Comunidades Autónomas pueden regular el régimen jurídico de las viviendas con protección pública precisamente por tener atribuida la competencia en materia de vivienda, solamente las que cumplan los requisitos establecidos en los Reales Decretos que aprueban los consecutivos Planes estatales de Vivienda pueden acogerse a las ayudas previstas en éstos²⁶.

B. Real Decreto 2066/2008, de Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012

También para el fomento del acceso a la vivienda, en materia de viviendas de protección oficial pero también en otros ámbitos, el Estado utiliza la técnica de planificación, estableciendo con carácter plurianual un conjunto de medidas de carácter financiero y no financiero²⁷. Estos Planes no han sido utilizados sólo para promover y facilitar el disfrute por los ciudadanos de una vivienda sino también, y de manera muy importante, como dinamizadores de la economía general; recordemos que la STC 152/1988 justificó en este aserto la competencia estatal de fomento de la vivienda.

El Real Decreto 2066/2008 establece diversas ayudas, sus beneficiarios y sus requisitos. También dispone los aspectos básicos del régimen de protección a fin de asegurar la finalidad última de las ayudas, que no es otra que

-
25. Estas variaciones normativas incluidas en el RD por el que se aprueba cada nuevo Plan introducen una gran complejidad en el sistema de protección, pues las viviendas de protección calificadas al amparo de cada Plan deben referir aspectos muy importantes de su régimen jurídico al reglamento específico que lo regula.
 26. Ocurre, sin embargo, que los Planes estatales introducen frecuentemente requisitos para acceder a esa financiación que se acercan al ámbito de los contenidos sustantivos, cuyo establecimiento es de competencia autonómica, y pueden llegar a tener un difícil encaje en la normativa de las Comunidades Autónomas.
 27. Para una panorámica más amplia a la que aquí podemos desarrollar, *vid.* última-mente, por todos, IGLESIAS GONZÁLEZ, 2010, pp. 349 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

hacer efectivo el derecho a la vivienda para quienes la necesitan; así, hace referencia al destino que debe darse a la vivienda, las limitaciones a la facultad de disponer y la duración del régimen de protección de las viviendas. Las ayudas se dirigen a incentivar la oferta de viviendas, a través de su construcción o rehabilitación (*infra*, 7.4) y a capacitar económicamente, por el lado de la demanda, el acceso y disfrute de una vivienda en condiciones adecuadas (*infra*, 4.2.2).

La puesta en marcha del Plan exige la colaboración de entidades de crédito, con las que el Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) firma los oportunos convenios de colaboración en cuyo marco debe garantizarse una oferta suficiente de préstamos convenidos y la gestión del pago de otras ayudas, que el Ministerio delega en esas mismas entidades. Pero además, la puesta en marcha del Plan exige la colaboración de las Comunidades Autónomas²⁸. Con cada una de ellas el Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) firma un convenio de colaboración en el que se contienen el número de actuaciones financiadas durante el período de vigencia del Plan, los mecanismos de seguimiento y control del cumplimiento de los objetivos y los compromisos a asumir, presupuestarios y de gestión, por cada Administración. El Plan establece expresamente que el gasto total debe respetar los límites autorizados por el Consejo de Ministros²⁹. Según los criterios acordados en el correspondiente convenio con la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas deben desarrollar y ejecutar las previsiones del Plan de Vivienda estatal en sus respectivos territorios.

El Real Decreto 2066/2008 ha sido objeto de una importante revisión, operada por el Real Decreto 1713/2010, para adaptarlo, según el Preámbulo de este último, «a las exigencias de restricción presupuestaria, manteniendo, sin embargo, sus principales finalidades, tanto en lo que respecta a sus prioridades de carácter estructural más destacadas, como a su atención a las necesidades y problemática específica del subsector vivienda en el momento actual». Ciertamente, esta vez no se trata de una mera regresión financiera sino también normativa, que sin embargo juzgamos constitucional, por no afectar, como se verá (*infra*, 6.2), al contenido esencial del derecho fundamental.

*C. Real Decreto Legislativo 2/2008, de Texto Refundido de la Ley del Suelo (LS)*³⁰

Esta Ley regula «las condiciones básicas que garantizan la igualdad en

28. Se exceptúan las Comunidades Autónomas de País Vasco y Navarra, en las que debido a su especial régimen de financiación no son de aplicación los Planes Estatales de Vivienda. Ambas establecen, de manera autónoma, sus propios Planes de Vivienda.
29. Se trata de una consagración normativa de la «reserva de lo posible» que nos parece razonable, pues no afecta, como veremos, al contenido esencial del derecho.
30. Refunde el texto de la Ley 8/2007, de Suelo, y los preceptos que aún quedaban

el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia» (art. 1). Más en concreto, regula, entre otras cosas, los derechos y deberes de los sujetos afectados (en tres estatutos subjetivos básicos: ciudadanía en general, iniciativa privada y propiedad del suelo), los deberes básicos de las Administraciones y las bases del régimen del suelo (criterios de valoración, expropiación forzosa, responsabilidad patrimonial y garantía del cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria).

A los efectos de este capítulo, de esta Ley interesa sobre todo su artículo 4.a), en cuya virtud «Todos los ciudadanos tienen derecho a [...] disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados». Al margen de otras consideraciones, el principio de diseño para todas las personas conlleva tener en cuenta, en la oferta de vivienda, y de manera fundamental en la oferta pública de vivienda, las necesidades habitacionales específicas de las personas, de manera que no solamente se tengan en cuenta las unidades familiares tradicionales, sino también las familias monoparentales, las personas solas, los jóvenes, las personas mayores, las personas con discapacidad y cualesquiera otras personas que tengan necesidades especiales (*infra*, 5.1.3).

La lectura doctrinal que se ha hecho del artículo 4.a) LS se mueve entre dos posiciones abiertamente contradictorias: para GONZÁLEZ PÉREZ no reconoce un derecho subjetivo a la vivienda, que sigue sin existir como tal tras la LS: lo que único que hace esta norma es concretar algunas de las obligaciones (el autor no aclara si son también derechos exigibles) derivadas del artículo 47 CE³¹; por su parte, para LÓPEZ RAMÓN, el precepto implica un reconocimiento general del derecho a la vivienda como derecho subjetivo, más allá de la propia LS, que convierte la prohibición («sólo podrán ser alegados») del artículo 53.3 CE en inoperante³². A nuestro juicio, el debate es innecesario, pues, como ya sabemos (sobre todo, *supra*, III, 1.2), los DFSP

vigentes del RDLeg 1/1992, por el que se aprobó el texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Para una síntesis de la Ley vigente, desde la perspectiva del derecho a la vivienda, GONZÁLEZ PÉREZ, 2008 y RUIZ RICO, 2008, pp. 94 y ss.

31. GONZÁLEZ PÉREZ, 2008, pp. 21 y ss.

32. LÓPEZ RAMÓN, 2010, pp. 15-16.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

existen como derechos subjetivos desde su misma proclamación constitucional. Ahora bien, tiene razón LÓPEZ RAMÓN en que el artículo 4.a) puede servir como argumento frente a quienes siguen defendiendo la lectura tradicional del artículo 53.3 CE. En todo caso, el problema más importante (la determinación del contenido del derecho fundamental) subsiste tras la LS: ésta ayuda sin duda a esta tarea, pero sólo en parte, pues únicamente cubre parte de los contenidos del derecho³³.

D. Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (LOED)

De acuerdo a su artículo 1.1 regula «en sus aspectos esenciales el proceso de la edificación, estableciendo las obligaciones y responsabilidades de los agentes que intervienen en dicho proceso, así como las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del mismo, con el fin de asegurar la calidad mediante el cumplimiento de los requisitos básicos de los edificios y la adecuada protección de los intereses de los usuarios». La LED ha sido desarrollada por el Real Decreto 314/2006, que aprueba el Código Técnico de la Edificación y establece las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios y sus instalaciones en materia de seguridad, funcionalidad y habitabilidad, y que serán completadas por otras normativas dictadas por las Administraciones competentes³⁴.

La LOED nos interesa sobre todo para examinar, en parte, el concepto de vivienda «digna y adecuada» que se deriva de nuestro ordenamiento (*infra*, 2) y para las obligaciones de los particulares asociadas al derecho fundamental (*infra*, 5.2.2).

E. Referencia a otras leyes estatales

Entre las leyes que regulan otros aspectos de la vivienda de especial interés para este capítulo, cabe citar: sobre el alquiler de viviendas, la Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos³⁵ (LAU); sobre rehabilitación de viviendas, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y el Real Decreto-ley 8/

33. Así, RUIZ RICO, 2008, p. 103, quien adopta más bien una posición intermedia, que nos parece la más razonable: la LS reconoce un derecho subjetivo pero sólo para exigir las obligaciones previstas en la propia LS.

34. Para más detalles, p. ej., ESCARTÍN ESCUDÉ, 2010, pp. 199 y ss.

35. De acuerdo al art. 4.2 LAU, el Título II, que establece el régimen particular aplicable a los arrendamientos de vivienda, sólo rige en defecto de lo acordado por las partes en los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 m² o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el IPREM en cómputo anual. De manera similar, dispone la DA 1ª que el arrendamiento de viviendas de protección oficial de promoción pública se rige, a los mismos efectos, por su propia normativa, si bien en cuestiones de competencia y procedimiento se está por entero a lo dispuesto en la LAU.

2011; sobre los desahucios, diversos preceptos de la LECiv; sobre la propiedad horizontal, la Ley 49/1960 (LPH), del mismo nombre; sobre el Derecho de consumo, además de la normativa general (LGDCU), específicamente el Real Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas; y sobre hipotecas, las Leyes 2/1981, de Regulación del Mercado Hipotecario (desarrollada por el RD 716/2009) y 2/1994, sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios.

1.4.2. Panorámica de la legislación autonómica

Todos los Estatutos de Autonomía han asumido la competencia exclusiva en materia de vivienda, lo que a veces (entre los más recientes) se concreta de forma bastante detallada³⁶.

La mayor parte de los nuevos Estatutos reconocen además, expresamente, el derecho a la vivienda³⁷. Por orden cronológico, el artículo 26 del EA de Cataluña (LO 6/2006) establece que «Las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la Ley determine», y, dentro de los «principios rectores», establece el artículo 47 que «Los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados». Preceptos similares encontramos en los recientes Estatutos de la Comunidad Valenciana (art. 16), Islas Baleares (art. 22), Andalucía (arts. 25 y 37.1), Aragón [arts. 24.f) y 27] y Castilla y León (art. 16.12 y 14). No es éste el momento de volver sobre la naturaleza de estas previsiones (al respecto, *infra*, III, 3.2.2); baste con apuntar que ayudan mucho (pese al Tribunal Constitucional) a evitar las nefastas consecuencias de la interpretación ortodoxa del artículo 53.3 CE. Para nosotros, en estas Comunidades (aunque en realidad en todas) no cabe duda de que se está configurando un derecho subjetivo judicialmente exigible.

Algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes de vivienda de carácter general, que pretenden regular de manera sustantiva y con carácter

36. Para más detalles, RUIZ RICO, 2008, pp. 47 y ss.

37. Para más detalles, RUIZ RICO, 2008, pp. 70 y ss. o AGUDO ZAMORA, 2010. El Estatuto de Autonomía del País Vasco no tiene carta de derechos, pero la Ley 10/2000, de Carta de Derechos Sociales del País Vasco, establece en el art. 3.d) que «Todos los ciudadanos del País Vasco tienen, en el marco del ordenamiento jurídico correspondiente y de esta carta, [el derecho social básico] a una vivienda digna y adecuada».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

comprendivo el régimen jurídico de las viviendas libres y protegidas³⁸, en algún caso acentuando la perspectiva del derecho fundamental³⁹, todo ello sin perjuicio, desde luego, de la existencia de otra normativa que regule de manera autónoma o con más detalle ciertos aspectos relacionados con el régimen jurídico de la vivienda. Otras Comunidades autónomas se han limitado a regular aspectos concretos del régimen de vivienda. En este sentido, son varias las que han establecido regímenes propios de protección de vivienda, en sustitución de las viviendas de protección oficial estatales⁴⁰. También han prestado atención a los aspectos de defensa del consumidor, diseño, calidad y habitabilidad, y la rehabilitación residencial y urbana, entre otros⁴¹. Pero, sobre todo, constituye un ámbito muy importante dentro de la normativa autonómica el desarrollo y ejecución de los planes de vivienda estatales, pues es a las Comunidades Autónomas a quienes en definitiva corresponde tramitar los expedientes administrativos de reconocimiento de las ayudas financieras que, dentro del plan, corren a cargo de los presupuestos del Ministerio de Vivienda (hoy Fomento). Las Comunidades Autónomas, desde luego, pueden promover sus propios planes de vivienda, con sus propios objetivos y sus propias medidas de financiación, pero las medidas de fomento diseñadas en los Planes estatales no pueden implementarse sin el concurso de las Comunidades Autónomas, que podrán complementarlas, en su caso, con cargo a sus propios recursos, e integrarlas incluso dentro de sus propios planes autonómicos de Vivienda. En cualquier caso, a la hora de ejecutar la

-
38. Así, por orden cronológico, la Ley 3/2001, de la Calidad, Promoción y Acceso a la Vivienda de Extremadura; la Ley 2/2003, de Vivienda de Canarias; la Ley 8/2004, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana; la Ley 2/2007, de Vivienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña; la Ley 18/2008, de Vivienda de Galicia; la Ley 1/2010, del Derecho a la Vivienda en Andalucía; la Ley 9/2010, del Derecho a la Vivienda de la Comunidad de Castilla y León; o la Ley Foral 10/2010, del Derecho a la Vivienda en Navarra.
39. Sobre todo a partir de la Ley catalana citada en la nota anterior (hay un amplio estudio dirigido por PONCE SOLÉ y SIBINA TOMÁS, 2008) y con especial relevancia (como veremos) en la posterior Ley andaluza. En el País Vasco se prepara una legislación que promete resultar innovadora (sobre sus antecedentes, ÁVILA ORIVE y ARNÁEZ ARCE, 2010, pp. 213-220), también para el derecho fundamental que estudiamos. El famoso efecto emulador empieza a dar sus frutos y sería bueno que éstos acabaran contagiando al mismo legislador estatal.
40. Así, p. ej., entre otra normativa, el Decreto 74/2009 aprueba el Reglamento de Viviendas con Protección Pública de Madrid, el Decreto 149/2006 aprueba el Reglamento de Viviendas Protegidas de Andalucía, el Decreto 75/2007 aprueba el Reglamento de Protección Pública a la Vivienda de la Comunidad Valenciana, y el Decreto 31/2004 hace lo propio en la Comunidad Autónoma de Cantabria.
41. La Ley 2/1999, de Calidad de Edificación de Madrid, promulgada con anterioridad a la LOED, es una de las normativas más completas en materia de calidad. Más recientes son la Ley 3/2004, de Calidad de Edificación de Comunidad Valenciana y la Ley 8/2005, de Calidad en Edificación de Murcia.

normativa estatal, las Comunidades Autónomas disponen de un margen de decisión que les permite adaptarla a las peculiaridades territoriales autonómicas, sin perjuicio del cumplimiento de los elementos indispensables dispuestos por los planes estatales para alcanzar los fines de política económica general propuestos.

2. CONCEPTO

2.1. VIVIENDA

De entre los objetos de los DFSP, el objeto del derecho a la vivienda resulta ser el más tangible; por ello, también, parece más sencillo verificar aquí el cumplimiento del derecho. Si siempre habrá dificultades para concluir de manera tajante si se han satisfecho o no las necesidades educativas o de salud de una persona, verificar si alguien dispone o no de vivienda resulta algo aparentemente más sencillo. Para ello, el primer problema que se plantea es de definición del objeto, esto es, precisar en qué consiste el bien (esta vez material) que sirve a los intereses protegidos por el derecho fundamental. Para ello, nuestra indagación ha de detenerse en la lectura de las disposiciones pertinentes de nuestro ordenamiento⁴².

No existe una definición general de vivienda en la normativa estatal⁴³. A título ejemplificativo y orientativo puede acudir a la legislación autonómica. La Ley 18/2008, de Vivienda de Galicia, propone una definición sencilla: «la construcción destinada a residencia, con carácter permanente o temporal». Más elaborada es la definición propuesta por la Ley 2/2007, de Vivienda de La Rioja, según la cual «es vivienda toda edificación permanente habitable cuyo destino principal sea satisfacer la necesidad de residencia, sea habitual o no, de las personas físicas. En este sentido la vivienda se concibe como el espacio de acomodo y acogimiento donde, en la búsqueda del sosiego y el natural descanso humano, la persona puede vivir buscando el equilibrio, la paz y la armonía en un espacio habitable y placentero», o la definición propuesta por la Ley 8/2004, de Vivienda de la Comunidad Valenciana, según la cual «se entiende por vivienda toda edificación habitable, destinada a residencia de personas físicas, y que reúna los requisitos básicos de calidad de la edificación, entorno y ubicación conforme a la legislación aplicable, y que sea apta para la obtención de la licencia municipal de ocupación o, en

42. La definición del Diccionario de la Real Academia («morada, habitación»), poco nos aclara.

43. El RD 2066/2008 ofrece definiciones de vivienda protegida y de vivienda usada, más no de vivienda.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el caso de viviendas protegidas o rehabilitadas de protección pública, la cédula de calificación definitiva». Se advierte ya en estas últimas definiciones una calificación de la vivienda, que viene a confundir (ya a identificar, art. 2.3 de la Ley 1/2010, del Derecho a la Vivienda en Andalucía) entre vivienda y vivienda adecuada.

Lo que de entrada parece claro es que la vivienda es un espacio donde reside la persona con una mínima estabilidad e intimidad, no un mero lugar de paso ni abierto a la contemplación ajena. Ello exige lógicamente también una estabilidad arquitectónica (las leyes citadas hablan de «construcción» o «edificación»), unas condiciones aptas para la vida ordinaria. No parece que pueda calificarse de vivienda, aunque sea un espacio digno, por ejemplo, un carromato, una tienda de campaña o un cobertizo de paja. Por otro lado, interesa destacar que la determinación del concepto de vivienda derivada de las normas autonómicas no incluye expresamente la nota de la exclusividad o independencia. Es decir, no se establece el principio: una persona, una vivienda independiente, disfrutada en exclusiva. Sin embargo, al menos la vivienda debe tener las condiciones necesarias para salvaguardar la intimidad de cada persona, pues ésta es, como más adelante veremos (*infra*, 3), el fundamento más claro (aunque no el único) del derecho a la vivienda.

2.2. VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

Como ya se desprende de las definiciones legales, parece claro que una vivienda es algo más que un techo. Como dice la OG 4, «el derecho a una vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte». El derecho a una vivienda está íntimamente relacionado con la dignidad humana y es condición *sine qua non* para el disfrute de otros derechos fundamentales (*infra*, 3), por lo que no es aceptable llamar vivienda a cualquier estructura que dé cobijo a un ser humano. En este sentido, el constituyente (en una de las escasas concreciones del objeto de los DFSP que encontramos en nuestra norma suprema) califica el bien jurídico protegido por el artículo 47 CE, como vivienda «digna y adecuada», lo que impone analizar cómo el legislador ha desarrollado esta calificación.

Ciertamente, los términos «digna» y «adecuada», referidos a la vivienda, son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido es variable⁴⁴. Sin

44. Como sabemos, las necesidades son objetivas pero pueden evolucionar (*supra*, IV, 3.2). En relación con la vivienda, entre nosotros, p. ej., RUIZ-RICO, 2008, p. 29.

embargo, como reconoce la OG 4, aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado, y así viene a señalarlo nuestro ordenamiento, a cuya exposición dedicamos las líneas que siguen⁴⁵.

- a) En primer lugar, «vivienda digna y adecuada» implica un mínimo de estabilidad y permanencia, que impida cambiar forzosamente de morada cada día, lo que podríamos denominar seguridad jurídica en la tenencia. Como advierte la OG 4, la tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el usufructo, la cesión de uso, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia o los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Independientemente de su forma, todas las personas deben gozar de un cierto grado de seguridad de tenencia. Para el Comité DESC, el Pacto impone a los Estados adoptar medidas que garanticen cierta inmunidad y la defensa frente a las alteraciones arbitrarias que dificulten el normal disfrute de una vivienda. Debe conferirse, por ejemplo, protección contra el hostigamiento, el desahucio, las expropiaciones y los traslados arbitrarios. En este punto, debe advertirse que el artículo 4 del PIDESC dispone expresamente que los Estados podrán someter los derechos reconocidos en el Pacto «únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática». Asimismo, la OG 4 considera que «las instancias de desahucios forzados son *prima facie* incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinentes del Derecho Internacional». Ningún sistema jurídico proporciona una protección absoluta contra el desahucio forzado. El derecho a una vivienda suele entrar en conflicto con otros intereses, como el derecho de propiedad. Volveremos más adelante sobre este punto (*infra*, 6.1).

Interesa detenernos en este momento en algunos aspectos de la LAU que tienen que ver con la seguridad en la tenencia. Así, respecto a la duración mínima del arrendamiento, está fijada en cinco años, tras los cuales el arrendatario puede prorrogar su contrato si lo hubiera

45. A los elementos de accesibilidad y adecuación cultural nos referimos *infra*, 5.1.3.

firmado por un tiempo inferior, salvo que el arrendador hubiera hecho constar expresamente al momento de celebrar el contrato la necesidad de ocupar la vivienda antes del transcurso de cinco años como vivienda permanente para sí o sus familiares más directos. El plazo de cinco años se respeta aunque se resuelvan los derechos del arrendador sobre la vivienda o incluso, para el cónyuge o pareja del arrendatario, en el supuesto de que éste deje de residir en la vivienda⁴⁶.

- b) Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la alimentación. Debe tener acceso permanente a agua potable, energía para cocinar, calefacción (cuando sea necesario), alumbrado, ventilación, instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de residuos y de drenaje.
- c) Los gastos necesarios para acceder y mantener una vivienda no deben impedir ni comprometer el logro y satisfacción de otras necesidades básicas. En general, se asume como razonable no superar la tercera parte de los ingresos. El precio de la vivienda lo fija el mercado pero el Estado debe intervenir sobre él, a fin de asegurar la asequibilidad del bien que constituye el objeto del derecho fundamental. Las posibilidades de abaratar desde el Estado el precio de la vivienda son múltiples, pero al menos parece claro que han de crearse subsidios para los que no pueden costearse una vivienda y formas de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda, como después se verá (*infra*, 4.2.2). Además, debe protegerse a los inquilinos contra aumentos súbitos o excesivos de los alquileres. En este sentido, la LAU dispone que la renta será la que libremente estipulen las partes, pero durante los cinco primeros años de duración del contrato, el arrendador sólo puede revisarla anualmente en función de las variaciones experimentadas por el IPC;

46. La Ley permite la subrogación *mortis causa*, durante ese plazo mínimo de cinco años, a favor de ciertas personas vinculadas directamente con el arrendatario (art. 16). Se advierte que la cesión de un contrato de arrendamiento por el arrendatario necesita el consentimiento por escrito del arrendador, al igual que ocurre con el subarriendo, que en todo caso sólo puede realizarse de forma parcial. Respecto a los contratos celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985 (fecha en que entró en vigor el Real Decreto-ley 2/1985, sobre medidas de política económica), su régimen jurídico continúa siendo el establecido en el Decreto 4104/1964, salvo lo dispuesto en la DT II de la LAU. La nueva Ley suprime por completo la subrogación *inter vivos* y suprime de manera gradual los derechos de subrogación *mortis causa*.

a partir del sexto año, la variación de la renta se rige por lo estipulado por las partes⁴⁷.

- d) Más allá del acceso a servicios básicos, la vivienda debe ser habitable⁴⁸, en el sentido de poder ofrecer espacio adecuado y suficiente a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud.

Al asumir la competencia en materia de vivienda, las Comunidades Autónomas han dictado normas para controlar la habitabilidad de las viviendas dentro de sus territorios, en especial exigiendo autorizaciones administrativas que, de manera reglada, certifican que los inmuebles destinados a vivienda cumplen los requisitos de calidad y habitabilidad exigidos por el Código Técnico de la Edificación y las normas establecidas de acuerdo con los artículos 3 y 4 del mismo, así como otras normas técnicas sectoriales⁴⁹ y la propia normativa autonómica y local sobre calidad y habitabilidad, dictada al amparo del título competencial en materia de vivienda⁵⁰. La normativa auto-

-
47. La LAU desbloquea las rentas congeladas de los contratos que se rigen por el Decreto 4104/1964. Para ello, se establece un sistema de revisión aplicable a todos los contratos anteriores al 9 de mayo de 1985 que pretende recuperar las variaciones no repercutidas de la inflación desde la fecha de celebración del contrato o desde la última revisión legal, según proceda. Esta revisión no se produce de manera inmediata, sino gradual, incrementándose el número de años en que se produce la revisión total en función inversa de la renta del arrendatario, posibilitando a los arrendatarios de menor nivel económico a que adapten sus economías a la nueva realidad. En el caso de arrendatarios de bajo nivel de renta, de acuerdo a lo dispuesto en la DT II LAU, se excluye la revisión de las rentas, compensándose a los arrendadores por vía fiscal.
48. La regulación estatal supletoria relativa a la expedición de cédula de habitabilidad se encuentra en una normativa dispersa, así: OM 29 de febrero de 1944; Orden de 16 de septiembre de 1943; Decreto 316/1960; Decreto 462/1972; Decreto 469/1972; Decreto 1829/1978; RD 1320/1979 y RD 129/1985.
49. P. ej., el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios, aprobado por RD 1027/2007.
50. Estas autorizaciones administrativas están reguladas en la siguiente normativa: Decreto 51/2002, de la Rioja; Decreto Foral 142/2004, de Navarra; Decreto 55/2009, de Cataluña; Decreto 161/1989, de la Comunidad Valenciana (bien que la Ley 8/2004 dispone su próxima supresión, al establecer que en tanto los ayuntamientos no adopten las medidas adecuadas para la puesta en marcha de la licencia municipal de ocupación, se exige, transitoriamente, la previa obtención de la cédula de habitabilidad como requisito necesario para ocupar la vivienda y contratar el suministro de los servicios); Decreto 6/1995, de Principado de Asturias; Decreto 141/1991, de Cantabria; Decreto 145/1997, de Illes Balears; Decreto 113/2009, de Extremadura; Decreto 117/2006, de Canarias. Algunas Comunidades Autónomas han suprimido la cédula de habitabilidad en sus territorios, así: Decreto 189/1997, de País Vasco; Decreto 311/1992, de Galicia; Decreto 283/1987, de Andalucía; Decreto 147/2000, de Castilla y León; Decreto 122/1988, de Castilla-La Mancha. En estos territorios se estima sufi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nómica exige disponer de cédula de habitabilidad en vigor para poder contratar el suministro de servicios de agua, gas, electricidad, telecomunicaciones y otros servicios⁵¹. Por lo general, la cédula está sometida a caducidad, exigiéndose su renovación en un plazo determinado, lo mismo que al emprender una reforma que altere las condiciones objetivas de habitabilidad bajo las que fue expedida en su momento. En cualquier caso, durante su vigencia, se considera válida para acreditar que la vivienda cumple las condiciones exigidas legalmente en cualquier transmisión por venta, alquiler o cesión de uso de la misma. En los supuestos de viviendas de protección pública, la cédula de calificación definitiva sustituye a la cédula de habitabilidad de primera concesión. En todo caso, debe advertirse que los servicios técnicos pueden, bien de oficio o a instancia de parte, realizar cuantas inspecciones consideren necesarias en orden a la comprobación del cumplimiento de las condiciones de habitabilidad.

El Derecho español, y significadamente la LOED establece deberes de conservación de la vivienda de los particulares que miran en última instancia a garantizar la habitabilidad de la vivienda y que serán expuestos después (*infra*, 5.2.2).

- e) Una vivienda no es adecuada si se encuentra en medio del desierto. Debe estar situada en un lugar que permita el acceso a opciones de empleo, servicios de atención a la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales⁵². Igualmente, no debe estar situada en las proximidades de fuentes de contaminación que pongan en peligro la salud de sus habitantes⁵³. En este sentido, el De-

ciente, a los efectos de la comprobación de la habitabilidad de la finca, la licencia municipal de primera ocupación.

51. Algunas normativas, como la Ley 18/2007, de Cataluña, el Decreto 142/2004, de Navarra, y la Ley 3/2001, de Extremadura, requieren la presentación de cédula de habitabilidad vigente a los Notarios, a efectos de comprobar que la vivienda cumple las condiciones de calidad, antes de llevar a término una compraventa o arrendamiento sobre una vivienda.
52. Conecta así con el llamado derecho a la ciudad, que como tal no cuenta con reconocimiento expreso en la CE. No obstante, algunos aspectos del mismo bien podrían protegerse desde el art. 47; al respecto, p. ej., proponiendo un cambio de rumbo en la agenda internacional, GLEDHILL, 2010.
53. Se da aquí una concurrencia con el derecho al medio ambiente. En materia de contaminación acústica debe tenerse en cuenta La Ley 37/2003, del Ruido, que excluye de su ámbito de aplicación las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales y los usos locales. De acuerdo a esta Ley, el Gobierno debe definir los objetivos de calidad acústica aplicables y determinar los valores límites de emisión de los diferentes emisores acústicos (es decir, valor del índice de emisión que no debe ser sobrepasado) y

creto 2414/1961, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, establece en su artículo 4 que las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas⁵⁴ deberán supeditarse, en cuanto a su emplazamiento, a lo dispuesto en las Ordenanzas municipales y en los Planes de urbanización del respectivo Ayuntamiento. En todo caso, las industrias fabriles que deban ser consideradas como peligrosas o insalubres sólo podrán emplazarse, como regla general, a una distancia de 2.000 metros a contar del núcleo más próximo de población agrupada. A su vez, el artículo 15 respecto a actividades insalubres y nocivas, y el artículo 20 respecto a actividades peligrosas prevén, respectivamente, que sólo en casos excepcionales y muy especiales podrá autorizarse un emplazamiento distinto del que, según el artículo 4, haya de venir impuesto por las Ordenanzas municipales y Planes de urbanización, respecto de las industrias fabriles. La Ley 34/2007 deroga este Reglamento, si bien dice expresamente que mantendrá su vigencia en las Comunidades Autónomas que carezcan de normativa sobre la materia, en tanto no se dicte dicha normativa. Sobre el particular, debemos establecer una puntualización. Existe una copiosa jurisprudencia que establece el carácter básico del precepto en cuestión⁵⁵, de manera que en

de inmisión (es decir, valor del índice de inmisión que no debe ser sobrepasado en un lugar durante un determinado período de tiempo). Las Comunidades Autónomas, por supuesto, pueden establecer valores más estrictos. En todo caso, las Administraciones Públicas deben controlar que no se supera ningún valor límite aplicable, y negar toda autorización de instalaciones que no cumplan la normativa, aplicando, en su caso, el régimen sancionador previsto. El RD 1367/2007 establece los objetivos de calidad acústica y los valores límite de emisión e inmisión. En términos similares se pronuncian la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, y la Ley 34/2007, de calidad del aire y protección de la atmósfera, respecto a fuentes de contaminación diferentes de la acústica. Debe advertirse que no existe normativa estatal respecto a la contaminación ambiental por olores.

54. El Decreto define actividades «molestas» como aquellas que constituyan una incomodidad por los ruidos o vibraciones que produzcan o por lo humos, gases, olores, nieblas, polvos en suspensión o sustancias que eliminen; «insalubres» como aquellas que den lugar a desprendimiento o evacuación de productos que puedan resultar directa o indirectamente perjudiciales para la salud humana; «nocivas» como aquellas que, por las mismas causas, puedan ocasionar daños a la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola; «peligrosas» como aquellas que tengan por objeto fabricar, manipular, expender o almacenar productos susceptibles de originar riesgos graves por explotaciones, combustiones, radiaciones u otros de análoga importancia para las personas o los bienes.
55. Así, las SSTs de 27 de junio de 2007, de 1 de abril de 2004 y de 19 de julio de 2004, entre otras. La primera de ellas, haciéndose eco de otras anteriores, dice lo siguiente: «la norma de aquel artículo 4 referida a la distancia mínima engarza directamente con los títulos competenciales relativos a la protección del medio ambiente, en el que las Comunidades Autónomas tienen atribuida la facultad de establecer normas

tanto las Comunidades Autónomas no dicten otra normativa, cuando menos más favorable, debe entenderse subsistente.

En relación con el concepto descrito de vivienda digna y adecuada, interesa adelantar una consideración importante. El hecho de que una persona habite una vivienda que quede fuera de este concepto (chabolismo, infravivienda) no habilita a los poderes públicos a un desalojo incondicionado, a menos que la ley lo permita expresamente y que se sigan las garantías adecuadas⁵⁶ (*infra*, 6.1.2). En estos casos está antes el deber del poder público de ofrecer una vivienda alternativa o de mejorar la existente. Si quien habita una vivienda inadecuada finalmente es desalojado de ella de forma legal, entra en juego la obligación del poder público de prestar un alojamiento de urgencia (*infra*, 4.2.3, 6.2 y 7.5).

3. FUNDAMENTO

La teoría de las necesidades es la mejor fundamentación actual de los DFSP y, como vimos en su momento, todas las concreciones realizadas de las necesidades incluyen entre ellas a la vivienda (*supra*, IV, 3.2). Ninguna duda cabe, para cualquier concepción cultural o filosófica⁵⁷, que objetivamente disfrutar de una vivienda es algo necesario para el desarrollo de cualquier vida digna⁵⁸. La Historia, decana de las ciencias sociales, nos muestra el dato evidente de que, al menos desde el Neolítico, el ser humano ha tendido siempre a vivir bajo un techo y de forma mínimamente estable.

Como también sabemos, la dignidad no aporta un criterio claro y, sobre todo, suficiente, para fundamentar todos los DFSP más allá de un mínimo (*supra*, IV, 3.3) y los DFSP no protegen contenidos mínimos sino contenidos constitucionales (*supra*, IV, 4.2.1). De forma intuitiva el principio de dignidad nos conduce a la consideración, como contenido esencial (en tanto absoluto, *supra*, IV, 4.2.3) del derecho a la vivienda, que resulta objetivamente indigno negar a una persona el disfrute de un techo (no cualquier techo) bajo el que cobijarse pero poco más.

adicionales de protección (artículo 149.1.23 de la Constitución), con la consecuencia, en lo que ahora importa, de que el apartamiento de aquella norma en el territorio de una Comunidad Autónoma exigirá que la normativa propia de ésta la haya sustituido, sin duda alguna, por otra cuya potencialidad protectora no sea menor [...]; y a la sanidad» (FJ 4).

56. El tratamiento más completo de esta materia se encuentra seguramente en la Ley de Cataluña 18/2007, del Derecho a la Vivienda; al respecto, de interés, SIBINA TOMÁS, 2008, pp. 463 y ss.

57. Para algunos antecedentes en el pensamiento filosófico, PINILLA, 2005.

58. Al respecto, por todos, BRATT, STONE y HARTMAN, 2006, pp. 1 y ss.

El principio de igualdad, al menos de forma autónoma y con carácter general, no resulta adecuado para fundamentar los DFSP (*supra*, IV, 3.3), aserto que vale sobre todo para el derecho que ahora estudiamos. Parece contradecir el sentido común pretender que el Estado social exija una igualdad material en el disfrute de los derechos sociales entendidos en forma amplia (*supra*, III, 2.4.1), y en concreto que todos los ciudadanos disfruten de un mismo número de viviendas (dado el hecho, en los países desarrollados, que muchas personas disfrutaban de dos) y además de similares características. A esta consideración se suma la lógica misma de la propiedad privada como derecho fundamental, que no es tanto la propiedad privada de los medios de producción como la obtenida como consecuencia del esfuerzo individual y del libre desarrollo de la personalidad (*supra*, III, 4.2). En España, la recompensa por el trabajo y el ahorro de la clase media es frecuentemente el disfrute de una vivienda (o de varias) más confortable que la exigida por la CE. En definitiva, la CE no reclama que todos tengan la misma vivienda sino que todos tengan al menos una vivienda digna.

Las necesidades son objetivas pero también pueden evolucionar. Hoy día el debate no se encuentra tanto en si hay que otorgar vivienda a quienes la necesitan (esta obligación parece indiscutida) sino en el tipo de vivienda que se ha de otorgar conforme a la CE y, sobre todo, con qué instrumentos debe lograrse este objetivo⁵⁹.

En uno de los clásicos de la literatura norteamericana, Henry David THOREAU intentó convencernos (en 1845) de los excesos en nuestra demanda de vivienda, poniendo ejemplos de comunidades que incluso prescindieron de ella, pero se trataba más bien de casos excepcionales y su tesis no era neutral sino dirigida a demostrar que era posible vivir en el bosque⁶⁰: su argumentación por tanto no nos sirve. Es evidente que la vivienda exigida por la Constitución no es la máxima posible sino la adecuada al desarrollo de la libertad, que es el valor central a considerar, como tantas veces se ha dicho, en la fundamentación de los DFSP⁶¹. Recordemos nuestra propuesta

59. Al respecto, resulta significativa la experiencia estadounidense, por tratarse de un país con escaso desarrollo de políticas sociales: allí lo que se discute no es el qué sino el cuánto y sobre todo el cómo; *vid.* MARCUSE y KEATING, 2006, pp. 139 y ss.

60. THOREAU, 2005, pp. 81-87.

61. Entre las escasas propuestas sólidas de fundamentación del derecho a la vivienda que hemos encontrado destacamos la de WALDRON (1993, pp. 309 y ss.), que se basa precisamente en el valor de la libertad. WALDRON enumera una serie de actividades humanas que por distintas razones han de realizarse bajo techo y en privado, como cocinar, dormir, lavarse, hacer el amor, realizar funciones fisiológicas e incluso «estar sin más», no pudiéndose considerar realmente libres si han de hacerse en el espacio público (aparte el hecho de que muchas de ellas están prohibidas en dicho espacio): «una persona que no es libre de estar en un lugar no es libre para hacer algo» (p. 316).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de concreción de las necesidades básicas en el valor de la libertad: al menos, han de garantizarse aquellas necesidades que sirven a la concepción que de este valor se deduce de su desarrollo en derechos específicos reconocidos en el mismo texto constitucional⁶² (*supra*, IV, 3.3). Pues bien, entre todos ellos, baste citar dos: la intimidad y la salud⁶³. Es decir, como mínimo, la Constitución impone que todas las personas disfruten de una vivienda que les permita disponer de un ámbito de intimidad y adecuado a la evitación de futuras enfermedades. No se trata de reiterar ahora el concepto de vivienda que ya hemos descrito, conforme a nuestro ordenamiento, en el apartado anterior de este mismo capítulo sino tan sólo destacar nuevamente su trascendencia moral, pero también su delimitación, como un instrumento que ayude a trazar la siempre borrosa frontera entre contenido constitucional y contenido adicional. Quien disfruta de un chalet de 300 metros cuadrados con jardín y piscina no es más libre (no tiene más intimidad o más salud) que quien vive en un apartamento de 40 metros. La vida del primero será seguramente más cómoda pero la comodidad es algo distinto a la libertad y desde luego no es un valor constitucional. Cuántos metros cuadrados deba tener una vivienda (entre otras características) para que quien disfrute de ella pueda ser libre es algo a concretar por el legislador y a revisar, en su caso, por la doctrina y los tribunales.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. LA VIVIENDA COMO DERECHO DE DEFENSA

El derecho a la vivienda es simultáneamente un derecho de defensa y un derecho de prestación. Como derecho de defensa (perspectiva ésta desta-

-
62. La tesis de WALDRON podría ser contestada con el argumento siguiente: las actividades que malamente pueden hacerse en la calle no son derechos fundamentales sino mero derecho general de libertad, y por tanto poco importantes desde el punto de vista moral. A ello WALDRON replica (1993, esp. pp. 333-334) que se trata de presupuestos para el ejercicio de derechos fundamentales; en nuestra dogmática constitucional, p. ej., RUIZ-RICO, 2008, pp. 37 («requisito *sine qua non*») y 41 («soporte material»). El argumento es válido, al menos, en relación con la intimidad y en gran parte también en relación con la salud; para un desarrollo más detallado de este argumento, desde el punto de vista de la teoría de las capacidades, *vid.* KING, 2003.
63. La conexión con el derecho a la vida nos parece algo más forzada, al menos en realidades como la nuestra. En la Sentencia *Shanti Star Builders contra Naryan Khimali Tatome et al.*, del Tribunal Supremo de la India (SC 106, Apelación Civil n° 2598, de 1989), se señala que un lugar de residencia razonable es una necesidad básica para cumplir con el objetivo constitucional de desarrollo de la persona y debe interpretarse como un elemento incluido en la expresión «vida» del art. 21 de la Constitución.

cada por el TEDH⁶⁴, y por el Comité DESC⁶⁵) protege a quien ya disfruta de una vivienda digna y adecuada (la inmensa mayoría de la población española), frente a las intervenciones de los obligados por el derecho, consistentes en la privación misma de la vivienda o en la limitación de su disfrute. Normalmente estas intervenciones proceden de los particulares y el Estado tiene la obligación de proteger de las mismas a los titulares del derecho, salvo que dichas intervenciones se encuentren justificadas. El estudio de estas intervenciones (*infra*, 6.1) y de las garantías frente a ellas será realizado más adelante (*infra*, 5.2.2, 7.4 y 7.6).

Muchas de las garantías de la faceta defensiva del derecho protegen más bien su carácter objetivo, pues no se ven afectados de forma específica y concreta intereses individuales; tal sería el caso, por ejemplo, de las encaminadas a preservar la calidad de la vivienda establecida por el ordenamiento (inspecciones técnicas de edificios, autorizaciones). Si la falta de actuación administrativa afecta directamente a tales intereses individuales, cabe la exigibilidad judicial de las obligaciones correspondientes.

El derecho defensivo a la vivienda, entendido como derecho subjetivo en sentido estricto, protege frente a actuaciones que afecten de forma directa y actual al disfrute de una vivienda concreta. En esos casos, cabe siempre la exigibilidad del derecho ante la Administración o ante los tribunales.

La comprensión del derecho a la vivienda como derecho de libertad conduce a considerar que el disfrute de una vivienda digna y adecuada no puede imponerse⁶⁶. Es decir, no puede obligarse a nadie a vivir bajo techo⁶⁷. En coherencia con ello, las ayudas a la compra o el alquiler o el alojamiento de urgencia se otorgan a quienes lo solicitan.

4.2. LA VIVIENDA COMO DERECHO DE PRESTACIÓN

4.2.1. Consideraciones previas

Junto al trabajo, la vivienda es el objeto de los DFSP que de forma más

64. *Supra*, 1.3.1.

65. Sobre todo, *infra*, 6.1.

66. Cuando hay daño o amenaza de daño a los intereses de otros (p. ej., una vivienda que amenaza ruina poniendo en peligro la seguridad de las colindantes) no se impone el disfrute de la vivienda propia sino deberes de conservación de la misma, que obviamente es algo distinto.

67. Algunos Ayuntamientos, con o sin habilitación normativa, prohíben dormir en las calles. Esta intervención no afecta al derecho a la vivienda pues quien duerme en la calle carece precisamente de ella. Ya de paso advertimos que puede ser una buena ocasión para que los servicios municipales competentes propongan (no obliguen) a los sin techo a acudir a los alojamientos de urgencia, si los hubiere.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

habitual se obtiene en el mercado. En nuestro sistema constitucional económico parece difícil que sea de otro modo, pues el mercado de la vivienda es un sector productivo demasiado importante como para ser nacionalizado (*supra*, III, 4). Aquí sí puede servir el principio de subsidiariedad, que hemos rechazado con carácter general como criterio de interpretación de los DFSP (p. ej., *supra*, IV, 5.2.3): la vivienda ha de suministrarse a quienes no logran obtenerla por sus propios medios y el derecho a la vivienda es uno de los típicos DFSP cuyos titulares son sólo quienes carecen de los medios económicos necesarios (*supra*, IV, 5.1.1), como bien señala el artículo 34.3 CDF.

En este contexto, como regla general (y es también una constante histórica y del Derecho comparado), el Estado no suministra el bien jurídico (la vivienda, como ya ha sido definida –*infra*, 2–, a la luz de nuestro ordenamiento) en cuanto tal sino que ayuda, mediante típicas técnicas de fomento, a quienes no pueden obtenerlo por sus medios, a fin de que éstos puedan completar las cantidades necesarias para su financiación. Este elemento del derecho a la vivienda, que será estudiado en primer lugar, resulta en todo caso insuficiente, pues en determinadas circunstancias, más bien excepcionales, no basta con que el Estado complemente la financiación privada sino que ha de otorgarla por completo: quien carece totalmente de medios no necesita una mera ayuda sino la obtención del bien en sí, y esta prestación forma parte indiscutible del contenido del derecho fundamental (y el Derecho internacional lo avala con contundencia, *supra*, 1.3), diga lo que diga la normativa infraconstitucional⁶⁸. Denominaremos a este segundo bloque de

68. Últimamente, BORGIA SORROSAL, FERNÁNDEZ LÓPEZ y NAVAU MARTÍNEZ-VAL (2011, p. 183), con apoyo en GÁLVEZ (2001, pp. 928-929) vienen a señalar, de forma un tanto apodíctica, que el art. 47 CE incluye sólo un mandato de actuación a los poderes públicos, no un derecho subjetivo. La afirmación nos parece incorrecta, aunque sólo sea por el desconocimiento que implica de la misma literalidad del texto («derecho a»). Esta misma tesis se mantuvo en el trabajo pionero de GARCÍA MACHO (1982, pp. 204-205), con el habitual fundamento del art. 53.3 CE (en su lectura tradicional), y ello pese a reconocerse, ya entonces, la íntima conexión entre vivienda y dignidad (no llegamos a comprender por qué el art. 10.1 tiene menos peso en la argumentación que el art. 53.3). 27 años después, este autor aboga por una lectura menos rigurosa del art. 53.3 (GARCÍA MACHO, 2009, pp. 79 y ss.) y aunque parece afirmar (su postura no es clara al respecto) la justiciabilidad de un contenido mínimo del derecho a la vivienda sigue sin llegar a defender expresamente que en el art. 47 exista un derecho subjetivo. Una postura similar, que igualmente nos parece algo ambigua, es la de RUIZ-RICO (2008, pp. 28 y ss.), quien viene a sostener que el art. 47 CE garantiza «prestaciones habitacionales en caso de necesidad» (p. 29), luego que «se puede hablar [...] de un derecho social fundamental a la vivienda» (p. 37) y finalmente que «resulta más discutible [...] admitir que a partir del mandato [sic] enunciado en el artículo 47 se genere a favor de los ciudadanos una posición prestacional inmediata» (p. 41): al final, por tanto, no hay derecho fundamental propiamente dicho. RUIZ-RICO no se apoya tanto en el art. 53.3 como en la «dificultad, cuando no imposibilidad, de llevar a cabo un control de la omisión normativa o ejecutiva»; pues bien, como ya hemos demostrado,

situaciones como alojamiento de urgencia, sin duda el contenido esencial del derecho, al que dedicaremos un segundo apartado.

4.2.2. Las ayudas públicas al alquiler o a la compra

Las ayudas públicas van dirigidas tanto a la capacitación económica de la demanda como a la incentivación de la oferta, con la finalidad de aumentar el número de viviendas disponibles a precios asequibles. Las ayudas por el lado de la demanda tienden a garantizar el acceso a la vivienda como derecho subjetivo, mientras que las ayudas por el lado de la oferta, más bien a garantizar su contenido objetivo. Por ello, en este lugar estudiaremos las primeras, dejando las segundas para el apartado sobre las garantías. Nuestro análisis se circunscribe a la normativa estatal (sobre todo, RD 2066/2008, en adelante «el Plan»⁶⁹), que tiene carácter básico, y puede ser completada por la normativa autonómica.

Las ayudas encaminadas a facilitar el acceso a la vivienda pueden ser directas o indirectas:

- a) En cuanto a las *ayudas directas*, el Plan establece los precios máximos de venta de una vivienda protegida (arts. 25, 32 y 34) y la renta máxima que puede percibirse del arrendatario de una vivienda de este tipo, que debe figurar en el visado del contrato expedido por las Comunidades Autónomas y que puede actualizarse anualmente en función de la evolución del IPC. En algunos casos es posible ejercer una opción de compra, para lo que se fija un precio máximo de venta, del cual se deducirá al menos el 30 % de la suma de los alquileres satisfechos (arts. 24 y 26).

El titular de un contrato de arrendamiento (bien sea de vivienda nueva, usada, libre o protegida) cuyos ingresos familiares no excedan

la dificultad no es tal (*supra*, esp. IV, 6.2 y 6.3 y V, 3.3 y 3.7.3). Desde la relectura del art. 53.3 CE defienden últimamente la existencia de un derecho fundamental subjetivo a la vivienda, p. ej., PISARELLO (2009, p. 6), PONCE SOLÉ (2008, pp. 80 y ss., donde encontramos la defensa más completa y razonada de esta tesis, que plenamente suscribimos), PONCE SOLÉ y FERNÁNDEZ EVANGELISTA (2010, pp. 47 y ss.) o LÓPEZ RAMÓN (2011, pp. 13 y ss.). Nos reconforta encontrar en este último autor la claridad y contundencia que buscamos: «la ausencia o parquedad [del] desarrollo legislativo no puede equivaler a negación del derecho subjetivo» (p. 18). Asimismo, en la dirección que defendemos, DOMÍNGUEZ VILA, en prensa.

69. Se trata de un reglamento independiente, pues no parece desarrollo del RDley 31/1978 (el cual, por cierto, exigió al Gobierno la presentación –en seis días, sic– de un proyecto de ley sobre protección pública a la vivienda, obligación nunca cumplida). Como sabemos (*supra*, IV, 4.4.2), en materia de DFSP resultan lícitos este tipo de reglamentos, salvo que exista en la CE una reserva específica, lo que no es el caso (el art. 47 habla de «normas», no de «leyes»).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

de 2,5 veces el IPREM, puede obtener una subvención cuya cuantía máxima anual será del 40 % de la renta anual que se vaya a satisfacer, con el límite de 3.200 euros. La duración máxima de la subvención es de dos años (siempre que se mantengan las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento inicial del derecho a la ayuda) y no se puede obtener nuevamente hasta transcurridos al menos cinco años desde la fecha de su reconocimiento. La Comunidad Autónoma podrá hacer efectiva la subvención al beneficiario directamente o a través de la agencia o sociedad pública que se encargue de la gestión del arrendamiento. Esta ayuda es incompatible con la renta básica de emancipación regulada en el Real Decreto 1472/2007, y, en todo caso, tienen preferencia para su percepción determinados colectivos (arts. 38 y 39).

Se establecen también ayudas para la adquisición de viviendas protegidas de nueva construcción y de viviendas usadas. Las ayudas pueden consistir en préstamos convenidos y en la subsidiación de los mismos. Para obtener los préstamos convenidos, los adquirentes deben tener unos ingresos familiares que no excedan de 6,5 veces el IPREM, en tanto que para acogerse a las ayudas financieras para el primer acceso a la vivienda en propiedad, el límite está en 4,5 veces el IPREM (art. 40). Es habitual que las Comunidades Autónomas establezcan la necesidad de certificar unos ingresos mínimos familiares para acogerse a estas ayudas a fin de comprobar que el beneficiario tiene capacidad económica suficiente para hacerse cargo de la hipoteca (art. 40.2).

Los adquirentes en primer acceso a una vivienda en propiedad podrán ampliar el plazo de amortización de sus préstamos convenidos hasta un máximo de tres años, de acuerdo con la entidad de crédito, en caso de encontrarse en situación de desempleo que pudiera motivar la interrupción temporal en el pago de la cuota correspondiente (art. 42.5). El Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) subsidia los préstamos convenidos obtenidos por los adquirentes para el primer acceso en propiedad a viviendas protegidas de nueva construcción de régimen especial y general. También subsidia los préstamos convenidos para la adquisición de viviendas usadas cuyo precio de venta por metro cuadrado de superficie útil no exceda el de las viviendas de régimen general. El Plan fija la cuantía y los períodos de subsidiación (art. 43).

El Real Decreto 2066/2008 establece que las Comunidades Autónomas deben crear Registros Públicos de Demandantes, en los que de-

ben inscribirse obligatoriamente los demandantes de viviendas acogidas a las ayudas del Plan, ya sea en propiedad o en alquiler. Se trata de garantizar que la adjudicación de las viviendas protegidas se realiza de forma transparente, según los principios de igualdad, concurrencia y publicidad, bajo control de la Administración (art. 3 b) y DT 6ª).

Respecto a la adjudicación de las viviendas, es habitual que los Ayuntamientos requieran un período de empadronamiento. Reproducimos al efecto lo dispuesto en el Informe anual del Defensor del Pueblo para el año 2007, quien se hace eco, a su vez, de la recomendación 15/2006, de 20 de junio, formulada por el Ararteko al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en la que establece que «la necesidad de establecer la residencia habitual e incluso un período de tiempo de empadronamiento, puede resultar un requisito válido para la finalidad de establecer una adecuada planificación y asignación de recursos por los poderes públicos en función de la realidad demográfica de cada localidad, por otro lado, se evita la movilidad entre municipios de las personas, inducida únicamente por la existencia de viviendas de protección oficial de promoción local a sortear». Ahora bien «exigirlo durante un período de tiempo no puede convertirse en la práctica en un obstáculo para aquellos ciudadanos que en ejercicio de la movilidad que requiere hoy día las actuales exigencias sociales, profesionales, o con base en la libertad deambulatoria, cambian de municipio o incluso de Estado», por lo que, concluye el Defensor del Pueblo, debe ajustarse al principio de proporcionalidad. Por otro lado, debe recordarse que los Ayuntamientos carecen de potestades para normar en materia de viviendas protegidas, por lo que en el establecimiento de un período de empadronamiento deben adecuarse a los términos establecidos en la normativa autonómica aplicable.

Por otra parte, es habitual que la vivienda protegida se adjudique por sorteo, pero ¿garantiza este sistema la equidad?⁷⁰. Son muchos los que consideran injusto y arbitrario incluir en el mismo «paquete» a personas de distintas características socio-económicas. A su favor puede decirse que garantiza la mezcla social. Además, teniendo en

70. Este sistema ya estaba previsto en el Proyecto de Ley de 1878 sobre construcción de barriadas de obreros. En él se propone que la Administración suministre terrenos para la construcción de viviendas destinadas a las clases trabajadoras, y la concesión de exenciones fiscales para su construcción. Las viviendas construidas se adjudicarían por sorteo.

cuenta la enorme desproporción que existe entre oferta y demanda, abandonar la resolución a los datos surgidos de un baremo tampoco garantiza la equidad en la adjudicación. Muchas personas podrían considerar injusto el sistema de puntuación, y, en cualquier caso, es posible que la oferta no cubriese todas las demandas con perfiles similares. Además, el sorteo público garantiza la transparencia. En todo caso, para hacer la adjudicación lo más equitativa posible, las Administraciones han introducido diferentes mecanismos⁷¹.

El Real Decreto 1472/2007 regula la renta básica de emancipación de los jóvenes, consistente en un conjunto de ayudas directas, con cargo a los presupuestos del Ministerio de Vivienda (hoy Fomento), destinadas al apoyo económico para el pago del alquiler de la vivienda que constituye su domicilio habitual y permanente. Los requisitos para percibirla son: a) tener una edad entre 22 y 30 años; b) ser titular del contrato de arrendamiento de la vivienda en la que residan con carácter habitual y permanente; c) disponer de una fuente regular de ingresos inferiores a 22.000 euros brutos anuales; d) poseer nacionalidad española o de un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo. Los extranjeros no comunitarios deben tener residencia legal y permanente en España. La ayuda consiste en una cantidad mensual de 210 euros durante un máximo de cuatro años y mientras se mantengan las condiciones que habilitan para el reconocimiento del derecho a esta ayuda. También se otorga una cantidad única de 120 euros, por una sola vez, si se constituye aval con un avalista privado como garantía del arrendamiento; y un préstamo sin intereses de 600 euros, por una sola vez, reintegrable cuando se extinga el contrato de alquiler o se deje de percibir la renta mensual de emancipación que establece el Real Decreto. Co-

-
71. P. ej., el Decreto 138/2007, de Canarias, establece que dentro de cada promoción pública de viviendas protegidas se establecerá un cupo general, al que se asignará al menos el 50 % de las viviendas, y una serie de cupos especiales atendiendo a las circunstancias específicas de los demandantes de viviendas. Dentro de cada cupo, y salvo que el número de viviendas asignadas a cada cupo sea igual o superior al número de demandantes, la adjudicación se realiza por sorteo. También la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, establece un cupo general, en el que las viviendas se adjudican por sorteo (el sorteo puede dividirse en bloques formados por solicitantes situados en varios tramos de ingresos o en varios grupos de interés, para asegurar la mixtura social), y cupos especiales, en los que las viviendas no se otorgan por sorteo, sino a través de un baremo que tiene en cuenta las circunstancias personales y de la unidad de convivencia. Por su parte, la Ley Foral 10/2010, del Derecho a la Vivienda en Navarra, descarta el sorteo y dispone que las viviendas protegidas se adjudicarán mediante la aplicación de un baremo.

responde el reconocimiento de esta ayuda, de forma reglada, a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

Otra iniciativa dirigida a los jóvenes son los programas lanzados por algunas Administraciones autonómicas y locales, desde las áreas de servicios sociales, así como entidades privadas, que, bajo el nombre común de «Vive y Convive» consiste en la localización de alojamientos para estudiantes en domicilios de personas mayores que presentan problemas de soledad y necesitan compañía. Normalmente, se proporciona, además, una prestación económica mensual para la persona mayor en concepto de ayuda por los gastos surgidos en su domicilio.

Finalmente, deben tenerse en cuenta las actividades de mediación llevadas a cabo por las Administraciones Públicas, por sí mismas o en coordinación con entidades privadas, y que velan por la obtención de contratos con rentas asequibles para los usuarios. En el marco estatal, desde 2005, la Sociedad Pública de Alquiler, sociedad anónima adscrita al Ministerio de Vivienda (hoy Fomento), presta sus servicios de intermediación en el mercado del alquiler. A través del Programa SPAVIV, los propietarios ponen a disposición las viviendas que deseen alquilar firmando un contrato de gestión con la Sociedad Pública de Alquiler durante un período de cinco años prorrogable en los términos que establezcan las partes. La Sociedad garantiza al propietario la percepción de la renta fijada en el contrato de gestión firmado con la entidad pública (a estos efectos la Sociedad contrata un seguro de impago), y la devolución de la vivienda en las mismas condiciones en que fue entregada, para lo que se contrata una Póliza Multirriesgo con una compañía aseguradora, y la gestión directa de las incidencias que puedan producirse durante el arrendamiento. La vivienda debe hallarse en perfectas condiciones de habitabilidad; de necesitarse alguna reforma se ofrece a los propietarios la gestión de las reformas necesarias y su financiación a través de un préstamo blando con la entidad crediticia con la que la Sociedad tiene convenio. El propietario se hace cargo de los gastos para el adecuado sostenimiento del inmueble incluyendo tributos y cuotas por Comunidad de Propietarios. También con el objeto de dinamizar el mercado de alquiler de viviendas, la Sociedad ofrece otro producto denominado «Alquiler seguro», a través del cual, para un contrato de arrendamiento no gestionado a través de la Sociedad Pública de Alquiler (teniendo en cuenta que el importe del alquiler no debe ser superior al 35 % de los ingresos netos de la unidad de convivencia), se ofrece

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

al propietario asesoramiento jurídico y una póliza de seguros. Las Administraciones autonómicas y locales disponen de servicios muy similares⁷².

- b) En cuanto a las *ayudas indirectas*, se dirigen en primer lugar a fomentar la construcción de viviendas protegidas. El Plan establece que la actuación para la que se solicita financiación debe haber sido calificada como protegida por las Comunidades Autónomas (art. 3). Por lo tanto, la Administración autonómica debe dictar el oportuno acto administrativo de carácter reglado que, en su caso, dará lugar al reconocimiento de la ayuda solicitada, tras verificar que se cumplen los requisitos que en cada caso habilitan para acceder a dichas ayudas. Para construir una vivienda de protección pública debe obtenerse la cédula de calificación provisional de la misma (en el supuesto de que, una vez finalizada, se compruebe que la construcción se corresponde al proyecto aprobado en la calificación provisional, podrá obtenerse la calificación definitiva de la vivienda), que dará derecho a los beneficios establecidos en el Plan (arts. 27, 28 y 33). Para obtener ayudas para actuaciones de reforma y rehabilitación, o para adquirir y urbanizar suelo para la construcción de viviendas protegidas, la concreta actuación deberá ser calificada como protegida (arts. 46, 50, 58 y 65). Y para obtener las ayudas establecidas para el acceso a una vivienda el solicitante deberá obtener el oportuno visado de contrato de compraventa o arrendamiento (arts. 24 y 42).

Desde luego, el disfrute de las ayudas exige el cumplimiento de los requisitos determinados en el Plan y los que puedan establecer las Comunidades Autónomas en uso de sus competencias. Su incumplimiento conllevará su retirada y reintegro de los beneficios percibidos

72. Destacamos el Programa Bizigune del Gobierno vasco. En virtud del contrato firmado entre la sociedad pública SPGVA y el propietario de la vivienda, éste cede la vivienda a la sociedad por un plazo mínimo de cinco años a cambio del percibo de una renta en atención a los precios del mercado de la zona en la que la vivienda se encuentra ubicada (deducidos los gastos de gestión y obras de reforma necesarias para su habitabilidad y arrendamiento posterior), sin que la renta de referencia pueda superar los 660 euros al mes. Pueden acceder en arrendamiento a dichas viviendas las personas inscritas en el Registro de solicitantes de vivienda de protección oficial o Servicio Vasco de Vivienda (Etxebide); SPGVA selecciona a los arrendatarios, que abonarán la renta establecida por la sociedad con arreglo a la tasación que realice en función de los precios y rentas del mercado inmobiliario. En cualquier caso, de acuerdo a la Orden de 22 de abril de 2003, en atención a la finalidad social del «Programa de Vivienda Vacía», se concederá al arrendatario una subvención anual, descontada del importe de la renta, a fin de que ésta no supere el 30 % de los ingresos brutos de la unidad convivencial.

y, en su caso, la incoación del oportuno expediente sancionador. De manera fundamental, las viviendas deben destinarse a residencia habitual y permanente del propietario o inquilino, y estar ocupadas por los mismos dentro de los plazos que la normativa establezca. El Plan (art. 6) establece que la duración del régimen de protección de las viviendas será permanente, mientras subsista el régimen del suelo, si las viviendas se promovieron en suelo destinado por el planeamiento a vivienda protegida o en suelo dotacional público, y en todo caso durante un plazo no inferior a 30 años (que las Comunidades Autónomas pueden elevar)⁷³. Tratándose de la adquisición protegida de viviendas usadas (viviendas de precio tasado), se limitan los precios máximos de venta en las sucesivas transmisiones durante el período que establezca la Comunidad Autónoma y no inferior a 15 años (art. 6).

Las ayudas establecidas en el Plan son de tres tipos:

- Préstamos convenidos: los conceden las entidades de crédito que han suscrito el correspondiente convenio de colaboración con el Ministerio de Vivienda (hoy Fomento), con las condiciones establecidas en el mismo. Están exentos de comisiones. El tipo de interés puede ser fijo o variable. Si se establece un tipo de interés variable, el Plan de Vivienda determina que será el euribor a 12 meses publicado por el Banco de España el mes anterior al de la fecha de formalización más un diferencial variable en función de la concreta actuación protegida, revisándose cada 12 meses en función de los cambios del euribor. En el caso de establecerse un interés fijo, éste será el fijado en los convenios de colaboración entre el Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) y las entidades de crédito (art. 12). Lo habitual será que el préstamo cualificado se conceda al promotor y, una vez obtenida la vivienda la cédula de calificación definitiva y visado el contrato de compraventa del adquirente, éste se subrogue en el pago de la carga hipotecaria del préstamo, pero, como veremos, el préstamo convenido también

73. El art. 78 de la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, p. ej., establece que «las viviendas de protección oficial no pueden descalificarse en ningún caso por interés del propietario o propietaria. La descalificación sólo es posible por razones de interés público vinculadas a las necesidades de la vivienda, previamente justificadas y aprobadas por el departamento competente en materia de vivienda». La reversibilidad de la protección ha impedido la consolidación de un parque público de viviendas; a su vez, y teniendo en cuenta la posibilidad de vender el inmueble a precio de mercado una vez superado el período de protección, ha propiciado la venta fraudulenta de viviendas protegidas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

puede otorgarse directamente al beneficiario último de la actuación protegida.

- Subsidios de préstamos convenidos: se cifra en un número de euros anuales por cada 10.000 euros de préstamo convenido, y depende de la cuantía del préstamo, del nivel de ingresos familiares del prestatario y de la modalidad de actuación protegida. Corre a cargo de los presupuestos del Ministerio de Vivienda (hoy Fomento). La cuantía anual de la subsidiación es descontada por las entidades de crédito de las cuotas que corresponderían en concepto de amortización de capital e intereses, o sólo de intereses en el período de carencia, cuando proceda, en la parte prorrateada que corresponda a cada vencimiento (art. 14).
- Subvenciones, cuyo abono es gestionado por las Comunidades Autónomas (art. 13).

Por otro lado, también como ayudas indirectas puede aludirse a las contenidas en la legislación tributaria, y en cuyos detalles no podemos entrar⁷⁴; así, hay deducciones del IRPF⁷⁵, exenciones del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁷⁶, reducciones en la base imponible del Impuesto de

74. Para una panorámica general, GARCÍA CALVENTE, 2005, o COMBARROS VILLANUEVA, 2010, pp. 291 y ss.

75. Respecto al tramo estatal del IRPF, el art. 68 de la Ley 35/2006 establece a favor de los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 24.107 euros anuales una deducción sobre la cuota íntegra del 7,5 % de las cantidades satisfechas en el período de que se trate por la adquisición o rehabilitación de la vivienda que constituya o vaya a constituir la residencia habitual del contribuyente. La base máxima de esta deducción será de 9.040 euros anuales o de 17.707 euros anuales, dependiendo de la base imponible. Con las mismas condiciones, puede aplicarse esta deducción por las cantidades que se depositen en entidades de crédito (deducción por cuenta vivienda), siempre que se destinen a la primera adquisición o rehabilitación de la vivienda habitual, con el límite, conjuntamente con el anterior, de 9.015 euros anuales. En el tramo autonómico, de acuerdo por el art. 78 y a falta de otro porcentaje aprobado por la Comunidad Autónoma, se aplicará un 4,95 % sobre la cuota íntegra. Igualmente, en el tramo estatal del IRPF se establece una deducción por alquiler de la vivienda habitual del 10,05 % de las cantidades satisfechas en el período impositivo por el alquiler de su vivienda habitual, siempre que su base imponible sea inferior a 24.107 euros anuales. La Ley 22/2009 confiere poder normativo a las Comunidades Autónomas para el establecimiento de deducciones, con lo cual habrá que estar a la normativa autonómica. Así, p. ej., el Decreto Legislativo 1/2010, de la Comunidad de Madrid, establece, sobre la cuota íntegra autonómica una deducción por arrendamiento de vivienda habitual para menores de 35 años. La deducción es del 20 %, con un máximo de 840 euros, sobre las cantidades que hayan satisfecho en el período impositivo por el arrendamiento de su vivienda habitual, siempre que superen el 10 % de la base imponible.

76. El art. 45 del RDLeg 1/1993, establece una serie de exenciones del Impuesto: a) las

Sucesiones y Donaciones⁷⁷, tipos reducidos del IVA⁷⁸ o bonificaciones en la cuota del Impuesto de Bienes Inmuebles⁷⁹.

Hasta aquí la sucinta descripción del marco general de las ayudas públicas al alquiler y a la compra de una vivienda, primera determinación normativa del contenido del derecho a la vivienda, entendido como derecho de prestación. El primer problema constitucional que suscita la lectura de esta normativa es hasta qué punto este tipo de ayudas pueden ser exigidas como derechos subjetivos. Desde una lectura apresurada, el Plan parece moverse en la lógica tradicional de las potestades discrecionales y lejos de la óptica

escrituras públicas otorgadas para formalizar la primera transmisión de viviendas de protección pública, una vez obtenida la calificación definitiva; b) la constitución de préstamos hipotecarios para la adquisición exclusiva de viviendas de protección pública. Las Comunidades Autónomas han adquirido competencias normativas para establecer el tipo de gravamen en este Impuesto para las transmisiones patrimoniales onerosas y, en su caso, deducciones y bonificaciones de la cuota. Tratándose de la transmisión de bienes inmuebles, dispone el art. 11 del citad RDLeg que, a falta de fijación del tipo por la Comunidad Autónoma, será de un 6 %. Sin embargo, las Comunidades Autónomas han establecido tipos reducidos tratándose de vivienda habitual; p. ej., el Decreto Legislativo 1/2010 de Madrid fija un tipo reducido del 4 % cuando se trata de la transmisión de un inmueble que vaya a constituir la vivienda habitual de una familia numerosa en lugar del 7 % que fija con carácter general. Las Comunidades Autónomas también pueden regular, en la modalidad de actos jurídicos documentados, el tipo de gravamen de los documentos notariales y, en su caso, deducciones y bonificaciones de la cuota. En este caso, establece el art. 31 del RDLeg 1/1993 que las primeras copias de escrituras y actas notariales tributarán al tipo de gravamen que establezcan las Comunidades Autónomas, y si éstas no lo hubieran aprobado, se aplicará el 0,50 %. Algunas Comunidades Autónomas establecen, de nuevo, tipos reducidos.

77. De acuerdo al art. 48 de la Ley 22/2009, las Comunidades Autónomas pueden regular las reducciones aplicables en la base imponible a las transmisiones *inter vivos*. Algunas Comunidades Autónomas han establecido bonificaciones importantes a favor de las adquisiciones realizadas por determinados familiares, con incidencia, desde luego, en el ámbito de la vivienda, tanto si fueran donaciones en metálico o en especie; p. ej., la Comunidad de Madrid establece una bonificación del 99 % en la cuota tributaria derivada de las donaciones *inter vivos*.
78. El art. 91 de la Ley 37/1992 establece un tipo reducido del 8 % para la adquisición de cualquier vivienda, en tanto que el tipo se reduce al 4 % para las viviendas calificadas administrativamente como de protección oficial de régimen especial o de promoción pública, cuando las entregas se efectúen por sus promotores.
79. El art. 73 del RDLeg 2/2004 establece que tienen derecho a una bonificación del 50 % en la cuota íntegra del IBI durante los tres períodos impositivos siguientes al del otorgamiento de la calificación definitiva, las viviendas de protección pública. Además, los Ayuntamientos podrán establecer una bonificación de hasta el 50 % en la cuota íntegra del Impuesto, a esos mismos inmuebles una vez transcurrido el plazo previsto de tres años. La ordenanza fiscal determinará la duración y la cuantía anual de esta bonificación. Asimismo, el art. 74 permite a las ordenanzas fiscales prever una bonificación de hasta el 90 % de la cuota íntegra del IBI a favor de aquellos sujetos pasivos que ostenten la condición de titulares de familia numerosa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

propia de los DFSP. Sin embargo, aunque en el Plan no encontramos un expreso reconocimiento general del derecho a la vivienda, hay algunos atisbos en esa dirección⁸⁰ y resulta claro que el Plan es una primera forma de desarrollo del artículo 47 CE, por mucho que su autor parezca ocultarlo⁸¹. Es decir, si las ayudas sirven al acceso a una vivienda concreta, pueden ser exigidas por los titulares del derecho a la vivienda como derechos subjetivos, y ello pese a que la ley esté redactada en términos de meras obligaciones administrativas (*supra*, IV, 4.4.3 e *infra*, 7.5).

Para concluir este apartado se impone una valoración conjunta de la normativa que hemos descrito, a la vista de su contexto y desde la óptica de las finalidades impuestas por la CE, que aparecen presididas, no se olvide, por la efectividad del disfrute de una vivienda concreta (no ilusoria), digna y adecuada por todos los ciudadanos.

Veamos en primer lugar el reparto entre propiedad y alquiler. Aunque en los últimos años se han incrementado los arrendamientos⁸², en España resulta preocupante la escasez del parque de vivienda en alquiler. Según el Censo de Población y Viviendas 2001⁸³, el 82 % de las familias residen en viviendas de su propiedad, frente a un 11,4 % en alquiler, el porcentaje más bajo de la Unión Europea⁸⁴. Esta escasez de vivienda de alquiler perjudica gravemente a las clases más vulnerables, que ni con ayudas públicas pueden acceder a la propiedad de una vivienda⁸⁵. Además, según datos del Comité

80. P. ej., el art. 1.1 habla de «derecho a protección preferente».

81. No deja de resultar sorprendente este «olvido» del Gobierno: en el Preámbulo del Plan ni siquiera se cita el art. 47 CE (tampoco el art. 149.1.1 sino el 149.1.13 en la DF 1ª) y en el art. 1.1 se dice que «Podrán ser beneficiarios [en vez de "tienen derecho a"] de las ayudas». Si el Gobierno «olvida» la CE, la doctrina y la jurisprudencia están obligadas a recordársela.

82. El Estudio del Mercado de Alquiler de Vivienda de AGUIRRE NEWMAN destaca cómo el mercado de alquiler se está reactivando ante las dificultades crediticias y la coyuntura socio-económica. Se estima, según este estudio, que en 2009 el parque de viviendas en alquiler se incrementará un 15,5 % respecto a 2007. Puede verse un resumen de este estudio en: http://www.aguirrenewman.com/eventos/estudios/Estudio%20del%20mercado%20de%20alquiler%20de%20vivienda_nov08.pdf.

83. Los datos pueden consultarse en <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/folletocenso01/pags36-42.pdf>.

84. La media europea supera el 32 % de viviendas en alquiler y países como Alemania y Holanda mantienen porcentajes del 53 y 45 %, respectivamente.

85. Además, limita las posibilidades de emancipación de los más jóvenes, con repercusiones en la tasa de natalidad, así como la movilidad geográfica de los trabajadores, obstaculizando una eficiente asignación de la mano de obra, con su repercusión en la caída de la tasa de desempleo y el mal uso de las capacidades dotadas desde el sistema educativo. Asimismo, coarta las posibilidades educativas de aquellos que necesitan trasladarse a otras zonas de la geografía por motivos formativos.

Europeo de Coordinación de la Vivienda Social (CECODHAS)⁸⁶, tan sólo un 1 % del parque de vivienda corresponde a vivienda social en alquiler, en tanto que en Holanda o Reino Unido equivale al 35 y 21 %, respectivamente. Ampliar ese mercado de oferta de alquiler social es vital para dotar a los estratos de población con menores ingresos de viviendas a las que puedan acceder de acuerdo a sus posibilidades económicas⁸⁷.

A los datos tan pobres en el mercado de la vivienda en alquiler no han sido ajenas las políticas públicas desarrolladas hasta el momento. Tanto las medidas fiscales implementadas como las ayudas directas establecidas a través de los Planes de Vivienda han mantenido su tradicional tendencia de beneficiar el mercado de vivienda en propiedad. El estrangulamiento del mercado de alquiler tiene sus causas tanto en una legislación arrendaticia muy proteccionista con el inquilino como en la batería de ayudas a la compra establecida por los poderes públicos. Así, si por el lado de la oferta nos encontramos con propietarios poco proclives a arrendar, por el lado de la demanda las ayudas otorgadas a la compra y una coyuntura (hasta tiempos recientes) favorecedora del endeudamiento, debido al descenso de los tipos de interés y la dilatación de los plazos para la amortización de las hipotecas, han hecho poco atractiva la alternativa arrendaticia.

El gasto público en vivienda está conformado por ayudas directas e indirectas⁸⁸. Dos tercios del total están conformados por ayudas indirectas, fundamentalmente vía deducciones en el IRPF por la compra de vivienda habitual. Este tipo de beneficios es altamente cuestionado. La OCDE no cesa de reclamar su progresiva eliminación⁸⁹, por más que la medida pueda tener un coste político importante. Los incentivos fiscales a la compra de vivienda no sólo suponen un perjuicio evidente a las clases más desfavorecidas, quienes de forma principal deben ser protegidas por la política de vivienda, sino que

86. Los datos pueden consultarse en http://www.cecodhas.org/index.php?option=com_content&task=view&id=77&Itemid=119.

87. Éste es el hilo conductor del trabajo de BORGIA SORROSAL, FERNÁNDEZ LÓPEZ y NAVAU MARTÍNEZ-VAL, 2011, donde se describen y valoran las últimas reformas, que son consideradas globalmente positivas aunque todavía insuficientes. *Vid.* también PISARELLO, 2009, pp. 9 y ss. y, con abundantes datos estadísticos (aunque algo antiguos, la tesis de fondo puede mantenerse), CABRERA CABRERA, 2001.

88. Durante el período comprendido entre 1997 y 2002, las dotaciones presupuestarias redujeron de forma progresiva y considerable su peso sobre el PIB, produciéndose un evidente abandono de la política de vivienda durante este período y dejando su provisión en manos del mercado, muy en detrimento de la vivienda protegida; *vid.* SÁNCHEZ MARTÍNEZ, 2004.

89. *Vid.*, p. ej., los estudios sobre la economía de España de 2005, 2007 y 2008: <http://www.oecd.org/dataoecd/53/3/34586052.pdf>; <http://www.oecd.org/dataoecd/6/17/37916699.pdf>; <http://www.oecd.org/dataoecd/6/18/41684807.pdf>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

afectan de manera negativa a la economía en general. En primer lugar, su aliento sobre el aumento de la demanda y teniendo en cuenta la inelasticidad a corto plazo de la oferta de viviendas, provoca que estos incentivos acaben trasladándose a los precios de las viviendas. Es decir, acaban directamente en manos de los promotores; en contrapartida, las Administraciones Públicas ven limitada su capacidad recaudatoria. En segundo lugar, tienen un evidente efecto regresivo. Como destaca SÁNCHEZ MARTÍNEZ, a pesar de que deben fomentarse aquellas figuras impositivas que contengan un mayor signo de progresividad y que afecten en mayor medida al volumen de renta y riqueza, todas las evidencias apuntan a que este tipo de incentivos favorecen a los contribuyentes con mayores niveles de renta, lo que los hace regresivos⁹⁰. En tercer lugar, conducen a una asignación ineficiente de los recursos productivos. La inversión en la compra de viviendas hace que parte del ahorro nacional tenga como destino el sector de la construcción en detrimento de sectores más productivos, limitándose así las posibilidades de crecimiento económico del país y, por lo tanto, el bienestar general.

La OCDE aboga por la progresiva supresión de las deducciones de compra y alquiler de vivienda y apuesta por los subsidios directos al alquiler a favor de las personas que los necesitan y mientras los necesitan, previa acreditación de su capacidad económica. Desde luego, éste parece el mecanismo más sensato para hacer efectivo el derecho a la vivienda. Se critica igualmente que el Plan, a pesar de aumentar notablemente su atención hacia el alquiler social⁹¹, siga centrado en la compra de las viviendas. A nuestro juicio, independientemente del ámbito temporal de su afectación social, las ayudas sociales deben destinarse a quien las necesita y durante el tiempo que las necesita. Limitar la valoración de su necesidad al momento de adjudicación de las viviendas incumple la finalidad de las medidas, por no recordar los casos de fraude que, en segundas transmisiones se producen con relativa frecuencia, o el destino que en ocasiones se da a estas viviendas, a pesar de los mecanismos sancionadores existentes al respecto. Parece lógico pensar que la vivienda social deba ser de alquiler y no en propiedad, sin perjuicio de otras formas de tenencia, como la cesión de uso o el usufructo.

Así las cosas, debemos pronunciarnos sobre la trascendencia constitucio-

90. No está de más recordar que según el art. 31.1 CE los ciudadanos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad.

91. En su Exposición de Motivos establece como objetivo conseguir que del total de actuaciones relacionadas con la oferta de vivienda protegida, no menos del 40 % sea destinada al alquiler.

nal de nuestra valoración, pues ésta no es una obra de análisis de políticas públicas sino de Derecho. Pues bien, las normas reguladoras de las ayudas a la compra y al alquiler de viviendas pueden calificarse como más o menos acertadas pero no como claramente inconstitucionales; la CE favorece un diseño legal más próximo a la línea que acabamos de defender (como tantas veces hemos afirmado en esta obra, la Constitución puede cumplirse «más o menos») pero no permite calificar como contraria a su texto la normativa vigente. Desde nuestra perspectiva, lo decisivo es verificar si la determinación normativa del contenido del derecho del artículo 47 CE resulta o no suficiente al logro de su finalidad, pero para ello debemos analizar el ordenamiento en su conjunto. Adelantemos que si quien necesita vivienda no logra obtenerla mediante las ayudas públicas que hemos descrito en este apartado deberá acceder a un alojamiento de urgencia, en los términos que veremos a continuación.

4.2.3. El alojamiento de urgencia

Aun cuando los mecanismos de fomento previstos en los planes estatal y autonómicos funcionen adecuadamente, todavía quedarán personas sin poder acceder a una vivienda digna. La normativa sobre ayudas a la compra o el alquiler suele establecer cupos de reserva para atender situaciones de especial necesidad, en cuyo caso la adjudicación de una vivienda se realiza según baremo pero aun así no garantiza la disponibilidad inmediata de una vivienda. Para los casos de necesidad urgente, fuera de las subvenciones que ya conocemos, podemos hablar de alojamiento de urgencia, emergencia social o, como dice alguna normativa, provisional. Estas calificaciones sugieren que su supuesto de hecho son situaciones de carácter extraordinario, que requieren una respuesta rápida del poder público⁹². La nota de provisionalidad hace referencia no tanto a la brevedad en el tiempo del alojamiento (aunque esa brevedad es siempre deseable) como al presupuesto del que implícitamente se parte: en línea con la concepción que venimos defendiendo, el principio de subsidiariedad lleva a considerar que el Estado ha de garantizar la vivienda cuando en una situación determinada una persona no puede obtenerla por sus medios o cuando (añadiríamos) carece de salario (o de renta de inserción suficiente), prestaciones de Seguridad Social o acceso a servicios públicos que incluyan el alojamiento; es decir, si los demás DFSP fueran efectivos, el alojamiento resultaría innecesario. Esta concepción sistemática de los DFSP impone también aprovechar la prestación de alojamiento para verificar el cumplimiento de los demás derechos sociales, más si parti-

92. Para una panorámica de las posibilidades de actuación en este campo, p. ej., ROSENTHAL y FOSCARINIS, 2006, pp. 316 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mos del dato de que la mayoría de las personas sin hogar (unas 30.000 en toda España) viven en una situación de exclusión⁹³, derivada sobre todo del incumplimiento de otros derechos sociales⁹⁴.

El alojamiento de urgencia parece un contenido indiscutido del derecho fundamental; más adelante veremos que es, además, contenido esencial. Tal y como afirmó el Relator Especial SACHAR en 1993⁹⁵, el derecho a la vivienda no implica que el Estado deba construir viviendas para toda la población o suministrar vivienda gratuitamente a todos los que la soliciten. Sin embargo, los Estados que han ratificado el PIDESC han asumido la obligación de satisfacción mínima del derecho, utilizando el máximo de recursos disponibles, y esa obligación es claramente, añadimos nosotros, una obligación de resultado. De poco servirían políticas públicas y ayudas normativamente establecidas si no puede lograrse lo mínimo, que quienes objetivamente necesitan una vivienda, dispongan de ella. En definitiva, parece incuestionable que, si bien los poderes públicos no tienen la obligación de proveer de una vivienda unitaria a todos los ciudadanos, sí deben asegurar la realización efectiva del derecho a una vivienda digna. Desde el punto de vista de la vivienda como derecho de prestación, es posible que en unos casos sea suficiente la realización de labores de intermediación en el mercado de la vivienda, localizando un alojamiento adaptado a las necesidades y recursos del solicitante. Sin embargo, en otros supuestos, los poderes públicos deberán proporcionar de manera directa un alojamiento digno o una ayuda económica suficiente, pues resulta contrario a la dignidad que una persona se encuentre sin techo.

Dentro del alojamiento de urgencia cabe incluir las subvenciones que cubren prácticamente los costes de un arrendamiento, temporal por definición⁹⁶. Sin embargo, como regla general, el alojamiento de urgencia, en

93. Algunos datos empíricos en NAVARRO RUIZ, 2006.

94. En general, DOHERTY, 2005. Para un análisis más concreto y próximo del colectivo, en algunos ámbitos territoriales (pero con conclusiones extrapolables a toda España), p. ej., DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, 2006, o FAJARDO BULLÓN, 2010. Con buen criterio, el DEFENSOR DEL PUEBLO (*Informe 2007*, p. 781), en línea con estos dos trabajos, afirma: «es responsabilidad de la Administración Pública la atención a las personas sin hogar; pero la solución no pasa únicamente por ofrecer un lugar donde dormir y unos servicios básicos, sino también por la promoción de la inclusión social y la autonomía, pues, no en vano, se trata de un colectivo que a menudo sufre un fuerte deterioro físico y psíquico [...] que limita sus posibilidades de inserción social y laboral».

95. Informe E/CN.4/Sub.2/1993/15, de 22 de junio de 1993: <http://www.cajpe.org.pe/guia/desc/inf93.htm>.

96. Así, p. ej., la Orden de 4 de febrero de 1999 de la Comunidad de Madrid establece una posibilidad de reducción del precio de renta de hasta el 95 %, en función de los ingresos familiares y el número de miembros de la unidad familiar. De manera similar, el Decreto 2/1999 de Andalucía, por el que se regula el Programa de Solidaridad de

tanto situación provisional y perentoria, no tiene lugar mediante ayudas al arrendamiento sino más bien mediante la puesta a disposición, normalmente sin coste alguno, de dependencias de uso compartido, es decir, se concreta más bien en un derecho de habitación, no en un derecho a una vivienda independiente de uso exclusivo⁹⁷. Esta circunstancia plantea, como es obvio, el problema añadido de las condiciones de vida en este tipo de viviendas⁹⁸.

Desde una lógica similar a la del antiguo artículo 45 del Real Decreto 3148/1978 (que permanece vigente con carácter supletorio), el actual Plan estatal de Vivienda prevé ayudas para la construcción de «alojamientos protegidos para colectivos especialmente vulnerables»⁹⁹. La promoción de estos alojamientos puede ser de iniciativa pública o privada (art. 35), y su régimen de ocupación puede ser el arrendamiento protegido o cualquier otro que autoricen las Comunidades Autónomas. Igualmente, la duración del contrato

los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía, fija una subvención de hasta el 90 % de la renta de las viviendas de promoción pública adjudicadas a unidades familiares beneficiarias del Ingreso Mínimo de Solidaridad.

97. La encuesta sobre las personas sin hogar presentada el 14 de diciembre de 2005 por el Instituto Nacional de Estadística define la persona sin hogar como alguien que no tiene acceso a un alojamiento que cumpla los criterios de habitabilidad humana comúnmente aceptados, tanto si el alojamiento es legalmente de su propiedad como si es alquilado, u ocupado de forma gratuita con permiso del propietario, o bajo contrato u otro acuerdo de naturaleza no temporal. Se incluyen, por lo tanto, todos los que están obligados a dormir temporalmente: a) en la calle; b) en edificios que comúnmente se considera que no reúnen condiciones para la habitabilidad humana; c) en alojamientos de emergencia proporcionados por el sector público u organizaciones no gubernamentales; d) en alojamientos colectivos de larga estancia proporcionados por el sector público u organizaciones no gubernamentales (centros de no-emergencia, refugios para mujeres maltratadas, centros de internamiento para solicitantes de asilo o inmigrantes irregulares); e) en pensiones o casas de huéspedes; f) en otros alojamientos de corta estancia; g) en casas ocupadas. A nuestro juicio, la CE exige eliminar la situación a) y convertir las situaciones b) a g) en provisionales, tendentes a su desaparición a corto plazo.
98. El Defensor del Pueblo destaca la importancia de que las condiciones de los centros se adecuen a las características del colectivo al que van dirigidos, estableciendo programas específicos en función de la situación administrativa, laboral, social y sanitaria de cada persona, y atendiendo al objetivo de la integración social. Así, p. ej., se han creado centros de acogida para inmigrantes y refugiados, en los que se conceden servicios y prestaciones básicas a estos colectivos.
99. Según el art. 35 se trata de: a) unidades familiares con ingresos que no excedan de 1,5 veces el IPREM; b) jóvenes, menores de 35 años; c) personas mayores de 65 años; d) mujeres víctimas de la violencia de género; e) víctimas del terrorismo; f) afectados por situaciones catastróficas; g) personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo; h) personas separadas o divorciadas, al corriente del pago de pensiones alimenticias y compensatorias, en su caso; i) personas sin hogar o procedentes de erradicación del chabolismo; j) otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social determinados por las Comunidades Autónomas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de alquiler o la permanencia de los usuarios en estos alojamientos se atenderá a lo que dispongan las Comunidades Autónomas (art. 36). El Plan establece unas medidas de fomento para llevar a cabo estas actuaciones que aun siendo beneficiosas, se han visto sustancialmente recortadas con la modificación del artículo 37 efectuada por el Real Decreto 1713/2010. De otro lado, el Plan establece un programa de ayudas para la erradicación del chabolismo, consistente en subvenciones abonadas a través de las Comunidades Autónomas. Los beneficiarios pueden ser personas jurídicas, públicas o privadas, sin ánimo de lucro (art. 55). Para acceder a esta subvención deben suscribirse los acuerdos correspondientes entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Comisión bilateral de seguimiento, con la participación del Ayuntamiento en cuyo término municipal se ubique el asentamiento. El Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) colabora con una subvención para el realojo, en viviendas en régimen de arrendamiento, de cada unidad familiar con una cuantía máxima del 50 % de la renta anual que se vaya a satisfacer, con un máximo de 3.000 euros anuales por vivienda, y por un máximo de cuatro años. También colabora con una subvención para la financiación parcial del coste de los equipos de gestión y de acompañamiento social, cuyo importe máximo será del 10 % del importe total de las subvenciones al realojo de las unidades familiares del asentamiento (art. 56).

Resulta claro que ninguno de los dos tipos de actuaciones (construcción de alojamientos protegidos y ayudas para la erradicación del chabolismo) soluciona el problema al que venimos refiriéndonos: como las ayudas al alquiler o la compra, se mueven más bien en la lógica de la subvención, de las potestades discrecionales y, en muchos casos, del complemento a quien ya dispone de algún medio, no del otorgamiento del bien en sí, a quien carece de toda posibilidad de obtenerlo por sí mismo. Incluso la misma determinación de los *colectivos* beneficiarios por los alojamientos previstos en el ya citado artículo 35 del Plan se mueve en la dirección contraria a la que buscamos, que no es otra que la satisfacción de necesidades *individuales*.

Especialmente en los últimos años, alguna normativa autonómica se ha ocupado de lo que venimos denominando alojamiento de urgencia, yendo algo más allá de las previsiones del Plan estatal¹⁰⁰. El ejemplo más claro es

100. En una lógica similar a la del Plan estatal (sobre todo, ayudas –con un componente obligacional muy diluido– a la construcción, en ningún caso suministro inmediato de vivienda a la persona concreta que la necesita) pueden citarse, p. ej., las viviendas de inserción o dotacionales previstas en los arts. 3.i) y j) y 70 de la Ley de Cataluña 18/2007 o los alojamientos provisionales o de emergencia previstos en el art. 144 del Decreto de la Comunidad Valenciana 75/2007. En este último caso la insuficiencia es notable: la Administración «*podrá promover* la construcción o adquisición de alojamientos provisionales de utilización temporal, para situaciones de emergencia». El contraste entre la habilitación prevista por el Gobierno valenciano y la obligación derivada del art. 47 CE resulta especialmente llamativo.

el artículo 20 de la Ley 1/2010, del Derecho a la Vivienda en Andalucía. El precepto sigue la lógica que buscamos: satisfacción de una necesidad individual, actuación subsidiaria a las ayudas públicas a la compra o alquiler y carácter transitorio, a lo que se suma una enigmática referencia a las «fórmulas intermedias entre la vivienda individual y la residencia colectiva». Al igual que el Plan estatal, la Ley está, nuevamente, redactada más en términos de obligaciones administrativas que de derechos subjetivos e incluso de forma algo timorata (las Administraciones «favorecerán el alojamiento», en vez de «suministrarán alojamiento»). Ciertamente, cabe interpretar obligaciones en términos de derechos y esta posibilidad resulta aquí mucho más fácil que en relación con el Plan estatal. Además, es importante destacar que el artículo 24 de la propia Ley admite expresamente (y esto es inhabitual) la «protección jurisdiccional» del derecho a la vivienda, «en los términos establecidos en la presente Ley». A nuestro juicio, desde una interpretación conforme a la CE de la Ley andaluza, quien carezca de vivienda puede exigirla ante el juez, solución que resulta mucho más forzada en el resto del territorio español. Más adelante volveremos sobre este punto crucial.

Con carácter excepcional y fragmentario, algunas normas prevén, con mayor grado de vinculación, alojamientos de urgencia. Por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 12/1996, de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo de Madrid, señala que «La Comunidad de Madrid proporcionará alojamiento provisional a las personas que, como consecuencia de los daños ocasionados por un acto terrorista en su vivienda habitual, se vean impedidas de utilizarla temporalmente», añadiendo que «La duración de esta ayuda será la de las obras de reparación, salvo que éstas se prolonguen por causa imputable al beneficiario». Por su parte, el artículo 17 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, establece que todas las mujeres víctimas de violencia de género tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley, y entre ellos se incluyen expresamente los servicios de acogida.

Antes de analizar la problemática garantía judicial del derecho a la vivienda en el supuesto de hecho del alojamiento de urgencia (en definitiva, la situación de las personas sin techo) se impone todavía explorar al máximo las posibilidades de la normativa vigente. En este lugar, apreciamos una concurrencia con el derecho a los servicios sociales, regulado en la legislación autonómica y que será estudiado en el capítulo XIII de esta obra. Adelante-mos, por lo que aquí interesa, que entre los principios que guían la actuación de los servicios sociales de acuerdo con dicha legislación figuran los de globalidad y proximidad¹⁰¹. El principio de globalidad significa que debe darse

101. *Vid.*, p. ej., CASTILLO GALLARDO, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

una respuesta integral a las necesidades personales, familiares y sociales, con especial consideración de los aspectos de prevención, atención, promoción e inserción. Por su parte, el principio de proximidad significa que la prestación de los servicios sociales debe realizarse desde el ámbito más cercano al ciudadano¹⁰², mediante un reparto equitativo de recursos que permita la atención y permanencia de las personas en su entorno habitual de vida y de convivencia. En fin, los ciudadanos tienen derecho a recibir atención social, individualizada e integral, y a la continuidad de la prestación de ayuda o servicio siempre que se mantengan las condiciones que originaron su concesión. En contrapartida, los interesados deben comprometerse a participar activamente en su proceso de mejora, autonomía personal e inserción social. Pues bien, aunque habrá de estarse a las previsiones específicas de cada normativa autonómica, no resulta infrecuente que éstas introduzcan entre las prestaciones asociadas al derecho a los servicios sociales obligaciones de alojamiento (*infra*, XIII, 4.4.1).

En 1988 se firmó un acuerdo entre la Administración central, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, fruto del cual nació el Plan Concertado para el Desarrollo de las Prestaciones Básicas de Servicios Sociales Locales, con el que se trataba de asegurar una cooperación económica y técnica con los entes locales y de financiar de manera conjunta una red de servicios sociales municipales que garantizara unas prestaciones básicas a los ciudadanos en situación de necesidad. En desarrollo de este Plan se garantizan los Servicios Sociales Básicos¹⁰³, también llamados Generales, de Atención Primaria o Comunitarios, concretados en serie de prestaciones básicas comunes a todas las Comunidades Autónomas, entre las que figura el alojamiento alternativo. Lo normal es que este alojamiento alternativo se otorgue en el seno de un plan de intervención más amplio, al presentar habitualmente las personas necesitadas de esta prestación un cuadro socio-económico com-

102. *Vid. supra*, 5.2.1, las obligaciones de las Administraciones locales en materia de vivienda.

103. Los servicios sociales están estructurados en dos niveles: 1) Servicios Sociales Básicos: están dirigidos a toda la población con independencia de sus características sociales o demográficas, por tanto las actuaciones desarrolladas son universales. Se caracterizan por la proximidad y fácil acceso a ellos por parte de los ciudadanos, al ser prestados por los municipios; 2) Servicios Sociales Especializados: se dirigen a sectores concretos y especiales que marca la Ley, y tanto sus prestaciones como sus servicios tienen un objeto limitado y delimitado. Frecuentemente son de carácter sectorial en cuanto a su organización, atendiendo a características y necesidades especiales y comunes de grupos concretos de población, complementando las actuaciones de los Servicios Sociales Generales. Suelen prestarse de manera supra-municipal; para la instauración, planificación y ubicación de estos servicios prevalecen criterios como la localización y la distribución de necesidades.

plejo. El acceso a los servicios sociales suele supeditarse a la previa valoración técnica del estado de necesidad del solicitante. En todo caso, debe quedar claro que los servicios sociales se configuran como una responsabilidad pública, independientemente de que su prestación se realice bajo sistemas de gestión indirecta, como es habitual. La prestación de alojamiento alternativo¹⁰⁴ puede definirse como el conjunto de actuaciones que se realizan desde los servicios sociales para conseguir que el individuo en situación de necesidad cuente con un marco estable para el desarrollo de la convivencia. Los dos pilares fundamentales en los que se sustenta esta prestación lo constituyen la existencia de un alojamiento digno y una estructura básica de relación y convivencia, y el objetivo fundamental será la incorporación del individuo a otras formas alternativas de convivencia familiar en los supuestos en que ésta sea inviable por no existir la unidad familiar o porque aun existiendo presente una situación de deterioro psicológico, afectivo o socioeconómico que impida el desarrollo y bienestar del individuo. De ahí la importancia de disponer un número suficiente de viviendas sociales para garantizar la eficacia de los itinerarios de inserción social. Los servicios sociales deberán estar en todo momento coordinados con los Departamentos con competencias en materia de Vivienda a fin de lograr una solución permanente para quien muestra su deseo de insertarse en la sociedad. En ningún caso, estas prestaciones pueden ser un sustituto de la política social de vivienda. Por otro lado, desde los servicios sociales se establecen también prestaciones de carácter económico que tienen la finalidad de permitir a las personas que pretenden convivir de forma independiente, no sometidas a una autoridad o régimen común, continuar en su residencia habitual. En ocasiones, estas ayudas aparecen configuradas de forma expresa como un derecho subjetivo típico¹⁰⁵, en otras aparecen supeditadas a la existencia de crédito consignado para esta finalidad y suelen ser de carácter puntual¹⁰⁶.

104. El alojamiento alternativo incluye albergues, centros de acogida, viviendas tuteladas, centros residenciales, pago de hostales, pensiones, alquileres, etc. *Vid.* la definición propuesta por la Dirección General de Inclusión Social, que tomamos como referencia: http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas_catalogo_01.pdf
105. P. ej., la prestación complementaria de vivienda que con carácter periódico y en el marco de la Ley 18/2008, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social del País Vasco, se otorga a las personas titulares de la renta de garantía de ingresos para cubrir las necesidades relacionadas con la vivienda (Decreto 2/2010). También la prestación para el mantenimiento de los gastos del hogar de los cónyuges o familiares supervivientes o la prestación para el mantenimiento de necesidades básicas, reguladas en la Ley 13/2006 y en el Decreto 123/2007 de Cataluña.
106. P. ej., las ayudas de emergencia social, reguladas en la Ley 18/2008 y el Decreto 4/2011 del País Vasco, o las ayudas de emergencia reguladas en la Ordenanza de 28 de septiembre de 2004 del Ayuntamiento de Madrid, o las prestaciones de urgencia social reguladas en la Ley 13/2006 de Cataluña.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Es habitual que el derecho a las prestaciones de servicios sociales se supedite al previo empadronamiento del usuario¹⁰⁷. Teniendo en cuenta que los recursos suelen distribuirse en función de la población existente en los distintos municipios la medida tiene su lógica. Sin embargo, no pueden desconocerse las dificultades de acceso a los servicios sociales que puede conllevar para los extranjeros en situación irregular en el territorio español¹⁰⁸.

En definitiva, la normativa sobre servicios sociales, considerada en su conjunto, parece ofrecer una mejor solución al problema de los sin techo que el tantas veces citado Plan estatal y las normas autonómicas que continúan su lógica, con la relativa excepción de la Ley andaluza de 2010. Sin embargo, se trata de una normativa fragmentaria, poco clara, y a nivel nacional únicamente fundada en un acuerdo político no vinculante. Según se deduce de las encuestas sobre las personas sin hogar (personas y centros) realizadas por el Instituto Nacional de Estadística y presentadas en 2005 y 2011¹⁰⁹, las prestaciones dirigidas a la inserción social de los usuarios (talleres de inserción, talleres ocupacionales, asistencia jurídica, regularización y atención psicológica) son escasas, como lo son las plazas de alojamiento ofertadas si se tiene en cuenta el volumen de personas sin hogar. Por otra parte, la red de atención se encuentra instalada de manera muy predominante en capitales de provincia y municipios de más de 20.000 habitantes. A su vez, es frecuente la restricción de horarios y la limitación de estancias máximas.

El contraste con el Derecho comparado nos permite vislumbrar mejor las limitaciones de nuestro ordenamiento. Por ejemplo, de acuerdo a la *Housing Act* de 1996 del Reino Unido¹¹⁰, las autoridades locales tienen la obliga-

-
107. De acuerdo al art. 54.3 del RD 1690/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, la inscripción en el padrón municipal de personas que residiendo en el municipio carezcan de domicilio en el mismo se podrá llevar a cabo después de haber puesto el hecho en conocimiento de los servicios sociales.
108. A propósito de las ayudas en materia de vivienda dispuestas en el ámbito de la asistencia y el bienestar social destinadas a atender situaciones de emergencia social que el art. 8.2 del Decreto 188/2001 de la Generalitat de Catalunya, derogado por el Decreto 329/2011, permitía otorgar a cualquier extranjero inscrito en el padrón municipal, VALIÑO (2006, p. 152) recuerda que tras la reforma llevada a cabo en la LBRL por la LO 14/2003 los datos del padrón municipal ya no son confidenciales, al poderse ceder a otras Administraciones Públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado, lo que dificulta la inscripción de los extranjeros irregulares por miedo a ser localizados y expulsados, a la vez que erosiona la capacidad de gestión de los municipios, ya que el desconocimiento del volumen real de población impide la correcta administración de los recursos y servicios públicos.
109. Encuesta sobre las personas sin hogar (<http://www.ine.es/prensa/np398.pdf>) y encuesta sobre las personas sin hogar-centros (<http://www.ine.es/prensa/np667.pdf>).
110. Para el contexto, en castellano, GUILLÉN NAVARRO, 2010.

ción de proveer de vivienda a las personas sin hogar, en los términos establecidos por el artículo 193; si una persona ha llegado a esa situación de manera intencionada, también las autoridades locales están obligadas a proporcionarle alojamiento aunque sólo por el tiempo que, de manera razonable, consideren necesario para que encuentre otra vivienda apropiada, a cuyos efectos deberán prestarle el asesoramiento y la asistencia necesarios. En todo caso, la persona debe tener una conexión con la demarcación territorial en la que la autoridad local presta sus servicios. Ante el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, el solicitante tiene un derecho subjetivo típico de acceso a una vivienda; si le fuera denegado puede pedir la revisión administrativa de la autoridad local y, llegado el caso, recurrir a un tribunal para el reconocimiento de su derecho. Escocia ha llevado más allá los derechos protegidos por la *Housing Act* británica, y tras la aprobación de la *Homelessness (Scotland) Act* de 2003 reconoce el derecho a una vivienda de todas las personas sin techo¹¹¹, superando así la obligación de encaje en algún supuesto de necesidad prioritaria¹¹². En Francia, por su parte, tras la movilización a favor de los «sin techo» dirigida por la Asociación «Les enfants de Don Quichotte», fue elaborada y aprobada por el procedimiento de urgencia la Ley de 2007 que instituye el derecho a la «vivienda exigible»¹¹³. Esta Ley establece la garantía por el Estado del derecho a una vivienda decente e independiente. Se exige, en todo caso, residir en el territorio francés de manera regular y permanente y no poder tener acceso o permanecer en una vivienda decente e independiente por sus propios medios. Cualquier persona que, de acuerdo con las condiciones reglamentarias de acceso a la vivienda de alquiler social, no reciba ninguna respuesta adaptada a su solicitud de vivienda dentro del plazo fijado por el Prefecto a los arrendadores sociales, puede presentar una demanda ante una Comisión de mediación. Esta Comisión designará a los demandantes reconocidos como prioritarios a los que hay que atribuir una vivienda con carácter de urgencia y las características que deben reunir las viviendas de acuerdo a las necesidades y capacidades de los demandantes, y puede hacer propuestas sobre las demandas que no considere prioritarias. Seguidamente remitirá al Prefecto la lista de demandantes a los que ha atribuido una vivienda. Éste, previo acuerdo de los alcaldes de los municipios interesados y teniendo en cuenta los objetivos de diver-

111. En castellano, RUIZ RICO, 2008, pp. 13-15.

112. Asimismo, según la *Housing (Scotland) Act* de 2001, todas las personas sin techo tenían derecho a un alojamiento temporal mientras su caso era investigado; a partir del año 2012 todas las personas sin techo tendrán derecho a un alojamiento permanente.

113. *Supra*, II, 3.3. Asimismo, en castellano, RUIZ RICO, 2008, pp. 15-22 e INSERGUET-BRISSET, 2010, pp. 30 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sidad social, designará para cada demandante un organismo arrendador que disponga de alojamientos correspondientes a la demanda, fijando un plazo para la entrega de las viviendas a los demandantes. La Ley ofrece la posibilidad a la Comisión de mediación de volver a orientar las demandas de vivienda de alquiler social hacia una acogida en estructura de albergue, un establecimiento o un alojamiento de transición, una residencia-hogar o una residencia hostelera de carácter social. A partir del 1 de diciembre de 2008, el demandante que ha sido reconocido prioritario por la Comisión de mediación y, en consecuencia, debe ser alojado urgentemente, podrá presentar un recurso ante la jurisdicción administrativa si no recibe en plazo una oferta de vivienda adaptada a sus necesidades y capacidades para que se le conceda el alojamiento. Cualquier otro demandante seleccionable para una vivienda social que no haya recibido una respuesta adaptada en un plazo considerado como anormalmente largo podrá plantear este recurso a partir del 1 de enero de 2012.

Vistas la fragmentación y las insuficiencias de nuestro ordenamiento para garantizar el contenido esencial del derecho a la vivienda y a la vista de la experiencia de otros países europeos, resulta claro, a nuestro juicio, que el Estado debería hacer uso de la competencia que le confiere el artículo 149.1.1 CE para establecer un estándar mínimo de este derecho que resultara, en última instancia, exigible ante los tribunales de justicia. Excedería del propósito de esta obra proponer con detalle el contenido de la deseable reforma legislativa. Bástenos con argumentar, en el lugar sistemático oportuno (*infra*, 7.5), sobre la mejor manera de garantizar, con el ordenamiento vigente, aunque sea de forma provisional, el derecho a la vivienda, especialmente en sede judicial.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. Individualidad

El derecho a la vivienda está directamente conectado con la dignidad humana, la cual exige disponer de un lugar en el que las personas puedan desarrollarse de manera autónoma, en paz y seguridad, algo también necesario para el pleno disfrute de otros derechos fundamentales (*supra*, 1.2.2 y 3). La vivienda es una necesidad de las personas individuales. Ahora bien, una de las características más relevantes de las agrupaciones humanas elementales (el matrimonio o las uniones de hecho y la familia, en sus variadas for-

mas), casi definitoria, es su voluntad común de compartir un techo. Pues bien, cuando existe esta voluntad (que se presume en el caso de las uniones formalizadas) puede hablarse, más que de titularidad colectiva del derecho, de ejercicio colectivo de un derecho individual. Así, con frecuencia el ordenamiento atribuye la titularidad del derecho a este tipo de uniones (p. ej., según el art. 1.2 del RD 2066/2008 pueden ser beneficiarios de las ayudas las unidades familiares con determinados ingresos, las familias numerosas o las monoparentales con hijos), pues se presume su deseo de disfrutar de la misma vivienda. Recordemos que el ejercicio del derecho no puede imponerse (*supra*, 4.1) y que, como regla general, la vivienda se otorga a quienes la solicitan. No hay por ello, en ningún caso, obligación de ejercicio colectivo del derecho.

El CC prevé obligaciones mutuas de alojamiento entre parientes. Como consecuencia del principio de subsidiariedad, y pese a una cierta concepción paternalista subyacente (valoración positiva del hecho familiar), no parece que, como regla general, el Estado haya de suministrar vivienda a quien puede obtenerla en el medio familiar (p. ej., a todos los jóvenes de 18 años que conviven con sus padres): no hay un derecho fundamental a la emancipación. Obviamente, caben excepciones a la regla general y habrá que verificar caso a caso si la vivienda suministrada en el medio familiar es digna y adecuada, si puede romperse la presunción de que los miembros de una familia desean convivir juntos o si existen elementos que dificultan la convivencia dentro de la familia (al respecto, art. 149 CC).

De otro lado, la defensa del derecho a la vivienda pueda ser atribuida a personas jurídicas y a colectivos, en cuyo caso se trata de un problema de legitimación y no de titularidad. Más adelante aludiremos a algunas actuaciones significativas de los movimientos sociales en defensa del derecho a la vivienda (*infra*, 7.2 y 7.7).

5.1.2. Universalidad

El derecho a la vivienda es un derecho humano (*supra*, 1.3.1 y 3) y, como tal, tiene carácter universal. Sin embargo, el artículo 47 CE reconoce literalmente el derecho a «todos los españoles», lo que plantea el problema de su titularidad por parte de los extranjeros¹¹⁴. En el caso de los inmigrantes, sus problemas de exclusión se acentúan si no disfrutan de una vivienda digna y adecuada, y eso pese a las recientes reformas de la normativa de extranjería¹¹⁵.

114. Para una perspectiva más amplia, VIANA GARCÉS, 2009.

115. El anterior RE [RD 2393/2004, art. 75.2.a)] condicionaba la renovación de la residencia temporal al disfrute de una vivienda adecuada, requisito que desaparece en el nuevo RE. Sin embargo, el nuevo RE sigue exigiendo que el extranjero que desee

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La STC 94/1993, cuando analiza la libertad de residencia (art. 19 CE, también atribuida a los españoles) de los extranjeros, contiene una argumentación que resulta aplicable al derecho a la vivienda. Para el Tribunal, a la vista del artículo 13 CE «resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución [...] La libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados [...] es sin duda alguna amplia. Pero no es en modo alguno absoluta [...]. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que [...] se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar [...] la Constitución, por imperativo de su artículo 10.2». Queda así claro, como ya sabíamos (*supra*, IV, 4.3.2), que la CE ha de ser interpretada de acuerdo a los tratados, y en concreto que los artículos 13 y 47 CE han de ser interpretados de acuerdo con los artículos 25.1 DUDH y 11.1 PIDESC, que reconocen la titularidad universal del derecho a la vivienda.

El artículo 13 LE (redactado por LO 2/2009) establece que «Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles». Curiosamente, se ha aprovechado una reforma inicialmente dirigida a extender la titularidad de los derechos sociales de los extranjeros, conforme a la jurisprudencia constitucional, para actuar de forma regresiva¹¹⁶. La normativa vigente reconoce a los residentes de larga duración (art. 32 LE) igualdad de derechos con los españoles, deja indefinidos los derechos de los demás residentes (los que tienen residencia temporal, art. 31 LE) e, interpretada a contrario, parece excluir de la titularidad del derecho a la vivienda a los extranjeros no residentes, es decir, sin autorización legal de residencia o en situación irregular. Es importante señalar, en todo caso que el artículo 13 LE se refiere a uno solo de los elementos del derecho a la vivienda, el acceso a las ayudas al alquiler o a la compra, y no al alojamiento de urgencia. De acuerdo al artículo 14.3 de la misma LE, en coherencia con la jurisprudencia constitucional¹¹⁷, «Los extranjeros, cualquiera que sea su

ejercer el derecho de reagrupación familiar deberá aportar justificación documental que acredite su disponibilidad de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia (art. 55).

116. La redacción anterior señalaba: «Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles».
117. La STC 99/1985 declara que «existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; así sucede con aquellos derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y no

situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas», que suelen incluir, como ya sabemos, la prestación del alojamiento de urgencia. En consecuencia, los extranjeros en situación irregular tienen limitado su acceso a las ayudas públicas a la vivienda pero no al alojamiento de urgencia.

No trataremos aquí de la posible exclusión (depende de otras leyes) de las ayudas a los residentes temporales. En cuanto a la exclusión (a contrario) de las ayudas a los extranjeros en situación irregular no puede reputarse inconstitucional; téngase en cuenta que un extranjero en situación irregular no goza del derecho a residir en España, y la exclusión realizada en el artículo 13 parece referirse a las ayudas para el acceso a una vivienda con carácter habitual y permanente. Ante la disyuntiva de aplicar el artículo 10 CE (dignidad «de la persona» y vinculación del Derecho internacional –«toda persona»–) o quedarnos en la literalidad de los artículos 47 CE («los españoles»), la opción del artículo 13 parece razonable, pues ciertamente resultaría contradictorio que quienes carecen de autorización para residir en España tuvieran derecho a acceder a ayudas públicas para el alquiler o la compra de una vivienda, lo que en definitiva equivale a otorgar carta de naturaleza a su permanencia en España. No es lo mismo prestar servicios educativos o sanitarios a los inmigrantes, mientras se encuentren en España, que otorgarles una prestación que parece orientada a consolidar su permanencia.

5.1.3. ¿Titulares privilegiados?

Son titulares del derecho a la vivienda las personas que la necesiten,

como ciudadano o, dicho de otro modo, con aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra constitución constituye fundamento del orden político español». Asimismo, establece la STC 236/2007 que «la dignidad de la persona, como "fundamento del orden político y la paz social" (artículo. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador», y que «el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España». Como es sabido, el Tribunal declaró inconstitucionales las limitaciones a los derechos a la educación, huelga y libertad sindical de los extranjeros en situación irregular pero

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

situación en la que potencialmente puede encontrarse cualquiera (quien hoy disfruta de una vivienda puede perderla mañana), aunque materialmente es sufrida sobre todo en contextos de pobreza y discriminación estructural¹¹⁸. Por ello, el legislador presume en ocasiones que determinados colectivos cuenten con especiales dificultades de acceso a la vivienda¹¹⁹ y reconoce en su favor acciones positivas, pero ello no desdice la naturaleza individual del derecho en sí, entendido como derecho subjetivo.

En esta lógica cabe aludir al elemento de accesibilidad de la vivienda, en los términos expresados por la OG 4: una vivienda adecuada ha de ser materialmente accesible, debiéndose conceder a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguirla. Para el Comité DESC, debe garantizarse cierto grado de consideración prioritaria a los grupos más desfavorecidos, y tener en cuenta sus necesidades especiales. Esta idea aparece también en el Derecho de la Unión Europea: la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que ha sido transpuesta al Derecho español a través de la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, tiene por objeto establecer «medidas para que el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas sea real y efectivo en [...] la vivienda y, en general, la oferta y el acceso a cualesquiera bienes y servicios». Para luchar contra las prácticas discriminatorias por origen racial o étnico, la Directiva establece la inversión de la carga de la prueba¹²⁰. Por

nada dijo sobre el derecho a la vivienda, pues el precepto correspondiente no fue recurrido.

118. De interés, TILLY, 2006, pp. 20 y ss., y DENTON, 2006, pp. 61 y ss.

119. P. ej., aunque beneficiaria de las ayudas establecidas en el RD 2066/2008 puede ser cualquier persona que cumpla los requisitos establecidos con carácter general para el acceso a las ayudas y, de forma particular, para cada tipo de actuación protegida, se establecen unos colectivos que deben ser objeto de atención especial en la implementación de las ayudas por las Comunidades Autónomas. De acuerdo al art. 1.2 del RD 2066/2008, y según la definición específica que establezca la Comunidad Autónoma, éstos son: a) unidades familiares con ingresos que no excedan de 1,5 veces el IPREM, a efectos del acceso en alquiler a la vivienda, y de 2,5 veces el mismo indicador, a efectos del acceso en propiedad a la vivienda; b) personas que acceden por primera vez a la vivienda; c) jóvenes, menores de 35 años; d) personas mayores de 65 años; e) mujeres víctimas de la violencia de género; f) víctimas del terrorismo; g) afectados por situaciones catastróficas; h) familias numerosas; i) familias monoparentales con hijos; j) personas dependientes o con discapacidad oficialmente reconocida, y las familias que las tengan a su cargo; k) personas separadas o divorciadas, al corriente del pago de pensiones alimenticias y compensatorias, en su caso; l) personas sin hogar o procedentes de operaciones de erradicación del chabolismo; m) otros colectivos en situación o riesgo de exclusión social determinados por las Comunidades Autónomas.

120. Así, el art. 32 de la Ley 62/2003 establece que «en aquellos procesos del orden

otro lado, entre los actos discriminatorios establecidos en el artículo 23 LE se sitúan «todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso [...] a la vivienda [...] y a los servicios sociales y socioasistenciales»¹²¹. El artículo 24 determina el recurso al procedimiento sumario previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en estos casos. Además, el artículo 54 establece como infracción muy grave la realización de conductas discriminatorias en los términos del artículo 23¹²².

En la propia Constitución se advierte el deseo de proporcionar una especial protección hacia algunos colectivos específicos, cuya vulnerabilidad se presume¹²³. Así:

- a) El artículo 39 CE alude a la familia y a los niños. La vivienda familiar es objeto de especial protección a través de la Ley 40/2003, de Protección a las Familias Numerosas¹²⁴. Respecto a los niños, el artículo 172 CC establece que «La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y deberá adoptar

jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

- 121. En este punto, la Ley se refiere específicamente a los extranjeros que se encuentren regularmente en España. Entendemos que la regulación no es en absoluto afortunada, toda vez que una cosa es que los extranjeros en situación irregular no tengan derecho a las ayudas de vivienda, precisamente por no poder residir legalmente en España, y otra cosa es negarles todo acceso a un bien tan ligado a la dignidad humana como es una vivienda, máxime si se tiene en cuenta que el art. 14 no les resta acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas, que incluyen, en todo caso, un alojamiento.
- 122. La sanción prevista en el art. 55.1 es una multa de entre 10.001 y 100.000 euros.
- 123. Se citen o no expresamente en la CE. Como sabemos (esp. *supra*, III, 2.3.8), la misma lógica de los DFSP implica una suerte de acción positiva (atender a quienes lo necesitan, no a todos). Un buen planteamiento del tema, en RUIZ-RICO, 2008, pp. 30-31.
- 124. En su art. 11 establece que los miembros de las familias numerosas tendrán un trato preferente, de acuerdo por lo que se determine por la Administración competente en la normativa aplicable, en el acceso a las viviendas protegidas, y el capítulo III contiene una serie de beneficios más específicos en materia de vivienda. También la Ley, 13/2008, de Apoyo a las Familias, del País Vasco, establece en su art. 18 medidas específicas de apoyo a las familias en el ámbito de la vivienda; y en términos similares pueden citarse, p. ej., la Ley 1/2007, de Apoyo a las Familias de Castilla y León, la Ley 18/2003, de Apoyo a las Familias de Cataluña y la Ley 3/2011, de Apoyo a la Familia y a la convivencia, de Galicia.

las medidas de protección necesarias para su guarda», lo cual incluye, lógicamente, el alojamiento apropiado. Como se advierte, en este caso las acciones positivas no son genéricas (todos los niños) sino dirigidas a los miembros de un colectivo que se hallan en una determinada situación (desamparo). Lo mismo sucede en relación con las mujeres. El artículo 28 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, ha dispuesto que las víctimas de esta violencia serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores¹²⁵.

- b) El artículo 50 CE dispone que los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán, entre otros, sus problemas específicos de vivienda (*supra*, XVII, 3.2).
- c) El colectivo que en cuanto tal mejor encaja con una necesidad específica de vivienda es el de las personas con discapacidad: a diferencia de lo que sucede con las familias numerosas, los niños, las mujeres o las personas mayores, siempre tienen especiales dificultades en este ámbito. El artículo 49 CE no hace referencia expresa a la vivienda pero sí lo hace la CDPD (*supra*, 1.3.1), así como Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos¹²⁶, que establece el compromiso de las Administraciones Públicas de promover la accesibilidad en los edificios y el fomento de la adaptación de los inmuebles de titularidad privada mediante el establecimiento de ayudas, exenciones y subvenciones. Además, dispone la obligación de que en los proyectos de viviendas protegidas, se programe un mínimo del 4 %¹²⁷ con las características

125. Algunas Comunidades Autónomas han dictado normativa incidiendo en el mismo propósito. Así, p. ej., la Ley 13/2007, de Andalucía; la Ley 12/2006, de Illes Balears; la Ley 16/2003, de Canarias; la Ley 4/2007, de Aragón; o la Ley 1/2004, de Cantabria. Para otras posibles acciones afirmativas a favor de la vivienda de las mujeres, GARRIDO GUTIÉRREZ, 2010, pp. 581 y ss.

126. Además, del articulado de la Ley se deduce toda exclusión de desamparo de las personas con minusvalías, al disponer, con carácter general, que «los minusválidos tendrán derecho a los servicios sociales de orientación familiar, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias y hogares comunitarios». «Los servicios de residencias y hogares comunitarios tienen como objetivo atender a las necesidades básicas de aquellos minusválidos carentes de hogar y familia o con graves problemas de integración familiar». Finalmente, se dispone que «Sin perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en la presente Ley, y cuando la profundidad de la minusvalía lo hiciera necesario, la persona minusválida tendrá derecho a residir y ser asistida en un establecimiento especializado».

127. Algunas Comunidades Autónomas elevan este porcentaje, e incluso establecen reservas en las viviendas de promoción privada libre. Así, la Ley 5/1995, de Murcia; el Decreto 8/2003, de Extremadura o el Decreto 227/1997, de Canarias.

constructivas adecuadas para garantizar el acceso y desenvolvimiento cómodo y seguro de las personas con discapacidad, reserva que alcanza igualmente a los proyectos de viviendas de cualquier otro carácter que se construyan promuevan o subvencionen por las Administraciones Públicas y demás Entidades dependientes o vinculadas al sector público. Por su parte, la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece como deber de las Administraciones Públicas la adopción de las medidas necesarias para evitar cualquier forma de discriminación por causa de discapacidad. En otro orden de cosas, y teniendo en cuenta que las viviendas deben ser accesibles para todas las personas, resulta claro que en muchas ocasiones una persona con limitaciones motrices tiene la necesidad de adaptar su vivienda o el edificio en el que reside a sus necesidades especiales¹²⁸. De acuerdo a la Ley 15/1995, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, los usuarios de una finca urbana que padezcan minusvalía física (así como las personas mayores de 70 años, sin que sea necesario que acrediten su discapacidad con certificado de minusvalía) tendrán derecho a promover y llevar a cabo las obras necesarias de adecuación de la finca urbana y de los accesos a la misma desde la vía pública¹²⁹. A fin de facilitar el ejercicio

128. El art. 3.1 LOED establece como requisito básico del edificio su accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica. Al margen de la normativa autonómica existente, el Gobierno ha aprobado el RD 505/2007, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones, como referente unificador. De acuerdo a su DF 5ª y a la DT 3ª del RD 173/2010, las condiciones básicas de accesibilidad que establece son obligatorias para todas las obras de nueva construcción y las de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de edificaciones existentes para las que se solicite licencia de obras desde el 12 de septiembre de 2010, y a partir del 1 de enero de 2019 para los edificios existentes que sean susceptibles de ajustes razonables.
129. Aunque de acuerdo a la Ley 51/2003 la obligación de permitir las obras necesarias parece bastante clara, las discrepancias se producen con relativa frecuencia. Por ejemplo, en el supuesto de necesidad de obras para la eliminación de barreras arquitectónicas en un edificio, el art. 10 LPH, reformado recientemente por la Ley 26/2011, establece que la comunidad, a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan personas con discapacidad o mayores de 70 años, está obligada a realizar las actuaciones y obras de accesibilidad que sean necesarias sobre los elementos comunes siempre que su importe total no exceda de 12 mensualidades ordinarias de gastos comunes. Si las obras requeridas superan esa cantidad y existe acuerdo de la Junta de propietarios para su realización, adoptado de acuerdo a las reglas del art. 17 LPH (voto favorable de la mayoría de los propietarios que a, su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación), la propia comunidad sufragará todos

de este derecho las Administraciones Públicas disponen medidas de fomento para sufragar el coste. El Real Decreto 2066/2008 establece, en el capítulo IV del Título II, las ayudas RENOVE, que a través de préstamos convenidos y subvenciones apoyan la financiación de actuaciones para la mejora de la accesibilidad a edificios y viviendas.

- d) En relación con las acciones positivas a favor de los inmigrantes, en un trabajo anterior¹³⁰ recordamos que los inmigrantes, se encuentren o no en situación legal, suelen tener especiales dificultades para el ejercicio del derecho a la vivienda¹³¹. El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 así lo reconocía, estableciendo cuatro objetivos de la política de inmigración: a) ampliar el peso de la vivienda protegida en el conjunto de los mercados de la vivienda y promover un mayor equilibrio en las formas de tenencia de la vivienda para colectivos con bajos ingresos; b) prevenir la generación de situaciones residenciales de infravivienda y hacinamiento en la fase de asentamiento inicial; c) luchar contra la discriminación de las personas inmigrantes en el mercado de la vivienda; y d) mejorar la convivencia y prevenir la segregación residencial. En esta dirección cabe aludir también al elemento de adecuación cultural, en los términos expuestos por la OG 4¹³². La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben ser capaces de expresar adecuadamente la iden-

los gastos, sea cual sea su importe. Pero si la comunidad se opone a la realización de las obras (siempre que superen, claro está, el importe de 12 mensualidades ordinarias de gastos comunes), el interesado deberá recurrir, de acuerdo al art. 6 de la Ley 15/1995, a la jurisdicción civil, tramitándose el procedimiento como juicio verbal –sin perjuicio del posible sometimiento al arbitraje previsto en el art. 17 de la Ley 51/2003–. En este supuesto, los gastos que originen las obras de adecuación correrán a cargo del solicitante de las mismas, sin perjuicio de las ayudas, exenciones o subvenciones que pueda obtener. Otro posible caso de conflicto sería el existente entre arrendador y arrendatario con discapacidad o mayor de 70 años que necesita realizar obras de adecuación en el interior de la vivienda. Al efecto, dispone el art. 24 LAU que será suficiente la previa notificación escrita al arrendador de la realización de las obras, que, sin embargo, podrá exigir su reposición al estado anterior al término del contrato de arrendamiento. También en esta hipótesis el solicitante de las obras correrá a cargo de los gastos ocasionados, sin perjuicio de las ayudas, exenciones o subvenciones que pueda obtener. La DA de la Ley 15/1995 refiere el supuesto de obras de adaptación en el interior de viviendas por usufructuarios con minusvalías o personas mayores de setenta años, sean o no minusválidas, al régimen previsto en el art. 24 LAU.

130. ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 690-692.

131. Algunos datos en LERALTA PIÑÁN, 2006, o en VALIÑO, 2006, pp. 139 y ss.

132. Sobre este punto y las dificultades que plantea su aplicación en nuestro ordenamiento, *vid.* LA SPINA, 2009.

tividad cultural y la diversidad del lugar y de los colectivos involucrados. Se trata de que el alojamiento responda a las necesidades socio-culturales de sus ocupantes. Esto significa adaptar las viviendas a los nuevos estilos de vida y a las nuevas unidades de convivencia presentes entre las personas inmigradas¹³³.

Todas las medidas de acción positiva mencionadas hasta ahora resultan en principio legítimas, pues se encuentran, expresa o implícitamente (con carácter general, art. 9.2), previstas en la CE. Habilitan y en ocasiones imponen a los poderes públicos actuaciones positivas, pero a nuestro juicio sólo configuran derechos subjetivos fundamentales propiamente dichos cuando el titular del derecho a la vivienda realmente la necesita. El legislador (o en su caso el poder reglamentario), partiendo de la situación de discriminación histórica de un colectivo, puede presumir que dicho colectivo tiene especiales necesidades de vivienda pero resultaría discriminatorio otorgarla de forma automática por la mera pertenencia al colectivo en cuestión. Es decir, no parece conforme al artículo 14 CE que se otorgue una vivienda a una persona por el mero hecho de ser gitano o inmigrante (aunque sí por ser menor en desamparo, o por sufrir una discapacidad), en vez de a otra persona que la necesite más. Como ya señalamos en relación con los inmigrantes, no parece constitucional ofrecer ayudas especiales a los inmigrantes y no a los españoles que se encuentren en la misma situación¹³⁴.

133. VALIÑO, 2006, p. 146.

134. En sus propuestas normativas, sobre las cuales se dice, aunque sin concretarse, que «en muchos casos» constituyen «una obligación jurídica», VALIÑO (2006, p. 160) se refiere a la «necesidad de organizar alojamientos de acogida para los recién llegados, de evitar la segregación o la proliferación de guetos o de tomar en consideración las particularidades culturales y religiosas de mujeres y hombres inmigrados en la concepción de las políticas habitacionales». Pues bien, se trata de acciones positivas que caben con independencia de la condición migratoria (incluso los «recién llegados» pueden ser españoles que se trasladan a otro territorio por razón de, p. ej., una catástrofe natural), aunque ciertamente pueden resultar más habituales en relación con la inmigración. En crítica a la propuesta del Defensor del Pueblo Andaluz de que los municipios liberen suelo para hacer bloques de vivienda para inmigrantes, señala seguramente con razón AZURMENDI (2001, p. 12): «Los municipios almerienses, dirigidos tanto por el PP como por el PSOE, no quieren ceder suelo para edificar viviendas para inmigrantes. Sus argumentos son razonablemente convincentes: no debe existir discriminación positiva hacia ningún sector, pues los jóvenes almerienses también tienen el mismo derecho a poseer una vivienda barata y digna, y además lo están deseando. Para una mejor integración cultural, todos los ciudadanos, autóctonos o inmigrantes, deberían convivir juntos y someterse a las mismas políticas globales de vivienda y a sus leyes de mercado, comprando y alquilando apartamentos según las posibilidades de mercado. Además, edificar barriadas para inmigrantes sería aceptar guetos de compatriotas, afines por religión o por origen, que se convertirían en nuevos espacios marginales de unicultura y *apartheid*».

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. Los poderes públicos

La realización efectiva del derecho a la vivienda incumbe ante todo a los poderes públicos. En primer lugar, a la vista del artículo 2.1 PIDESC, el Estado español se compromete a adoptar medidas, por todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos de que disponga, para dar cumplimiento al derecho a la vivienda, obligación que se dirige primero al legislador y después a la Administración y los tribunales. Según el Comité DESC, los poderes públicos pueden decidir qué medios son los más apropiados para la realización del derecho de acuerdo con las circunstancias, pero en todo caso deben adoptar medidas efectivas concretas, dirigidas a cumplir las obligaciones asumidas en el PIDESC. En este sentido, debe realizarse un diagnóstico de la situación en que se encuentran el derecho a una vivienda digna y, sobre esa base, elaborar políticas y fijar prioridades, evaluándose los progresos alcanzados e implementándose los recursos jurídicos o de otro tipo para superar posibles desviaciones y sancionar las violaciones producidas. El Estado debería elaborar una estrategia nacional en materia de vivienda en la que participen todos los sectores sociales, incluyéndose las personas sin hogar y las que no disponen de una vivienda adecuada, sus representantes y organizaciones, y en la que deberían fijarse los objetivos, determinar los recursos disponibles y las actuaciones para utilizarlos de la forma más eficaz posible, así como fijar responsabilidades y plazos para la aplicación de las medidas necesarias que permitan la realización del derecho fundamental a una vivienda adecuada. La adecuada coordinación entre todas las instancias centrales y territoriales implicadas es siempre necesaria a fin de lograr los mejores resultados. Aun cuando los recursos disponibles sean insuficientes, los poderes públicos deben hacer lo que esté a su alcance para garantizar el más amplio disfrute que sea posible del derecho bajo las circunstancias existentes¹³⁵, satisfaciendo con carácter prioritario las obligaciones mínimas, es decir, los niveles esenciales del derecho. Incluso en momentos de declive o recesión económica, y cuando un Estado aplica medidas de ajuste estructural,

135. Según datos del Observatorio Social de España, provistos a su vez por Eurostat, la agencia de recolección de datos estadísticos de la Unión Europea, el gasto social público en vivienda en España se situaba en el año 2005 en el 0,2 % del PIB, muy por detrás de la media de la UE, situada en 0,6 %, y más aún de países como el Reino Unido, donde supondría el 1,5 % del PIB: <http://www.observatoriosocial.org/ose/banco-datos-vivienda/>. Por su parte, el gasto público total en vivienda estaría, según el estudio económico de la OCDE de 2005 sobre el mercado de la vivienda en España, en torno al 1 % del PIB; sin embargo, la mayoría de las ayudas son indirectas, a través del gasto fiscal.

el Comité determina que los miembros vulnerables de la sociedad deben ser en todo caso protegidos mediante la adopción de programas de relativo bajo costo. Asimismo, debe avanzarse con la mayor rapidez y eficacia posible hacia la meta. Los poderes públicos no pueden aplazar indefinidamente las actividades encaminadas a asegurar la plena efectividad del derecho. De hecho, y puesto que la garantía del derecho a la vivienda no implica la sola puesta a disposición de recursos económicos, algunos contenidos del derecho a la vivienda no tienen por qué aplazarse. Tal es el caso, por ejemplo, de la adopción de medidas legislativas para garantizar la no discriminación, o el establecimiento de un régimen de garantías para consumidores y usuarios o cualquier otra medida de policía administrativa que impida la vulneración del derecho. Lograr progresivamente el disfrute del derecho por todos significa una mejora continua de las condiciones de existencia, en los términos matizados que ya conocemos (*supra*, IV, 4.2.4). Toda medida que implique deliberadamente un retroceso en ese sentido debe ser objeto de un examen cuidadoso y tendrá que justificarse con referencia a todos los derechos consagrados en el PIDESC (*supra*, IV, 6.4) y en el marco del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que se disponga¹³⁶. En todo caso, debe hacerse un uso eficaz de los recursos disponibles.

Ahora bien, en virtud del PIDESC, e independientemente de las circunstancias económicas, los poderes públicos deben, de manera insoslayable, garantizar un nivel esencial mínimo del derecho. No es de recibo que las clases más vulnerables no cuenten ni siquiera con un alojamiento básico. En ese supuesto podría decirse que el Estado no cumple *prima facie* con sus obligaciones.

Teniendo en cuenta las anteriores obligaciones genéricas, los poderes públicos tienen otras obligaciones más específicas. A la vista de la doctrina del Comité DESC existen obligaciones de cuatro tipos:

- a) Reconocer: Los poderes públicos deben reconocer, en primer lugar, que el derecho a una vivienda digna es un derecho humano. Y en ese reconocimiento deben asegurarse de que no se adoptan medidas de ninguna clase con intención de menoscabar su contenido y derogar o modificar toda normativa que sea contraria al mismo. Además, como hemos dicho, debe adoptarse una estrategia nacional encaminada a la realización progresiva del derecho a una vivienda para to-

136. La regresividad de una medida debe ser analizada en función del objetivo deseado y las circunstancias existentes. P. ej., suprimir la deducción fiscal por la compra de una vivienda no tiene por qué ser regresivo si se establecen otro tipo de medidas compensatorias que garanticen el acceso a la vivienda a una mayor proporción de la población. La regresividad depende de su carácter no razonable ni justificado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dos, lo antes posible y asignándose siempre la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones más desfavorables.

- b) Respetar: Los poderes públicos deben abstenerse de llevar a cabo o promover toda medida que impida a las personas, por sí solas o en asociación con otras, satisfacer el derecho a una vivienda digna por sí mismas cuando están en condiciones de hacerlo. En tal sentido, deben respetar la realización de las medidas legítimas de autotutela, o la promoción de una vivienda para el propio uso. Deben respetar el pleno disfrute del derecho de participación por parte de los beneficiarios del derecho a la vivienda y su derecho a organizarse y reunirse. Deben abstenerse de llevar a cabo o promover desalojos forzosos arbitrarios de personas y grupos, y respetar el derecho a la igualdad de trato, el derecho a la vida privada en el hogar y otros derechos afines.
- c) Proteger: Los poderes públicos deben prevenir toda posible violación del derecho a la vivienda por los particulares, y si se produce deben impedir nuevos abusos y garantizar a los interesados el acceso a los recursos jurídicos que permitan reparar los daños. Deben garantizar a los ciudadanos la seguridad jurídica en la tenencia y protegerlos frente a los desalojos forzosos. Deben proteger a los particulares contra discriminaciones y acosos, suspensiones de servicios y otras amenazas. Deben proteger a los consumidores y usuarios frente a los abusos de la contraparte en la compra o el alquiler de una vivienda y garantizar que se cumplen los requisitos mínimos de seguridad, funcionalidad y habitabilidad de las viviendas. Deben proteger a los inquilinos contra aumentos injustificados o esporádicos del alquiler, establecer las medidas necesarias para impedir la especulación en la utilización del suelo y la existencia de viviendas vacías y garantizar el disfrute pacífico del hogar contra toda actuación por parte de vecinos o terceras personas en general que lo disturbén. En garantía de la neutralización de todo este tipo de intervenciones, los poderes públicos deben establecer las medidas legislativas precisas y los mecanismos judiciales y cuasijudiciales, ágiles y eficaces, y las actuaciones de policía administrativa necesarios que permitan ofrecer una justa reparación a las víctimas de toda violación del derecho a una vivienda adecuada.
- d) Realizar: Ésta es una obligación netamente intervencionista, aunque no siempre implica desembolso de fondos¹³⁷. A veces, la simple me-

137. Realmente, si aceptamos un contenido del derecho como el propuesto en este capítulo, el derecho a la vivienda sería seguramente el más barato de todos los DFSP. Para esta discusión, p. ej., HARTMAN, 2006.

diación entre arrendadores y potenciales inquilinos que desean alquilar una vivienda es suficiente para realizar el derecho. En función de su obligación de realizar, los poderes públicos emiten la correspondiente normativa sobre la utilización y la distribución del suelo, establecen mecanismos de regulación de la economía, medidas de fomento tanto a la construcción como a la capacitación económica de los demandantes de una vivienda, bien de forma directa o a través del sistema tributario, se suministran servicios públicos e infraestructuras conexas, y, cuando ni siquiera a través de las medidas de fomento implementadas pueden algunas personas acceder a una vivienda, las Administraciones Públicas deben llevar a cabo una actividad de servicio público promocionando y prestando directamente una vivienda o un alojamiento a quien lo necesita. En todo caso, deben establecerse formas y niveles de gasto que reflejen las necesidades de la sociedad y sean compatibles con las obligaciones previstas en el PIDESC y otros instrumentos jurídicos.

En la estructura del Estado, además de recordar el deber del legislador de desarrollar el artículo 47 CE (*supra*, 1.4.1) y la obligación de los tribunales de interpretar las leyes y reglamentos de conformidad con dicho precepto (*supra*, IV, 4.4.3), destaca sobre todo el papel de la Administración:

- a) La Administración del Estado, y sobre todo el Ministerio de Fomento (hoy RD 30/2011, antes Ministerio de la Vivienda) debe garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho fundamental a la vivienda en todo el territorio nacional y asegurar la financiación necesaria para ello (arts. 53 y 149.1.1 CE).
- b) Las Administraciones autonómicas, y sobre todo sus Consejerías de Vivienda o equivalentes, deben desarrollar y ejecutar los planes estatales de vivienda y regular el contenido del derecho fundamental a la vivienda, por cuanto el legislador estatal sólo parcialmente lo ha hecho. En nuestro sistema constitucional de distribución de competencias, sobre ellas recae la responsabilidad esencial en el cumplimiento del derecho a la vivienda.
- c) Los Ayuntamientos tienen un papel indispensable en materia de vivienda¹³⁸. El artículo 25.2 LBRL les obliga («El Municipio ejercerá, en todo caso») a ejercer sus competencias en materia de «ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística», lo cual les permite, entre otras cosas, formar y gestionar los patrimonios municipales de suelo

138. Para una panorámica general de las posibilidades en este ámbito, DAVIS, 2006, pp. 364 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

para la construcción de vivienda protegida, así como en materia de «promoción y gestión de viviendas». Las operaciones de realojo, la erradicación de los focos de infravivienda y chabolismo y la normalización de barrios degradados demandan, sin duda, la indispensable intervención de la Administración local. Asimismo, el artículo 25.2 obliga a los Ayuntamientos a ejercer sus competencias en materia de «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social». Además, de acuerdo al artículo 28, pueden realizar actividades complementarias a las propias de otras Administraciones públicas (entre las que se incluyen expresamente las relativas a vivienda), todo ello en el marco de la legislación dictada por el Estado y la Comunidad Autónoma respectiva y la coordinación necesaria con las Administraciones Públicas de ámbito territorial superior. Las Provincias, por su parte, tienen atribuciones de asistencia y cooperación con los municipios, muy importantes, en particular, respecto a los de menor tamaño¹³⁹. A nuestro juicio y en conclusión, del análisis sistemático de la LBRL se deriva la obligación municipal o provincial, exigible en algunos casos como derecho subjetivo, de suministrar al menos alojamiento de urgencia a las personas vinculadas a un municipio determinado que lo necesiten.

5.2.2. Los particulares

- a) Las intervenciones sobre la faceta defensiva del derecho a la vivienda suelen proceder inicialmente de particulares. Vecinos, arrendadores o empresas que tienen sus instalaciones en las inmediaciones de una vivienda pueden, eventualmente, menoscabar de formas variadas el disfrute de este derecho: el derecho fundamental impone la abstención de estas conductas. El particular que vea amenazado su derecho podrá pedir la tutela judicial para exigir la responsabilidad del eventual agresor a través de diferentes vías (*infra*, 7.4 y 7.6). Adelantemos que, en algunas ocasiones, podrá reclamar una responsabilidad contractual, como la que tiene el usuario de una vivienda frente al vendedor por vicios o defectos ocultos, de acuerdo a los artículos 1484 y siguientes CC. Otras veces la responsabilidad será extracontractual, de acuerdo al artículo 1902 del CC. A veces

139. Teniendo en cuenta la obligación de realizar un reparto equitativo de recursos en el territorio de la Comunidad Autónoma, es claro que las Diputaciones Provinciales deben, de acuerdo con los arts. 31 y 36 LBRL, emplear todos los recursos a su alcance para conseguirlo, de forma que, aunque la atención necesaria no se preste en cada uno de los municipios de la provincia, sí pueda ser lo más cercana posible al entorno habitual del interesado.

será posible, incluso, acudir a la jurisdicción penal, como viene siendo habitual en situaciones de acoso inmobiliario, bien a través del delito de coacciones (art. 172.1 CP) bien del delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP), en ambos casos cuando tengan por objeto «impedir el legítimo disfrute de la vivienda». En fin, en la mayoría de los casos el particular podrá solicitar la tutela de las Administraciones Públicas a fin de que pongan coto a una situación de agravio, ante la cual el Derecho administrativo dispone de varias posibilidades de actuación.

- b) Nuestro ordenamiento prevé asimismo obligaciones positivas relacionadas con el derecho a la vivienda que incumben a los particulares, fundamentalmente de dos tipos, bien distintos entre sí: las obligaciones de alojamiento que forman parte del deber de alimento entre parientes (arts. 142 a 153 CC)¹⁴⁰ y las obligaciones de conservación de la vivienda propia, disfrutada por otros, reguladas sobre todo en la LAU y en la LOED.

Las previstas en los preceptos citados del CC son muy importantes a la hora de determinar, a la luz del principio de subsidiariedad, el contenido mismo del derecho exigible a los poderes públicos o, más bien, el punto de partida de las obligaciones de éstos.

En cuanto a las obligaciones de los particulares de conservación de la vivienda, miran sobre todo a garantizar su habitabilidad, componente esencial del objeto protegido por el derecho fundamental (*supra*, 2). El artículo 3.1 LOED establece que «con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medioambiente, los edificios deberán [...] mantenerse y conservarse de tal forma que se satisfagan los requisitos básicos [de funcionalidad, seguridad y habitabilidad]», siendo, de acuerdo al artículo 16.1, obligaciones de los propietarios conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento. Conforme al artículo 9.1 LS, «el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende, cualquiera que sea la situación

140. El art. 142 CC cita expresamente la «habitación». El tratamiento de esta materia sufre las consecuencias de la división académica entre Derecho público y privado. Entre las monografías de civilistas que hemos manejado, sólo una (RIBOR IGUALADA, 1999) se enfrenta con detalle al problema central subyacente (que no es ni sólo público ni sólo privado), la relación de complementariedad o subsidiariedad entre prestación pública y familiar de la vivienda. La tesis que se mantiene es muy crítica con el principio de subsidiariedad (de lo estatal frente a lo familiar) pero éste es a nuestro juicio el modelo que deriva de nuestro ordenamiento, basado en una valoración constitucional positiva, que aceptamos, del fenómeno familiar.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación». En el supuesto de que los propietarios no cumplan con ese deber de conservación, dispone el artículo 45 de la misma Ley que «los Ayuntamientos podrán utilizar la ejecución forzosa y la vía de apremio para exigir el cumplimiento de sus deberes a los propietarios». Al margen de la posibilidad de ejecución forzosa, la legislación autonómica, prevé sanciones para el supuesto del incumplimiento de los deberes de conservación¹⁴¹, e incluso está prevista la posibilidad de expropiación por incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación¹⁴². Sobre la obligación de conservación incide también el artículo 9.1.b) LPH, de acuerdo al cual son obligaciones de cada propietario «mantener en buen estado de conservación su propio piso o local e instalaciones privativas, en términos que no perjudiquen a la comunidad o a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasione por su descuido o el de las personas por quienes deba responder».

En el supuesto de que la vivienda se encuentre alquilada, dispone el artículo 21.1 LAU que el arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario. Téngase en cuenta que, de acuerdo al artículo 16.2 LOED, es obligación de los usuarios de la vivienda la utilización adecuada de los edificios, de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento contenidas en el Libro del Edificio, que, según el artículo 7 de la misma norma debe ser entregado a los usuarios finales. En cualquier caso, el arrendatario, previa

-
141. Así, p. ej., el art. 108.2 de la Ley 18/2008 de Vivienda de Galicia, dispone como infracción muy grave: «el incumplimiento de los deberes de uso, mantenimiento, conservación o rehabilitación de la vivienda cuando se ponga en riesgo la seguridad o habitabilidad del edificio o vivienda», siendo grave, de acuerdo al art. 109.2, «cuando no se ponga en riesgo la seguridad o habitabilidad del edificio o vivienda».
142. El art. 36.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo establece que «el incumplimiento de los deberes de [...] rehabilitación previstos en esta Ley habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosas». A su vez, el art. 40 de la Ley 18/2007, de Cataluña, prevé la expropiación por incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación, una vez agotadas las vías de fomento y coercitivas, destacando que antes deben haberse garantizado a los propietarios que demuestren su necesidad, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste del deber de rehabilitación de su vivienda.

comunicación al arrendador, puede realizar las reparaciones que sean urgentes, exigiendo de inmediato su importe al arrendador. Ahora bien, las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario (art. 21 LAU)¹⁴³.

Debe advertirse, en todo caso, que el límite del deber de conservación se marca en la posibilidad de declaración de ruina. Al efecto, la legislación urbanística de las Comunidades Autónomas suele referir su declaración al momento en que el coste de las reparaciones necesarias supere la mitad del coste de reposición del edificio. Desde luego, para evitar que esta situación llegue a producirse deben utilizarse prácticas de policía administrativa, pero también deben ponerse en marcha políticas públicas activas. En este sentido, el Real Decreto 2066/2008, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, establece en los capítulos III y IV del Título II ayudas, en forma de préstamos convenidos y subvenciones, para efectuar actuaciones de rehabilitación¹⁴⁴. Por su parte, el artículo 18.3 del Real Decreto-ley 8/2011 establece la realización subsidiaria de las obras por la Administración competente «o la aplicación de cualesquiera otras fórmulas de reacción administrativa a elección de ésta».

La Ley 2/2011, de Economía Sostenible y el Real Decreto Ley 8/2011, impulsan las actuaciones de rehabilitación y renovación urbanas. De acuerdo al artículo 111 de la primera y 18 del segundo, la Administración competente puede ordenar la realización de obras de conservación, mejora y regeneración urbana hasta el importe máximo del deber legal de conservación, teniendo estas obras, a los efectos de la LPH, el carácter de necesarias, por lo que deben ser obligatoriamente costeadas por los propietarios de la correspondiente comunidad o agrupación de comunidades. Por su parte, el mismo artículo 111 de la Ley prevé la posibilidad, en supuestos determinados, de

143. En los contratos de arrendamiento que se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, de acuerdo con la DT II LAU, el arrendador podrá repercutir en el arrendatario el importe de las obras de reparación necesarias para mantener la vivienda en estado de servir para el uso convenido, si bien el pago se dilata en el tiempo.

144. Las actuaciones de protección a la rehabilitación de viviendas son contempladas por primera vez en el RDley 12/1980, siendo a partir de la promulgación del RD 2329/1983 cuando se inicia la protección a la rehabilitación en España con carácter generalizado. Debe resaltarse la importancia de estas ayudas tanto para poner en el mercado inmuebles desocupados como para revitalizar centros urbanos en declive. Habitualmente se ha puesto el énfasis sobre la construcción de viviendas, cuando una adecuada política pasa por reutilizar lo que ya está construido, evitándose de paso las presiones sobre las necesidades de suelo, con el grave perjuicio que ello causa en muchas ocasiones.

expropiación de aquellos elementos privativos que sean necesarios para la instalación de servicios comunes, especialmente el de ascensor.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

6.1. SOBRE LA FACETA DEFENSIVA DEL DERECHO

6.1.1. Intervenciones que afectan al disfrute de la vivienda

Son habituales los casos en que el arrendatario o propietario se ve perturbado en el pacífico disfrute de su vivienda, normalmente por particulares. El artículo 5.c) LS establece que todos los ciudadanos tienen el deber de abstenerse de realizar cualquier acto o de desarrollar cualquier actividad que comporte riesgo de perturbación o lesión de los bienes públicos o de terceros con infracción de la legislación aplicable. Los supuestos perturbadores más habituales suelen ser actividades molestas o insalubres (ruidos y olores, entre otras) u obras que afectan a la seguridad del edificio y no cuentan con la oportuna licencia urbanística. Sin perjuicio de las acciones individuales correspondientes, la LPH establece en estos casos que el Presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, debe requerir al propietario de un piso o local del edificio que realice actividades prohibidas en los estatutos de la comunidad o en la legislación vigente, su cesación. Si el infractor persiste, el Presidente, previa autorización de la Junta de Propietarios, puede dirigirse al Juzgado de Primera Instancia para pedir el cese de la actividad prohibida, que podrá ser ordenado de manera inmediata de forma cautelar. En estos supuestos, la sentencia puede llegar a imponer la privación del derecho de uso de la vivienda o local por un tiempo de hasta tres años, y si el infractor no fuese el propietario, declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento¹⁴⁵. En todo caso, el artículo 27.2.e) LAU otorga al arrendador la posibilidad de resolver el contrato de arrendamiento,

145. La legitimidad de esta medida fue confirmada por la STC 301/1993, que declaró su compatibilidad con el art. 33 CE (aunque nada dijo sobre el art. 47 CE). En cuanto a su compatibilidad con el art. 19 CE, la STC 28/1999 señaló: «los ciudadanos son libres, frente a los poderes públicos, de fijar su propia residencia en una vivienda, de su propiedad, configurada en régimen de propiedad horizontal, pero [...] en estos casos, la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos, justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares».

de pleno derecho, cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas¹⁴⁶.

Algunos supuestos de intervenciones perturbadoras del disfrute de la vivienda (en rigor, la omisión del poder público de protección frente a ellas) han sido considerados por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos, respectivamente, vulneración de los artículos 15 y 18 CE y 8 CEDH¹⁴⁷.

Otro supuesto en el que puede verse menoscabado el disfrute pacífico de la vivienda lo constituye el llamado acoso inmobiliario. La Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, lo define como «toda actuación u omisión con abuso de derecho que tiene el objeto de perturbar a la persona acosada en el uso pacífico de su vivienda y crearle un entorno hostil, ya sea en el aspecto material, personal o social, con la finalidad última de forzarla a adoptar una decisión no deseada sobre el derecho que la ampara para

146. Lo cual, por supuesto, no implica que el arrendador pueda desalojar al inquilino sin más. Si el inquilino no se fuera por su propia voluntad, el arrendador tendrá que instar juicio ordinario ante el Juzgado de primera instancia para declarar resuelto el contrato de arrendamiento y promover el desahucio, otorgando en tal caso el plazo de un mes (prorrogable excepcionalmente un mes más) que establece el art. 704 LECiv para el desalojo.
147. El derecho al uso pacífico de la vivienda ha sido reconocido por el TEDH en conexión con el artículo 8 CEDH en Sentencias tan célebres como la de 9 de diciembre de 1994, en el caso *López Ostra* contra España. En esta Sentencia, el Tribunal consideró que el Ayuntamiento de Lorca había mostrado una clara pasividad en el control de una planta de depuración de aguas y de residuos situada a escasos metros del domicilio de la demandante, sosteniendo que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera nociva para su vida privada y familiar. En sentido similar se pronunció en la Sentencia de 19 de febrero de 1998, en el caso *Guerra y otros* contra Italia, en que el Tribunal consideró que las autoridades habían violado también el artículo 8 CEDH al no actuar a tiempo para controlar la emisión de gases tóxicos causada por una planta de fertilizantes. Otro ejemplo lo constituye la Sentencia de 16 de noviembre de 2004, en el caso *Moreno Gómez* contra España, en la que el Tribunal constata una agresión grave en el derecho al respeto del domicilio de la demandante por culpa de la pasividad de la Administración frente al ruido nocturno, infringiéndose nuevamente el artículo 8. El Tribunal Constitucional recoge la doctrina del TEDH en SSTC como la 119/2001 y 16/2004, en las que se afirma que «cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)», así como que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario». Sea como fuere, estamos ante supuestos de concurrencia de derechos y nos parece más adecuado incardinar esta problemática en el derecho a la salud; al respecto, ESCOBAR ROCA, 2008, pp. 145 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ocupar la vivienda» [art. 45.3.c)]¹⁴⁸. Aunque el acoso inmobiliario puede tener un origen diverso, surge principalmente en la esfera de los contratos de arrendamiento, de arrendador hacia arrendatario, y fundamentalmente en relación con los contratos anteriores al Real Decreto-ley 2/1985, caracterizados por sus rentas bajas. De hecho, la evolución del mercado inmobiliario y el alto valor económico alcanzado por la vivienda en los últimos años ha estimulado estas prácticas, que afectan de manera principal a personas mayores. El problema que plantea la tipificación del acoso inmobiliario es que puede presentarse en una variedad de formas, lo que dificulta su protección. La Ley catalana citada establece «que la negativa injustificada de los propietarios de la vivienda a cobrar la renta arrendaticia es indicio de acoso inmobiliario», pero lo cierto es que ésta es solo una de las múltiples formas en que puede manifestarse. Otras pueden ser el incumplimiento por el arrendador de sus obligaciones de mantenimiento y conservación para forzar la declaración de ruina del edificio y dar así lugar a la resolución de los contratos de alquiler (arts. 1556 CC y 28 LAU). Penalmente, el acoso se ha castigado a través de los delitos de coacciones del artículo 172 CP¹⁴⁹, amenazas del artículo 169 CP, del delito contra la integridad moral regulado en el artículo 173.1 CP¹⁵⁰, o la falta de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta regulada en el artículo 620.2, aunque el castigo de las conductas omisivas deviene más problemático. La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado los artículos 172.1 y 173.1 CP, introduciendo expresamente dos tipos de acoso inmobiliario. Debe recordarse que la comisión del delito por motivos discriminatorios supone un agravante, de acuerdo al artículo 22 CP. Sin embargo, y en función del principio de intervención mínima del Derecho penal, se destaca la barrera que en ocasiones deben saltar las víctimas de acoso, en una tendencia a rechazar de plano sus pretensiones ante la vía penal y remitirlas a la jurisdicción civil¹⁵¹. Sea como fuere, debe recordarse que los poderes públicos deben garantizar una protección suficiente contra las presiones físicas o económicas sobre los residentes para que abandonen sus viviendas¹⁵². Así, la Ley

148. Para un exhaustivo análisis, PONCE SOLÉ, 2008, pp. 493 y ss.

149. P. ej., SAP de Valladolid 68/2006 o Sentencia 428/2008, del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona.

150. Así, la Sentencia del Juzgado nº 2 de Bilbao, de 4 de noviembre de 2008 (*Casa Tangora*), sobre el caso de un empresario, deseoso de hacerse con la totalidad del inmueble, que alquiló su parte a una familia de indigentes por un euro mensual con la finalidad de que llevaran a cabo actos de hostigamiento sobre los habitantes de las restantes viviendas para forzar la venta.

151. Así, VILLEGAS FERNÁNDEZ, 2008, con el ejemplo del Auto 232/2006 de la Audiencia Provincial de Madrid.

152. Tal y como manifiesta explícitamente el punto 30 del Anexo I del Informe A/HRC/4/18, de 5 de febrero de 2007, del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado: http://www2.ohchr.org/english/issues/housing/docs/guidelines_sp.pdf.

catalana citada sanciona administrativamente el acoso como una infracción muy grave¹⁵³.

Las intervenciones sobre el disfrute de la vivienda que hemos descrito o, al menos, las más graves y directas, se encuentran prohibidas por nuestro ordenamiento, que establece también mecanismos de reacción a favor del titular del derecho a la vivienda. En algunos casos, el sujeto perturbador puede justificar su conducta en la libertad de empresa (p. ej., una industria generadora de ruidos) o en el derecho de propiedad (p. ej., el arrendador que se niega a mantener la vivienda arrendada en buen estado) pero será difícil que estos derechos puedan prevalecer frente al derecho a la vivienda, y así lo demuestra la tendencia jurisprudencial mayoritaria (en general, *supra*, III, 4.2). De cualquier modo, como siempre sucede en los conflictos entre derechos, la necesaria ponderación debe realizarse caso a caso.

6.1.2. Intervenciones que implican la privación de la vivienda (desalojo en sentido amplio).

Veamos en primer lugar el tratamiento del desalojo forzoso en el Derecho internacional, marco necesario del análisis constitucional, por imperativo del artículo 10.2 CE. La OG 7 define los desalojos forzosos como el hecho de hacer salir a personas, familias o comunidades de los hogares que ocupan, en forma permanente o provisional, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos. Para el Comité DESC, los desalojos forzosos implican una intervención sobre el derecho a la vivienda que debe justificarse¹⁵⁴. Si bien pueden ser solicitados, ejecutados o tolerados por muy distintos agentes, la responsabilidad de los desalojos forzosos recae en último término en el Estado, lo cual no exime de responsabilidad a cualesquiera otras partes implicadas en el desalojo.

El Estado debe garantizar que los desalojos se producen únicamente en circunstancias excepcionales y con pleno respeto, entre otros, de los siguientes requisitos: previsión legal, justificación adecuada, no discriminación y disponibilidad de recursos jurídicos apropiados a las víctimas del desalojo, inclu-

153. Según PONCE SOLÉ (2008, p. 511) no habría aquí infracción del principio *non bis in idem* porque los bienes jurídicos protegidos por la legislación penal y la administrativa son diferentes.

154. Además de la OG 7, *vid.* los Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo, establecidos en el Anexo I del Informe A/HRC/4/18, de 5 de febrero de 2007, del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado, que a su vez desarrolla las Directrices completas para los derechos humanos en relación con los desplazamientos basados en el desarrollo: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Sforcedevictions.htm>. Asimismo, las SSTEDH citadas *supra*, 1.3.1.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

yendo la oportunidad de consultar a las personas afectadas, plazo suficiente y razonable de notificación antes del desalojo, información previa sobre los desalojos previstos y sus fines, presencia de funcionarios del Gobierno o de sus representantes en el desalojo, identificación exacta de las personas que efectúen el desalojo, no efectuar desalojos cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas den su consentimiento y asistencia letrada, gratuita en caso necesario¹⁵⁵.

Los desalojos forzosos pueden ser justificables¹⁵⁶. Hay que distinguir entre quienes viven pacíficamente en un lugar determinado y quienes han incumplido deliberadamente obligaciones legales o contractuales para con otros arrendatarios o residentes o para con las personas o entidades propietarias. Entre las circunstancias que pueden justificar el desalojo cabe mencionar las siguientes: a) declaraciones, ataques o tratos racistas o discriminatorios de un arrendatario o residente contra otro; b) destrucción injustificable de bienes de alquiler; c) persistente morosidad en el pago del arrendamiento a pesar de que se ha demostrado la capacidad de pago y sin que medie el incumplimiento de los deberes del propietario en cuanto a la habitabilidad de la vivienda; d) persistente conducta antisocial que amenaza, hostiga o intimida a los vecinos o conducta continua que amenaza la sanidad o la seguridad públicas; e) conducta claramente delictiva, tipificada en la ley, que amenaza los derechos ajenos; y f) ocupación ilícita de una propiedad que está habitada en el momento de la ocupación.

Antes de llevar a cabo cualquier desalojo forzoso, en particular cuando afecte a grandes grupos de personas, el Estado debe velar por que se estudien con los interesados todas las posibilidades que permitan evitar o minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza. Cualquier uso legal de la fuerza debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad, y nadie puede ser privado arbitrariamente de sus bienes o posesiones, que, de hecho, deben ser protegidos cuando son abandonados involuntariamente.

En caso de ser privados injustificadamente de bienes personales, inmobiliarios o de otro tipo, o producirse un daño económicamente evaluable, las personas deben recibir una justa indemnización. Además, los beneficiarios de un proyecto que dé lugar a un desalojo forzoso deben pagar todos los gastos que ocasione el desalojo y, en particular, los gastos de reasentamiento, que debe realizarse al menos en una vivienda digna y adecuada. Se tiene conciencia de que las circunstancias de los desalojos forzosos vinculados a

155. Sobre las garantías procedimentales de los desahucios, *vid.* la STEDH *Connors* contra Reino Unido, de 27 de mayo de 2004.

156. Para lo que sigue, *vid.* el Folleto Informativo n° 25, de la OACNUDH.

proyectos de desarrollo e infraestructuras rara vez permiten la restitución o el retorno, pero cuando lo permitan las circunstancias, el Estado debe dar prioridad a los derechos de las personas que han sido objeto de desalojo forzoso.

En todo caso, los desalojos no deben generar personas sin hogar o vulnerables a la violación de otros derechos humanos. El Estado debe prever la adopción de todas las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, especialmente a favor de los que no pueden ganarse la vida, para garantizar que se disponga o se ofrezca vivienda adecuada alternativa. La vivienda alternativa debe estar situada lo más cerca posible del lugar inicial de residencia y la fuente de ingresos de las personas desalojadas.

Una vez descritos los parámetros del desalojo según el Derecho internacional, vayamos a nuestro ordenamiento, que no contempla el desalojo como categoría jurídica unitaria, sino situaciones muy variadas, que cabe agrupar como sigue:

- a) La ordenación territorial puede implicar diversas situaciones de desalojo. En primer lugar, la ejecución del planeamiento urbanístico puede conllevar la demolición o la rehabilitación integral de un edificio. En estos casos, y de acuerdo con el artículo 16.1.e) LS, el propietario deberá garantizar el realojamiento de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual (y en términos más generosos se pronuncia ahora el art. 110.2 de la Ley 2/2011), así como el retorno cuando tengan derecho a él. En estos casos deben entenderse extinguidos los contratos de arrendamiento, sin perjuicio de la indemnización que corresponda. Cuando se trata de actuaciones aisladas no expropiatorias, la disposición adicional 11ª LS establece que los arrendatarios de las viviendas demolidas tendrán derecho al retorno regulado en la legislación arrendaticia (con los requisitos de la DA 8ª LAU¹⁵⁷, ejercitable frente al dueño de la nueva edificación. En estos casos debe garantizarse el alojamiento de los inquilinos hasta que sea posible el retorno. Lógicamente, como apunta SIBINA TOMÁS¹⁵⁸, sin la demolición total o rehabilitación integral del edificio, aunque el desalojo sea inevitable, no existe derecho de retorno. En este caso sería aplicable el artículo 26 LAU, en cuyo caso, el arrendatario puede suspender el contrato hasta que pueda

157. Con una «superficie no inferior al 50 % de la anterior, siempre que tenga al menos 90 metros cuadrados, o no inferior a la que tuviere si no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquélla y que esté ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado».

158. SIBINA TOMÁS, 2008, p. 425.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

reocupar su vivienda por el tiempo que le quede hasta la extinción de la relación contractual o desistir del mismo, sin indemnización alguna.

En ocasiones el planeamiento implica expropiaciones que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual. Independientemente del justiprecio que a los interesados corresponda por los bienes y derechos afectados, de acuerdo a la disposición adicional 11ª LS, la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación deberán garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento, poniendo a su disposición viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las sujetas a régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la normativa correspondiente.

En otras ocasiones, la ejecución de un plan urbanístico convierte a un edificio en situación de fuera de ordenación, aun cuando su construcción se adecuara perfectamente a las prescripciones del plan anterior. En estos casos, el artículo 35 LS establece que «Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incurso en dicha situación durante su vida útil».

En este grupo de intervenciones derivadas de la ordenación territorial (en sentido amplio) cabe incluir los procedimientos de ejecución forzosa y apremio (con carácter general, art. 45 LS) y las sanciones, previstas en la legislación autonómica, que impliquen el desalojo de una vivienda, por incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación urbanística o por la normativa de las viviendas de protección oficial (arts. 138 a 144 del RD 2114/1968). En estos casos, que tienen naturaleza materialmente sancionadora, no se prevén indemnizaciones ni obligaciones de realojo.

- b) En los supuestos de declaración de ruina habrá que entender extinguido el contrato de arrendamiento, de conformidad con el artículo 28.b) LAU¹⁵⁹. El artículo 34.2 de La Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, reconoce el derecho de los ocupantes legales

159. Desde luego, sin perjuicio de la posibilidad de instar la posible reparación de daños y perjuicios ocasionados en supuestos de posible negligencia o dolo por parte del arrendador.

(de todos, no sólo de los que residen en régimen de arrendamiento) que tengan su residencia habitual en edificios objeto de conservación y rehabilitación o en edificios declarados en ruina por una resolución administrativa, si no son responsables del deterioro, de retornar, que corre a cargo del propietario del inmueble. El derecho de retorno también se encuentra reconocido en el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, parcialmente vigente respecto a los contratos de «renta antigua». Conforme a su artículo 62.2 procedería una excepción a la prórroga forzosa cuando el arrendador proyectase el derribo de la finca para edificar otra con, al menos, un tercio más de viviendas que la anterior. En estos casos, el derribo tendría que autorizarlo el Delegado del Gobierno. Los arrendatarios podrían retornar al inmueble reedificado (no se menciona su realojo durante el tiempo de edificación), viendo su renta incrementada en un 5 % del capital invertido en la reconstrucción, incluyendo lo gastado en la demolición.

- c) El supuesto más habitual de privación de la vivienda es el desahucio en el marco de una relación arrendaticia. El artículo 27.2 LAU establece los motivos por los cuales el arrendador puede resolver el contrato de arrendamiento. En todo caso, deberá instar su resolución ante el Juzgado de primera instancia, exigiendo el desalojo. De ninguna manera puede entrar en una vivienda y echar por la fuerza a un inquilino que se resiste a irse. El artículo 441 CC es terminante: «En ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión mientras exista un poseedor que se oponga a ello. El que se crea con acción o derecho para privar a otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor resista la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente». Si el propietario actuase por la vía de hecho puede interponerse contra él una acción de tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de la vivienda por quien trata de ser despojado de ella o perturbado en su disfrute; de acuerdo al artículo 446 CC, «todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen». Con el juicio verbal del artículo 250 LECiv se trata de proteger a toda persona que tiene la posesión de una cosa y se siente perturbada en su derecho o es despojada de su disfrute.

El mismo artículo 250 LECiv establece el juicio verbal también cuando se trata de recobrar la finca por impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario o por extinción del plazo de la rela-

ción arrendaticia y cuando se tramita un procedimiento de desahucio por precario¹⁶⁰. Cuando el desahucio se insta por el adeudo de cantidades, puede enervarse, es decir, si antes de la celebración de la vista el arrendatario paga o pone a disposición del actor en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades adeudadas. La enervación sólo puede hacerse una vez y siempre y cuando no haya sido requerido de pago por el arrendador con un mes de antelación a la presentación de la demanda. Las modificaciones de la LECiv efectuadas por las Leyes 19/2009 y 37/2011 han acortado extraordinariamente los plazos de los procedimientos de desahucio, previniéndose incluso en su art. 440.3 la posibilidad de acelerar el lanzamiento sin la necesidad de celebración de la vista de juicio verbal¹⁶¹. Nada prevé nuestro ordenamiento sobre el realojo del desahuciado.

- d) Los casos de desahucio por impago de un préstamo hipotecario en el marco, normalmente, de la relación entre el comprador de una vivienda y una entidad financiera (arts. 126 y ss. LH) han experimentado un notable incremento en los últimos años, como consecuencia de la actual crisis económica. La regulación del proceso de ejecución hipotecaria (arts. 579, 695 y 698 LECiv) ha sido recientemente cuestionada ante el Tribunal Constitucional, entre otros motivos, por vulneración del artículo 47 CE. Al igual que en los procesos de desahucio en el marco de un arrendamiento, nada prevé nuestro

160. Téngase en cuenta que la STS de 30 de octubre de 1986, entre otras, mantiene un concepto de precarista muy amplio, pues precarista «no se refiere a la graciosa concesión a su ruego del uso de una cosa mientras lo permite el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario le atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello». De manera que el concepto de precarista se extiende a los «okupas».

161. Las modificaciones de la LECiv para la agilización de los desahucios han sido expresamente avaladas desde organismos como la OCDE (tal y como señala en su estudio económico sobre el mercado de la vivienda en España de 2005 y aplaude en su estudio económico de 2008) para incentivar el mercado de alquiler de vivienda. El Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado ha establecido que los Estados deben abstenerse de introducir cualesquiera medidas deliberadamente regresivas con respecto a la protección *de jure o de facto* contra los desalojos forzosos. Ciertamente es que los propietarios de inmuebles alegan su renuencia al alquiler debido a la inseguridad que sienten ante la dilatación de los procesos de desahucio. ¿Cabrá entender que la reforma legislativa es regresiva? Miloon Kothari, Ex-Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado así lo ha manifestado. En todo caso, como ha manifestado PISARELLO, la ausencia de un parque público de viviendas sociales llevará inevitablemente a que la medida efectivamente provea de mayor seguridad jurídica a los propietarios de viviendas en alquiler, en detrimento de los arrendatarios más vulnerables socio-económicamente.

ordenamiento sobre el realojo. El ATC de 19 de julio de 2011 ha rechazado la admisión a trámite de la cuestión, acogiéndose a su anterior doctrina sobre la compatibilidad de dicha regulación con el artículo 24 CE¹⁶². Sin embargo, nada dice sobre su compatibilidad con el derecho a la vivienda.

- e) Respecto al eventual desalojo de bienes del patrimonio de las Administraciones Públicas, el artículo 55.1 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece una previsión general de autotutela, al establecer que «las Administraciones Públicas podrán recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de su patrimonio». Así, cuando las viviendas de protección sean de titularidad pública, la Administración podrá proceder al desahucio en virtud de un acto administrativo (art. 58)¹⁶³. La normativa supletoria al efecto se encuentra en el Decreto 2114/1968.
- f) El artículo 245.2 CP (no afectado por la LO 5/2010, que modifica el art. 245.1) sanciona como delito la ocupación no violenta de inmuebles que no constituyan morada, es decir, de viviendas vacías. Lo que el tipo penal protege es la propiedad¹⁶⁴, con desconexión, como apunta HERNÁNDEZ GARCÍA¹⁶⁵, de toda finalidad vinculada a los derechos a la intimidad o a la vivienda. Desde la entrada en vigor del precepto se han alzado muchas voces pidiendo su derogación. En noviembre de 1996, un manifiesto de Jueces para la Democracia pedía la despenalización de estas conductas. El Colegio de Abogados de Barcelona emitió un informe en 1998 en la misma dirección, que envió al Defensor del Pueblo. A instancia de los grupos parlamentarios de IU y el Grupo Mixto se votó en el Congreso de los Diputados el 29 de septiembre de 1998, con resultado fallido, una proposición de ley orgánica de modificación del Código Penal.

El informe citado del Colegio de Abogados de Barcelona afirma que

162. SSTC 217/1993, FJ 2; 269/1993, FJ 4; 158/1997, FF JJ 5 a 7, y 223/1997, FF JJ 3 y 5.

163. Se ha contestado la competencia de la Administración para efectuar un desahucio, entendiendo que corresponde a los órganos de la jurisdicción civil. Al efecto, la STS de 18 de febrero de 2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo establece que «no puede prosperar el argumento de incompetencia de jurisdicción, pues la vivienda es de protección oficial, sometida a una legislación específica que autoriza el desahucio a virtud de un acto administrativo, sometido a revisión de la Sala, la cual no considera que las normas aplicadas para tal desahucio contraríen la Constitución». Para un detallado estudio del desahucio administrativo, RUIZ LÓPEZ, 2012.

164. Aunque algunos autores han considerado que el bien jurídico protegido es el orden público. Así, MANZANARES SAMANIEGO, citado por HERNÁNDEZ GARCÍA, 2006, p. 39.

165. HERNÁNDEZ GARCÍA, 2006, p. 38.

el tipo del artículo 245.2 CP colisiona con los principios de intervención penal mínima y de tutela proporcionada del bien jurídico: el Derecho penal solamente debe proteger determinados bienes jurídicos frente a los ataques más graves, siempre y cuando se revelen como inservibles para esa finalidad todos los demás medios de reacción con los que cuenta el ordenamiento jurídico. En este caso, el ordenamiento dispone de dos procesos sumarios ante la jurisdicción civil en el artículo 250.1 LECiv: el establecido para la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute, y el desahucio por precario. Como sostiene el Informe, la criminalización de la ocupación pacífica para proteger bienes inmuebles deshabitados es desequilibradora de ambos derechos (del derecho a la propiedad privada y del derecho a la vivienda) y desproporcionada con el contenido y la finalidad de cada uno de ellos. Además, la opción de dejar vacío un inmueble obvia la función social que la Constitución reconoce a la propiedad privada. Finalmente, en su Informe de 1999, el Defensor del Pueblo hace suya esta posición, considerando que «ha de ser la jurisdicción civil, con sus correspondientes acciones, la más adecuada para reponer a los propietarios en la posesión de sus inmuebles y que en el supuesto de que esas acciones civiles no ofrezcan unas respuestas eficaces y rápidas, deberán ser modificadas para lograr que dichos propietarios reciban la protección y tutela que merecen».

- g) Un supuesto peculiar en el que una persona puede ser también obligada a abandonar su vivienda es el previsto en el artículo 64 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cuya virtud «El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo». También el CP prevé, en relación con determinados delitos, la pena de prohibición del derecho a residir en determinados lugares.

Una vez referidos los supuestos más relevantes de desalojo (en sentido amplio) previstos en nuestro ordenamiento, procede una valoración de todos ellos de conformidad con el artículo 47 CE. Puede hablarse de dos grandes tipos de desalojos: los derivados de causas ajenas al titular del derecho (demolición o rehabilitación integral de edificios, declaración de ruina) y los derivados de incumplimientos por dicho titular de las obligaciones legales, de Derecho administrativo (incumplimiento de normas urbanísticas, ocupa-

ción de propiedades públicas), de Derecho civil contractual (incumplimiento de arrendamiento o de hipoteca) o patrimonial (ocupación de viviendas vacías) o de Derecho penal. En los desalojos del primer tipo las normas prevén el realojo o la indemnización, lográndose así un equilibrio entre los intereses públicos implicados y el derecho a la vivienda. En los demás casos, la intervención sobre el derecho a la vivienda, de intensidad muy variable, resulta implícitamente justificada por el legislador (ponderación abstracta), con mayor o menor fortuna, en otros derechos fundamentales (p. ej., la propiedad privada para justificar el desahucio en caso de impago de la renta o la hipoteca) o en otros bienes de relevancia constitucional (p. ej., la legalidad urbanística o el dominio público). Si es así, las intervenciones resultan en principio legítimas. Ahora bien, todas ellas plantean el problema de la situación en que queda la persona a quien legalmente se priva de la vivienda que está disfrutando, problema sobre el que nada dice la normativa correspondiente. En algunos casos, una o varias personas quedarán literalmente en la calle. Aunque quien pierda la vivienda tenga, en ocasiones, responsabilidad (objetiva, según la ley) en ello, el Derecho internacional, como ya hemos expuesto, exige al Estado en estos supuestos una alternativa. Si es así, entraría en juego la faceta prestacional del derecho, en la modalidad de alojamiento de urgencia, que ya conocemos.

6.2. SOBRE LA FACETA PRESTACIONAL DEL DERECHO

Las intervenciones más típicas sobre la faceta prestacional del derecho a la vivienda consisten en omisiones o en actuaciones insuficientes. En primer lugar, como sabemos, estas intervenciones pueden proceder de particulares, y no parece que puedan fácilmente justificarse. El derecho de propiedad no parece alegable en la negativa a realizar gastos de conservación de la vivienda propia disfrutada por el titular del derecho fundamental¹⁶⁶. En cuanto a las obligaciones de Derecho de familia, el centenario CC, casi siempre sabio, pondera bien los intereses enfrentados, sin perjuicio de su posterior concreción en vía judicial: presta vivienda quien puede, y a quien lo necesita (art. 146), todo ello de forma proporcional (arts. 145 a 147), y si la convivencia es imposible, la obligación se transforma y en su caso se extingue (art. 149).

166. Ya conocemos la tendencia jurisprudencial, mayoritaria sobre la prevalencia concreta de los derechos sociales sobre los económicos individuales (*supra*, III, 4.2). No podemos coincidir con RUIZ-RICO cuando afirma, en relación con nuestro tema (2008, p. 34), que «el constituyente ha querido ubicar a los derechos económicos individuales en una escala superior». El propio RUIZ-RICO (p. 44) cita como ejemplos de prevalencia de la vivienda sobre la propiedad las SSTC 113/1989, 222/1992, 47/1993 y 89/1994.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Ahora bien, el contenido del DFSP consiste sobre todo en que el Estado otorgue una vivienda a quien la necesita, no pudiendo obtenerla del mercado o del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Derecho de familia. Si esto es así, comprobamos que el contenido constitucional y el contenido esencial del derecho fundamental coinciden. Veamos:

- a) Si las ayudas a la compra o al alquiler son inexistentes o insuficientes, entraría en juego la obligación del Estado de otorgar a quien lo necesita un alojamiento de urgencia. Es decir, las ayudas a la compra o al alquiler no miran directamente al objeto del derecho fundamental y constituyen más bien un parche. Pertenecen al contenido adicional del derecho y por tanto la justificación de su omisión o insuficiencia puede ser más laxa, no precisando fundamentarse en otras normas constitucionales. Las ayudas no pueden vulnerar los principios de legalidad (si se cumplen los requisitos previstos, han de otorgarse¹⁶⁷), igualdad (si se otorgan a quien está en mejor situación, quienes se encuentran en una peor pueden alegar discriminación) e interdicción de la arbitrariedad (deben ser razonables, esto es, dirigirse a las situaciones de necesidad y no a otras) pero no parece posible discutir su constitucionalidad con el solo apoyo del artículo 47 CE. Esta tesis nos lleva también a una justificación más laxa de las eventuales regre-

167. En una ya consolidada jurisprudencia, dispone la STS de 25 de noviembre de 2003, recordando la de 21 de septiembre de 1995, que «en materia de subvenciones, el establecimiento de las mismas se inscribe dentro de la potestad discrecional de la Administración; pero una vez que la subvención ha sido anunciada y regulada normativamente, termina la discrecionalidad, comienza la regla y el reparto escapa del puro voluntarismo de la Administración». Así, «cuando la Administración regula y hace pública una convocatoria de subvenciones, el particular que ha solicitado la subvención en la forma y plazo exigidos, tiene derecho a obtener la subvención siempre que cumpla las condiciones en ella establecidas», «a salvo, obviamente, el supuesto de que se superen previsiones económicas o presupuestarias, ante la incidencia de multitud de peticiones, pues en tal caso la Administración tampoco está obligada a superar lo que al respecto había previsto, ya que esa previsión de tope en los Presupuestos o en las cantidades al efecto previstas y asignadas, entra también en el régimen y condiciones de la subvención, pues los solicitantes tienen derecho a la subvención, siempre que cumplan las condiciones y requisitos en ella exigidos, y exista la oportuna previsión presupuestaria, pudiendo, por tanto la Administración denegarla, cuando se ha consumido o agotado el montante económico disponible para tal subvención». Dispone asimismo la STS de 9 de febrero de 2004 que «el agotamiento de la consignación presupuestaria establecida impide que se otorguen las subvenciones, sin que exista obligación de proceder a un incremento de crédito presupuestario mediante transferencias u otros instrumentos de modificación del presupuesto, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad patrimonial en que pueda incurrir la Administración cuando concurren los requisitos establecidos para su exigencia».

siones. ¿Qué ocurre cuando un plan de vivienda rebaja cualitativa o cuantitativamente las medidas establecidas en planes anteriores? Los planes de vivienda establecerán en cada momento las medidas más adecuadas para conseguir el objetivo marcado por el artículo 47 CE, por lo que pueden variar de un ámbito temporal a otro. Ahora bien, debe reputarse inconstitucional toda medida arbitrariamente regresiva; cualquier retroceso debe estar plenamente justificado (*supra*, IV, 6.4). En todo caso, debe hacerse uso del máximo de recursos disponibles y atender en primera instancia a los más necesitados.

- b) Falta de suministro o suministro insuficiente de alojamiento de urgencia. Si se da el supuesto de hecho del derecho fundamental, esto es, la necesidad objetiva e individual de vivienda, los poderes públicos deben suministrarla, y suministrarla de forma adecuada. Aquí está en juego el contenido esencial del derecho, asociado a la dignidad de la persona, y ningún límite (tampoco, desde luego, la «reserva de lo posible»¹⁶⁸), puede justificar que la vivienda no se otorgue. Como sabemos, la regulación española del alojamiento de urgencia tiene notables insuficiencias, pero ello no impide, como más adelante veremos, la garantía judicial de esta prestación fundamental.

7. GARANTÍAS

7.1. INFORMACIÓN¹⁶⁹

La información, general y particular, sobre el derecho a la vivienda y sobre sus garantías (en sentido amplio) resulta esencial para asegurar y controlar el cumplimiento de este derecho. En línea de principio, parece razonable exigir, al menos, el deber de los poderes públicos de comunicar y dar publicidad a leyes, disposiciones y actos administrativos vinculados a las cuestiones habitacionales, sobre todo de aquellos referidos a la oferta existente, a la situación de viviendas no ocupadas o disponibles para alquilar, a los

168. 27 años después de su tesis doctoral (GARCÍA MACHO, 1982, pp. 136 y ss.), donde hizo un uso ambiguo (desde luego, distinto al hoy consolidado en la teoría general de los derechos fundamentales) de la categoría del límite, GARCÍA MACHO (2009, pp. 88 y ss.) vuelve a referirse a la reserva de lo posible como límite del derecho a la vivienda. Su argumentación, por otra parte, poco clara y desarrollada, sigue sin convencernos.

169. En este apartado nos referimos a la información en relación con la actividad de los poderes públicos. Los derechos de información que, como consumidores, tienen los usuarios de una vivienda en el marco de las relaciones de compraventa y arrendaticias son tratados *infra*, 7.3.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

regímenes de ayudas, a los peligros ambientales próximos a las viviendas o a los planes de reforma urbana programados¹⁷⁰. En relación con ello, además de recordar la normativa general sobre información [especialmente, por su interés para nuestro tema, arts. 3.5 y 35.g) LPC y 69.1 LBRL], que ya conocemos (*supra*, V, 2), deben mencionarse las normas específicas relacionadas con el derecho a la vivienda.

La obligación administrativa de información se encuentra especialmente reforzada en un ámbito de gran relevancia para el derecho a la vivienda, el urbanismo. Así, el artículo 70 ter LBRL, dispone que «las Administraciones públicas con competencias de ordenación territorial y urbanística deberán tener a disposición de los ciudadanos o ciudadanas que lo soliciten, copias completas de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística vigentes en su ámbito territorial, de los documentos de gestión y de los convenios urbanísticos», así como que «las Administraciones públicas con competencias en la materia, publicarán por medios telemáticos el contenido actualizado de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, del anuncio de su sometimiento a información pública y de cualesquiera actos de tramitación que sean relevantes para su aprobación o alteración». Por su parte, el artículo 3.2 LS establece que la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística garantizará el derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos. El artículo 4 fija como derechos de los ciudadanos «acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora» y de «ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora». El artículo 11.1 LS dispone que «todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, que nunca podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común, y deben publicarse en la forma y con el contenido que determinen las leyes».

170. PISARELLO, 2003, pp. 132-133.

Capítulo XI. El derecho a la vivienda

Para el desarrollo de las políticas y actuaciones de rehabilitación y renovación urbanas, el artículo 108 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, dispone la formación y actualización permanente de un sistema informativo general e integrado, comprensivo al menos de censos de construcciones, edificios y viviendas desocupados y de los precisados de mejora o rehabilitación; mapas de ámbitos urbanos precisados de actuaciones de rehabilitación; y un sistema público general e integrado (previsto en la DA 1ª LS) de información sobre suelo y urbanismo a través del cual los ciudadanos tengan derecho a obtener por medios electrónicos toda la información urbanística proveniente de las distintas Administraciones, respecto a la ordenación del territorio llevada a cabo por las mismas.

A fin de lograr una mayor efectividad del derecho de información, recordemos que la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, reconoce el derecho a los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 LPC, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos. Al margen del cumplimiento de esta normativa en nuestra realidad administrativa, conviene recordar sus limitaciones pues no se obliga (como sería deseable) a la Administración a publicar la información esencial sino a suministrarla (en la práctica, con muchas trabas e impedimentos) cuando los ciudadanos la solicitan.

Asimismo, es pertinente recordar que, de acuerdo con el artículo 42 LPC, «la Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación». Además, las Administraciones Públicas deben informar a los interesados del plazo máximo normativamente establecido para la resolución y notificación de los procedimientos, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. El silencio administrativo, y sin perjuicio de la obligación de resolver, es el mecanismo previsto por la misma Ley a fin de dar cumplimiento al principio de seguridad jurídica y solventar posibles situaciones de ineficacia administrativa.

Las Comunidades Autónomas han creado registros públicos de demandantes de vivienda acogida a algún régimen de protección pública cuya función es proporcionar información, favorecer la transparencia y ayudar a una adecuada adjudicación de las viviendas (*supra*, 4.2.2). Estos Registros, a la vez que proporcionan información a las Administraciones sobre las necesidades reales y la distribución territorial que deben tener las viviendas de protección pública, permitiendo así una óptima planificación territorial de la vivienda,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

proporcionan información a los usuarios sobre el parque de viviendas de protección pública existente y promueven la transparencia en la gestión.

El Real Decreto 2066/2008 determina como actuación protegida la gestión del Plan y la información a los ciudadanos sobre el mismo. En tal sentido, se fijan subvenciones, cuya cuantía se determinará en los convenios de colaboración entre el Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) y las Comunidades Autónomas, para el desarrollo de los sistemas informáticos de gestión del Plan, los registros de demandantes, las ventanillas únicas de información y gestión sobre ayudas del Plan y de otras actuaciones de las políticas de vivienda y los programas de difusión del Plan y de su desarrollo y ejecución.

Como corresponde a una sociedad democrática avanzada, es importante que las Administraciones Públicas profundicen en objetivos de transparencia en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas que tengan relación con los derechos habitacionales de los ciudadanos¹⁷¹. Sólo de esta manera es posible ejercer los propios derechos reconocidos en los instrumentos normativos y controlar el buen hacer de los gobernantes¹⁷².

Por último, es importante que la Administración cuente con registros y bases de datos que proporcionen información de calidad y suficiente para llevar a cabo una política de vivienda coherente y efectiva.

7.2. PARTICIPACIÓN

La OG 4 señala que el pleno disfrute del derecho de participar en la adopción de decisiones es indispensable si se ha de realizar y mantener el derecho a una vivienda adecuada para todos los grupos de la sociedad. Igualmente, reivindica la necesidad de adoptar una estrategia nacional de vivienda tras una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación.

171. En esta línea, p. ej., permitiendo a su vez la participación ciudadana, dispone el art. 9.2 de la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, que los proyectos de disposición general en materia de vivienda deben someterse a información pública o a audiencia del Consejo Asesor de la Vivienda. Igualmente, el art. 36.1 de la misma norma determina que los municipios, para promover la rehabilitación de inmuebles en áreas especialmente degradadas o para evitar procesos que puedan suponer riesgos para la cohesión social, pueden delimitar áreas de conservación y rehabilitación, previo trámite de información pública y audiencia a las demás Administraciones concernidas.

172. En este punto, queremos llamar la atención sobre la escasez de información estadística respecto a la vivienda en España, lo que supone un claro obstáculo para el diseño de una política adecuada que cumpla con las obligaciones internacionales; *vid.* p. ej., PALACIOS GARCÍA, 2008. En este sentido, los avances más significativos provienen de los estudios y estadísticas que el Ministerio de Vivienda viene elaborando desde su creación.

El artículo 3.2 LS establece que la legislación sobre la ordenación territorial y urbanística garantizará la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas, a la vez que el artículo 4.e) de la misma norma dispone que todos los ciudadanos tienen derecho a «participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate».

El artículo 19 del Real Decreto 2066/2008 prevé la existencia, dentro de los órganos colegiados para el seguimiento y evaluación del Plan, del Consejo del Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación, con objeto de garantizar la participación social durante la vigencia del Plan. La composición y funcionamiento de este Consejo está regulada en la Orden VIV/2668/2006, de 27 de julio. Asimismo, en la elaboración del Plan se tuvo en cuenta la participación de un abanico de entidades y colectivos interesados en cuestiones habitacionales¹⁷³. También en el ámbito estatal se constituyó en 2006 el Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación, adscrito al Ministerio de Fomento y regulado por el RD 315/2006. A su vez, la legislación autonómica ha previsto la creación de diferentes órganos de carácter consultivo a fin de permitir la participación de los agentes sociales en la elaboración y desarrollo de las políticas de vivienda y que, en términos generales, tienen competencias de información, asesoramiento, seguimiento y propuesta de iniciativas en materia de vivienda¹⁷⁴.

Las conquistas de los derechos sociales en general y de los derechos habitacionales en particular difícilmente habrían tenido lugar sin la participación y presión ejercida por las organizaciones no gubernamentales, cuya labor es fundamental tanto a nivel local como a nivel internacional. Muchas de estas organizaciones cooperan estrechamente con los organismos públicos en la prestación de servicios habitacionales, particularmente en el ámbito de

173. Entre otros, el Consejo Estatal de Mayores, el Consejo de la Juventud de España, el Consejo Nacional de Consumidores y Usuarios, el Consejo Nacional de la Discapacidad, el Foro Estatal de Participación de los Inmigrantes, así como colegios profesionales, sindicatos y organizaciones no gubernamentales con programas de vivienda.

174. Entre ellos, el Consejo Asesor de Vivienda de Extremadura previsto en el Título VIII de la Ley 3/2001, de Vivienda de Extremadura; el Observatorio de Vivienda de Galicia previsto en la Disposición Adicional sexta de la Ley 18/2008, de Vivienda de Galicia; o el Consejo Asesor de la Vivienda, el Consejo de Calidad, Sostenibilidad e Innovación de la Vivienda y el Observatorio del Hábitat y la Segregación Urbana previstos en la Ley 18/2007 del Derecho a la Vivienda de Cataluña.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los servicios sociales, proporcionando una amplia gama de servicios a las personas sin hogar y otros colectivos vulnerables. Además, realizan intensas campañas de sensibilización política, tanto respecto a las instituciones y órganos responsables del diseño de políticas públicas como respecto a la sociedad en general. Muchas de estas organizaciones son oficialmente reconocidas como interlocutores por las instancias gubernamentales. Entre otras, FEANTSA, por ejemplo, es una federación europea de organizaciones nacionales que trabajan con las personas sin hogar, cuyo papel consultivo es reconocido tanto por los órganos e instituciones de la Unión Europea como por el Consejo de Europa y las Naciones Unidas. Asimismo, estas organizaciones realizan estudios e investigaciones y promueven y facilitan el intercambio de información, llevan a cabo un importante papel de vigilancia y denuncia de violaciones y malas prácticas en el ámbito de los derechos habitacionales, y brindan a los ciudadanos educación jurídica, formación y asesoramiento a fin de darles a conocer sus derechos y la forma en que pueden hacerlos respetar.

El agravamiento de la crisis habitacional en los últimos años ha llevado a una movilización más intensa de la sociedad civil, y se han puesto en marcha diferentes movimientos sociales en defensa del derecho a la vivienda. En España, el Movimiento por una Vivienda Digna (nombre que se atribuye a una serie de movimientos sociales muy heterogéneos surgidos en España con el fin de reclamar el derecho a una vivienda digna) ha tomado un impulso especial a partir del 14 de mayo de 2006 cuando, a partir de la convocatoria de la primera gran sentada en diversas ciudades españolas, el movimiento comienza a tomar relevancia en los medios de comunicación. La garantía del derecho a la vivienda forma parte también de las reivindicaciones del llamado Movimiento del 15-M. Finalmente, la organización de Foros internacionales como el Foro Europeo de la Vivienda, el Foro Social Mundial o el Foro Social Europeo proporciona a las reivindicaciones en materia de derechos habitacionales (entre otros) una importante repercusión mediática.

7.3. POLÍTICA DEL SUELO Y DEL MERCADO INMOBILIARIO

La segunda y la tercera frase del artículo 47 CE contienen, como sabemos (*supra*, 1.2.2), cuatro mandatos de actuación, dirigidos al mejor cumplimiento del derecho fundamental reconocido en la primera frase del mismo precepto. Dos de ellos son relativamente concretos: regular «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación» y distribuir («la comunidad participará») «las plusvalías que genere la acción urbanística de los poderes públicos». Estas garantías objetivas del derecho a la vivienda han de completarse con la necesidad de una política del mercado inmobiliario (implícita en los otros dos mandatos, más genéricos, de la se-

Capítulo XI. El derecho a la vivienda

gunda frase del art. 47), dirigida, al menos, a abaratar el precio de la vivienda, dado que es una realidad indiscutida en nuestro país la carestía de la misma, que obviamente dificulta su acceso, especialmente a los jóvenes: cuanto más asequible económicamente sea la vivienda, mayor posibilidad de cumplimiento del derecho fundamental.

El valor del suelo es uno de los componentes básicos del precio de una vivienda. Las políticas públicas han promovido soluciones bien distintas para atajar este problema. La Ley 6/1998, del Régimen del Suelo y Valoraciones, apostó por proporcionar mayor flexibilidad, facilitando el aumento de la oferta de suelo, de manera que todo el suelo que no había sido incorporado al proceso urbano, en el que no concurrían razones para su preservación, podría considerarse como susceptible de ser urbanizado. La Ley, por otro lado, establecía como deberes de los propietarios de suelo urbano y urbanizable cuya transformación se promoviera, la cesión obligatoria y gratuita a la Administración del suelo correspondiente al 10 % del aprovechamiento del sector o ámbito correspondiente, porcentaje que, no obstante, podría ser reducido por la legislación urbanística autonómica. No se establecía, sin embargo, la exigencia de reservar suelo para la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Por otro lado, respecto a la valoración del suelo a efectos de expropiación, la Ley permitía considerar las expectativas generadas por la actividad administrativa de ordenación de los usos del suelo y valorar el suelo que el planeamiento consideraba urbanizable, esto es, pendiente de transformación física, como si estuviera urbanizado. Sin poner en duda las buenas intenciones del legislador de 1998, lo cierto es que las consecuencias de esta normativa fueron desafortunadas. Se produjo una funesta depredación de una parte importante de nuestro litoral y espacios paisajísticos, se incrementó espectacularmente el precio de las viviendas¹⁷⁵, decreció la construcción de vivienda de protección pública¹⁷⁶ (bien es cierto que volvió a repuntar desde 2003-2004, aunque lejos de lo deseable¹⁷⁷) y se extendió la corrupción urbanística.

175. Téngase en cuenta que, según datos del Banco de España, el precio del suelo se incrementó entre 1998 y 2005 un 500 %: http://www.mviv.es/es/pdf/revista/julio2007/s&cv_08091011.pdf.

176. Cada vez que un Ayuntamiento recalifica un terreno le corresponde un porcentaje, y aunque lo natural debiera ser destinar, al menos, una parte importante de ese suelo para construir vivienda en régimen de protección, lo cierto es que los Ayuntamientos han encontrado en el suelo una forma de financiación, vendiendo suelo público para obtener recursos. Por su parte, los promotores se han visto poco interesados en el mercado de las viviendas protegidas, dada la intensa demanda de vivienda existente en los últimos años.

177. Las estadísticas sobre vivienda protegida pueden consultarse en <http://www.fomento.gob.es/BE2/?nivel=2&orden=31000000>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Ley 8/2007, del Suelo (hoy derogada y refundida en la LS), introdujo modificaciones importantes. En primer lugar, y a efectos de alcanzar un desarrollo territorial y urbano más sostenible, el suelo urbanizable no será ya la clase residual. Sólo se podrá urbanizar el suelo necesario e idóneo para hacer ciudad, obligando a la protección del resto. Se incrementa la participación de la sociedad en las plusvalías urbanísticas que se generan, estableciendo con carácter general un porcentaje mínimo del 5 y máximo del 15 % del aprovechamiento medio (si bien la legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje hasta un máximo del 20 %). Este suelo cedido a la Administración, libre de cargas de urbanización, debe ser obligatoriamente integrado en el patrimonio público del suelo y su destino será la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o, excepcionalmente, a otros usos de interés social. Además, se fija una reserva mínima del 30 % del nuevo suelo residencial para la construcción de viviendas sometidas a algún régimen de protección pública¹⁷⁸, si bien se prevé que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística fije o permita excepcionalmente una reserva inferior para determinados municipios o actuaciones¹⁷⁹.

La Ley 8/2007, asimismo, introdujo un nuevo régimen de valoraciones, desvinculando clasificación y suelo. El suelo se valora por lo que hay, no por lo que el planeamiento urbanístico dice que puede llegar a haber en un futuro incierto. Para la Ley hay suelo rural, es decir, aquel que no está funcionalmente integrado en la trama urbana, y suelo urbanizado, entendiendo por tal el que ha sido efectiva y adecuadamente transformado por la urbanización. Ambos se valoran conforme a su naturaleza. El suelo rural se tasarà mediante la capitalización de la renta anual, real o potencial, la que sea superior, de la explotación según su estado en el momento de práctica de la valoración, y sin olvidar que, sin considerar las expectativas urbanísticas, su localización influye en el valor de este suelo. Se eliminan así las prácticas de clasificación y retención puramente especulativas. La Ley también fomenta la transparencia y la participación de los ciudadanos en los procesos de ordenación y gestión del suelo (*supra*, 7.1 y 7.2). Por otro lado, en su Exposición de Motivos, la Ley se hace eco de las denuncias de prácticas de retención y gestión especulativas de suelos. En este sentido, dispone que el incumplimiento de los deberes de edificación (en el plazo y las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística y

178. La Ley 9/2002, del Suelo y Urbanismo de Galicia, p. ej., fija en su art. 47 un porcentaje del 40 % para municipios con un mínimo de 20.000 habitantes.

179. Tanto el Informe del Defensor del Pueblo de 2007 como el Informe del Relator Especial 2008 relativo a España destacan la contribución que esta reserva mínima de suelo para la construcción de vivienda protegida ejerce en la moderación de los precios de la vivienda libre. Así trata de demostrarlo BURÓN CUADRADO, 2006.

de conformidad con la legislación aplicable) o rehabilitación (recordando el interés que muchos propietarios tienen en la declaración de ruina de un edificio) habilitará para la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o la aplicación del régimen de venta o sustitución forzosa, sin perjuicio de que la legislación sobre ordenación territorial y urbanística pueda establecer otras consecuencias¹⁸⁰.

Destacamos, finalmente, en la citada Ley 8/2007, la introducción del Agente Urbanizador, una figura acuñada en la legislación urbanística de la Comunidad Valenciana¹⁸¹ y exportada a otras Comunidades Autónomas con la que se pretende agilizar la ejecución de las obras de urbanización cuando los propietarios del suelo son reacios a llevarla a cabo. En estos casos, las Administraciones locales suelen mostrarse renuentes a adoptar las medidas que establecen las leyes autonómicas para garantizar la ejecución de los desarrollos urbanísticos previstos en los planes, como son la sustitución del sistema de compensación (en el que la iniciativa para la transformación del suelo corresponde a sus propietarios) por el de cooperación (en el que la Administración ejecuta las obras de urbanización por cuenta y cargo de los propietarios) o el de expropiación, de manera que se incumplen los plazos de ejecución del planeamiento, con las consecuencias que ello tiene sobre la disponibilidad de suelo para la promoción de viviendas. La figura del Agente Urbanizador supone que la Administración local selecciona a un particular por medio de concurso público para que gestione el desarrollo urbanístico de un ámbito de actuación, sin que tenga que ser necesariamente el propietario de los terrenos. El Agente Urbanizador ejecutará las obras de urbanización a cambio de una retribución por los propietarios del suelo. La Ley 2/2011, introduce una figura similar para la ejecución de actuaciones rehabilitadoras (art. 110.5).

La adquisición y urbanización de suelo para vivienda protegida también es objeto de financiación pública. Así, el capítulo V del Título II del Real Decreto 2066/2008 establece ayudas para la urbanización y adquisición de suelo para su inmediata edificación, y siempre que sea destinado mayoritaria-

180. P. ej., el art. 232 del Decreto 305/2006 de Cataluña establece que se inscriben en el Registro Municipal de Solares sin Edificar las fincas que han sido objeto de una declaración de incumplimiento de la obligación de edificar, que comporta la iniciación del expediente para la determinación del justiprecio, a los efectos de su expropiación o enajenación forzosa. El art. 31.3 de la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, establece que si una situación de ruina se deriva de un incumplimiento del deber de conservación y rehabilitación y transcurren dos años desde el momento de la resolución administrativa de declaración de ruina sin que se haya sustituido o rehabilitado el edificio, sin causa justificada, la Administración competente puede incluirlo en el Registro Municipal de Solares sin Edificar.

181. Introducida concretamente por la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 1994.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente a la promoción de viviendas protegidas, de manera que al menos el 50 % de la edificabilidad residencial de la unidad de actuación se destine a vivienda protegida. Las ayudas consisten en préstamos convenidos¹⁸².

En este apartado debemos hacer también referencia a las políticas llevadas a cabo por las Administraciones Públicas contra la desocupación de viviendas¹⁸³. De acuerdo al Censo de Población y Viviendas 2001, se estimó que existían 3.106.422 viviendas vacías, lo cual supone el 14,83 % de las viviendas existentes¹⁸⁴. Teniendo en cuenta la carencia de viviendas disponibles en el mercado de alquiler podemos entender la magnitud del problema. La Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, establece en su artículo 42 una serie de medidas de fomento (incluyendo subvenciones para la rehabilitación de viviendas si fuera necesario) para facilitar el alquiler de esas viviendas¹⁸⁵, pero si, aún así, el propietario persiste en su intención de mantener su vivienda desocupada, el artículo 123 cataloga ese comportamiento como muy grave¹⁸⁶. Pero, además, si la vivienda se encuentra en un ámbito declarado como ámbito de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y acordar el alquiler forzoso de la vivienda¹⁸⁷. La Ley 18/2008,

-
182. Por otro lado, se prevé que, al objeto de fomentar la urbanización de suelo para vivienda protegida, la Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES), en el marco del Plan, colabore en la promoción de suelo urbano y otros usos compatibles; la adquisición de terrenos destinados a la formación de reservas de suelo, preparación de solares o cualquier otra finalidad análoga; y la ejecución de planes y proyectos de urbanización, la creación de infraestructuras y las actuaciones protegidas en materia de vivienda (incluyendo su edificación) que le encomienden las Administraciones competentes, todo ello en el marco de los convenios que se firmen.
183. Pueden consultarse en el siguiente enlace algunas de las iniciativas llevadas a cabo al respecto en otros países de Europa: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=64475>.
184. Ello sin contar el número de viviendas secundarias existentes, cuyo número se estimó en 3.360.631: <http://www.ine.es/prodyser/pubweb/folletocenso01/pags43-52.pdf>.
185. De acuerdo al art. 3.d) de la Ley, se entiende por vivienda vacía la vivienda que queda desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años.
186. La Ley establece para las infracciones muy graves una sanción que puede llegar a los 900.000 euros. Se determina que las cantidades que se ingresen como consecuencia de las multas impuestas con carácter sancionador deben destinarse a la financiación de políticas públicas destinadas a garantizar el derecho a la vivienda.
187. La declaración de incumplimiento debe realizarse mediante un expediente contradictorio. En el acuerdo de declaración debe advertirse asimismo que, una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, si no se ha corregido la situación de desocupación, por causa imputable a la propiedad, la Administración puede expropiar temporalmente el usufructo de la vivienda, por un período no superior a cinco años, para alquilarla a terceros. En la determinación del justo precio de la expropiación se deducirán los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda.

de Vivienda de Galicia, también prevé la posibilidad de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad de los edificios y viviendas cuando estén vacíos y presenten condiciones de deterioro grave en sus requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, siempre que, al dictarse la correspondiente orden de ejecución de obras, ésta fuera desatendida por la persona propietaria (art. 30)¹⁸⁸. Por otro lado, el artículo 72.4 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, establece la posibilidad de que los Ayuntamientos exijan un recargo de hasta el 50 % de la cuota líquida del IBI sobre los inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente. A pesar de que son ya muchos los municipios que prevén este aumento en sus ordenanzas fiscales¹⁸⁹, el desarrollo reglamentario por el Gobierno no se ha producido hasta el momento. Por su parte, la Ley Foral 2/1995, de Haciendas Locales de Navarra, establece el Capítulo VIII de su Título II un impuesto sobre viviendas desocupadas¹⁹⁰.

En otro orden de cosas, el Real Decreto 2066/2008 contiene actuaciones dirigidas a adecuar la oferta de vivienda a las necesidades de la misma. Así, contiene dos tipos de ayudas:

- a) En cuanto a las *ayudas directas*, el Plan promueve las viviendas protegidas de nueva construcción, o procedentes de la rehabilitación, destina-

188. La Ley, en el art. 5.e), describe la vivienda vacía como aquella en que sus usuarios legítimos están ausentes de modo no transitorio, intermitente o provisional, presumiéndose dicha situación por la ausencia ininterrumpida por más de veinticuatro meses. La Ley dispone que la expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad requiere la previa declaración de inhabitabilidad del inmueble afectado, el incumplimiento de la correspondiente orden de ejecución y la notificación de la intimación de expropiación forzosa. Iniciado el expediente expropiatorio, la Administración proporciona una última oportunidad al propietario para realizar las obras de adecuación del inmueble y ocupe la vivienda con carácter habitual o la ponga en alquiler; de no cumplirlo, la Administración continuará adelante con el procedimiento expropiatorio. Las viviendas expropiadas serán destinadas a usos residenciales, preferentemente en régimen de alquiler para sectores desfavorecidos.

189. Pueden consultarse en la página de la Dirección General del Catastro los municipios que lo prevén en sus ordenanzas fiscales: <http://www.catastro.meh.es/jaxi/tabla.do?path=/est2008/ordenanzasfiscales/&file=04401.px&type=pcaxis&L=0>.

190. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley tienen la condición de viviendas deshabitadas las viviendas que no estén ocupadas durante más de cuatro meses en el curso de un año, salvo que su uso exclusivo sea el esparcimiento o recreo durante determinados períodos de cada año por quien sea residente en la localidad donde la vivienda esté enclavada. Para considerar una vivienda como desocupada pueden tenerse en cuenta, entre otros, los factores que, a título orientativo, dispone el art. 72 de la Ley Foral 10/2010, del Derecho a la Vivienda en Navarra.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

das al arrendamiento. Estas viviendas pueden ser promovidas sobre suelos cedidos en régimen de derecho de superficie (arts. 21 y 22). Se establece la duración mínima del arrendamiento de estas viviendas (art. 23) y la renta máxima anual que puede percibirse por metro cuadrado de superficie útil (art. 24). El Plan determina tres regímenes de viviendas protegidas en función de los ingresos de los inquilinos: régimen especial, para los inquilinos con un menor nivel de ingresos; régimen general; y régimen concertado (art. 22). Lógicamente, el valor del alquiler aumenta en función del régimen de que se trate.

Las ayudas que los promotores pueden obtener por la construcción de estas viviendas son préstamos convenidos, subsidiación de los préstamos convenidos y subvenciones, y son más altas cuando se trata de viviendas en régimen especial, siguiendo la promoción de viviendas en régimen general, y por último las viviendas en régimen concertado (en cuyo caso no se prevé la obtención de subvenciones) (arts. 27 y 28).

El promotor de estas viviendas puede ser público o privado. Cuando el promotor de las viviendas destinadas a arrendamiento es público, el Ministerio de Vivienda (hoy Fomento) puede cofinanciar la promoción con la Comunidad Autónoma. En este caso, las viviendas deben estar vinculadas al régimen de arrendamiento protegido durante toda su vida útil y, al menos, por un plazo de 25 años; su superficie útil máxima no puede exceder de 90 metros cuadrados; y los ingresos familiares máximos de los inquilinos y las rentas máximas aplicables no pueden exceder de las correspondientes a las viviendas protegidas para arrendamiento de régimen especial. En estos supuestos de cofinanciación, la cuantía máxima de la subvención es del 30 % del coste computable de edificación, que no puede exceder de 1,25 veces el MBE¹⁹¹ por metro cuadrado de superficie útil. En cualquier caso, el porcentaje de financiación a cargo de cada Administración se establecerá mediante acuerdo en la correspondiente Comisión bilateral de seguimiento del Plan (art. 31).

El Plan también promueve viviendas protegidas de nueva construc-

191. El Módulo Básico Estatal es establecido por el Consejo de Ministros, y es la cuantía por metro cuadrado de superficie útil que sirve como referencia para la determinación de los precios máximos de venta, adjudicación (hablamos de adjudicación cuando se trata de promoción de viviendas para uso propio) y renta de las viviendas objeto de ayudas. Tomando como referencia este módulo, las Comunidades Autónomas establecen los precios máximos de venta de las viviendas y de referencia para el alquiler, sin superar, eso sí, los precios máximos fijados para cada actuación protegida por el Plan.

ción o procedentes de la rehabilitación, destinadas a la venta. Las viviendas protegidas pueden pertenecer a cualquiera de los tres regímenes: especial, general y concertado, en función de los ingresos de los adquirentes, y para los cuales se fijan precios máximos de venta de acuerdo al régimen de que se trate (de nuevo será inferior para las viviendas de promoción especial y superior para las viviendas en régimen concertado). Las ayudas establecidas en estos casos para los promotores consisten en préstamos convenidos (art. 33). Las ayudas alcanzan también a quien promueve una vivienda para uso propio.

El Plan protege, asimismo, la adquisición y urbanización de suelo siempre que se destine mayoritariamente a la promoción de viviendas protegidas. A tales efectos, al menos el 50 % de la edificabilidad residencial de la unidad de actuación debe destinarse a vivienda protegida (art. 64). Los promotores de las actuaciones protegidas podrán obtener préstamos convenidos (art. 66)¹⁹².

- b) Como *ayudas indirectas*¹⁹³ cabe mencionar las reducciones del rendimiento neto del IRPF¹⁹⁴ o del tipo de gravamen del Impuesto de Sociedades¹⁹⁵ y del IVA¹⁹⁶, así como las exenciones del Impuesto

192. El RD 1713/2010 suprime las subvenciones directas previstas en la redacción original del Plan.

193. La Ley 11/2009 regula las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. Estas sociedades son un instrumento de inversión destinado al mercado inmobiliario del alquiler. Su actividad principal es la inversión, directa o indirecta, en activos inmobiliarios de naturaleza urbana para su alquiler. Su objetivo es el impulso del mercado del alquiler, para lo que se establece un régimen fiscal especial.

194. El art. 23.2 de la Ley 35/2006 (reformado por Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011) permite una reducción del rendimiento neto, en los supuestos de arrendamiento de bienes inmuebles destinados a vivienda, en un 60 %, y en un 100 % cuando el arrendatario tenga una edad comprendida entre 18 y 30 años y unos rendimientos netos del trabajo o de actividades económicas en el período impositivo superiores al IPREM. La Ley 39/2010 pretende fomentar el alquiler equiparando el tratamiento fiscal de la adquisición y del arrendamiento de la vivienda, atendiendo además a la capacidad económica del sujeto pasivo.

195. El art. 28 del RDLeg 4/2004 establece un tipo de gravamen del 1 % para las sociedades y los fondos de inversión inmobiliaria que, como instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan como objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento, así como para los que desarrollen la actividad de promoción exclusivamente de viviendas para destinarlas en su arrendamiento. Por su parte, el Capítulo III del Título VII del mismo texto establece un régimen tributario especial para las sociedades que tengan como actividad económica principal el arrendamiento de viviendas que hayan construido, promovido o adquirido. Estas sociedades tendrán una bonificación del 85 % en la parte de cuota íntegra que corresponda a las rentas derivadas del arrendamiento de viviendas que cumplan los requisitos que establece el art. 53. Dicha bonificación será del 90 % cuando se trate de rentas derivadas del arrendamiento de viviendas por discapacitados y en la misma se hubieran efectuado obras e instalaciones de adecuación.

196. El art. 91 de la Ley 37/1992 fija un tipo reducido del 4 % para las viviendas que sean

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹⁹⁷.

Por último, cabe hacer referencia a las medidas sobre el mercado inmobiliario acometidas con ocasión de la actual crisis económica¹⁹⁸. La disminución de la demanda, provocada por la disminución del crédito, ha conducido a un exceso de viviendas en venta, que lleva además al incremento de los fallidos empresariales y de la morosidad. Por otro lado, este exceso de la oferta no está sirviendo, por la rigidez en los préstamos y la lenta acomodación de los precios, para facilitar el acceso a la vivienda. De esta forma, la situación actual de nuestro mercado de la vivienda está dificultando (todavía más) el acceso a la misma, pese a la existencia de un excedente importantísimo de viviendas vacías, que además dificulta el crecimiento económico. En cuanto a las medidas adoptadas, interesa mencionar sobre todo las que mayor relación guardan con la facilitación del acceso a la vivienda, dirigidas a sostener el pago de las hipotecas. El Real Decreto 97/2009, de 6 de febrero, modifica el Real Decreto 1975/2008, de medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y acceso a la vivienda, cuyo artículo 1 extiende las medidas financieras al 50 % de la cuota hipotecaria (que nunca superará los 500 euros) y pospone su compensación hasta marzo de 2012. En segundo lugar, el Real Decreto 1961/2009, de 18 de diciembre y el Real Decreto 1713/2010 de 17 de diciembre, introducen nuevas medidas transitorias en el Real Decreto 2066/2008 (dictado antes de la crisis), prolongando

adquiridas por las entidades mencionadas en la nota anterior, siempre que a las rentas derivadas de su posterior arrendamiento les sea aplicable la bonificación mencionada.

197. El art. 45 del RDLeg 1/1993 establece una serie de exenciones del Impuesto: a) la transmisión de terrenos y solares y la cesión del derecho de superficie para la construcción de edificios en régimen de viviendas de protección pública; b) las escrituras públicas otorgadas para formalizar actos o contratos relacionados con la construcción de edificios en régimen de viviendas de protección pública; c) la constitución de sociedades y la ampliación de capital cuando tengan por exclusivo objeto la promoción o construcción de edificios en régimen de protección pública; d) las instituciones de inversión colectiva inmobiliaria reguladas en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto social exclusivo la adquisición y la promoción, incluyendo la compra de terrenos, de cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento, siempre que, además, las viviendas, las residencias estudiantiles y las residencias de la tercera edad representen conjuntamente al menos el 50 % del total del activo quedarán exentas en la modalidad de operaciones societarias del Impuesto. Del mismo modo, dichas instituciones gozarán de una bonificación del 95 % de la cuota de este Impuesto por la adquisición de viviendas destinadas al arrendamiento y por la adquisición de terrenos para la promoción de viviendas destinadas al arrendamiento.
198. Para el contexto, AZPITARTE SÁNCHEZ, 2010, pp. 165 y ss. Específicamente, BASSOLS COMA, 2011, pp. 13 y ss.

Capítulo XI. El derecho a la vivienda

la concesión de ayudas propias de la vivienda protegida para adquirir vivienda libre, pensando así en reducir el excedente de viviendas construidas y no vendidas.

De otro lado, la Ley 19/2009, de 23 de noviembre, de fomento del alquiler y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética, permite la resolución contractual anticipada por necesidades de uso de los hijos o padres del arrendador y agiliza el desahucio (mediante, p. ej., el lanzamiento por allanamiento fruto de transacción o el fin del procedimiento por decreto del secretario en caso de pago de las cantidades adeudadas)¹⁹⁹. En esta línea, la reforma de la LECiv por Ley 37/2011 incorpora nuevas medidas de agilización procesal en los juicios de desahucio. Por su parte, la Ley 11/2009, de 26 de octubre, regula las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario, uno de cuyos objetos sociales principales es la «adquisición y promoción de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento», con lo que se pretende, nuevamente, reducir el exceso de oferta.

El Capítulo IV del Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, prevé un conjunto de medidas para el fomento de las actuaciones de rehabilitación de viviendas, reforzando los contenidos del Capítulo IV del Título III de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, para la conservación y mejora del parque de viviendas existente y las obligaciones de los particulares de mantenimiento y adecuación a la normativa vigente de sus inmuebles.

A modo de valoración conjunta de este amplio conjunto de garantías objetivas del derecho a la vivienda, relativas a la política del suelo y del mercado inmobiliario, parece claro que ni el legislador ni la Administración han estado inactivos. Sus actuaciones no siempre han sido acertadas de cara a la finalidad pretendida por la CE pero difícilmente pueden calificarse de inconstitucionales. Los poderes públicos han puesto en marcha medidas orientadas a objetivos constitucionales, los cuales sólo se han cumplido en parte²⁰⁰.

199. Para más detalles, BORGIA SORROSAL, FERNÁNDEZ LÓPEZ y NAVAU MARTÍNEZ-VAL, 2011, pp. 207-214.

200. En un interesante trabajo, JIMÉNEZ-BLANCO (2002) ofrece una valoración crítica de las políticas seguidas hasta 2001, llegando a la conclusión de que el contexto social y económico de nuestro país dificulta mucho el avance en la consecución de los objetivos constitucionales; en una dirección similar, *vid.* CASTAÑÉ GARCÍA, CORTÉS ALCALÁ o LEAL, 2005. Más en general, seguramente haya que dar la razón a la doctrina mayoritaria cuando destaca la dificultad de afirmar la inconstitucionalidad de las acciones de cumplimiento de los mandatos constitucionales (p. ej., sobre nuestro tema, RUIZ-RICO, 2008, pp. 32-33); no pensamos lo mismo cuando se trata de enjuiciar algo mucho más concreto, el cumplimiento de DFSP propiamente dichos.

7.4. CONTROL ADMINISTRATIVO Y NORMATIVA DE CONSUMO

Las normas que hemos analizado en este capítulo contienen numerosas obligaciones de control administrativo, que sirven, sobre todo de forma indirecta, objetiva y preventiva, a la mejor garantía del derecho a la vivienda. Dejando aparte las obligaciones de información y participación a las que acabamos de referirnos, las obligaciones más significativas (contenidas sobre todo en la LS y en la LOED) pueden encuadrarse en las técnicas de inspección y sanción. Cuando el incumplimiento de estas obligaciones afecta a intereses individuales, pueden ser reclamadas judicialmente, aunque la normativa correspondiente no reconozca expresamente derechos subjetivos; en los demás casos, cabe la exigibilidad ante los tribunales por parte de las asociaciones o grupos legitimados para ello.

Con carácter general, el acceso a la vivienda se realiza a través del mercado, lo que implica el uso de los mecanismos de contratación propios del Derecho privado, donde prima el principio de autonomía de la voluntad. Sin embargo, la necesidad de asegurar debidamente el derecho a la vivienda digna ha llevado al legislador a limitar el libre juego de la contratación para proteger a la parte más débil de la relación contractual. Las Comunidades Autónomas disponen de competencias para legislar en este ámbito y así lo han hecho, sin perjuicio de la normativa básica estatal. En este apartado nos referiremos sobre todo a esta normativa básica, que participa de las notas propias del Derecho público y del Derecho privado.

Advertimos que tiene carácter de consumidor el que compra o alquila una vivienda a un «profesional». No nos referimos en este apartado a las relaciones de compraventa o alquiler entre particulares.

En primer lugar, de acuerdo al artículo 8.d) LGDCU es un derecho básico de los consumidores y usuarios obtener la «información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute». El artículo 60 de la misma Ley establece que, antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma gratuita, clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo. El Real Decreto 515/1989, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, desarrolla, de manera supletoria respecto al Derecho autonómico, ese derecho de información, tanto más importante cuando se trata de la compraventa de una vivienda cuya construcción no ha concluido. Así, se dispone la

obligación de suministrar información detallada del vendedor o arrendador; información concreta respecto a la identificación, diseño y características y calidad de la vivienda; precio total o renta de la vivienda (con desglose de todos los conceptos) y forma de pago (especificando el tipo de interés si se prevé el pago aplazado), que deberá establecerse en detalle en una nota explicativa; fecha de entrega de la vivienda; información sobre uso, conservación, posibles tributos aplicables y régimen de propiedad horizontal, en su caso, de la vivienda; así como la forma en la que está previsto documentar el contrato, con sus condiciones generales y especiales. Además, debe disponerse de copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.

Respecto a la forma y contenido de los contratos, tanto la LGDCU como el Real Decreto 515/1989, contienen normativa de carácter básico. Así, de acuerdo al artículo 10 del Reglamento recién citado, «los documentos contractuales de compraventa o arrendamiento de viviendas deberán ir redactados con la debida claridad y sencillez, sin referencia o remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato». A su vez, se prohíben las cláusulas abusivas, que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. De acuerdo al artículo 82.1 LGDCU, «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Los artículos 85 a 90 LGDCU detallan, con carácter general, una serie de cláusulas que se consideren abusivas, entre ellas las que suponen la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario, las que pretendan la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario o las que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado. El artículo 10 del Real Decreto 515/1989 concreta, para el caso de compraventa o arrendamiento de vivienda, el contenido de algunas de esas cláusulas consideradas abusivas, en

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

relación con el precio y condiciones de pago, la exclusión de responsabilidad del empresario y el intento de repercusión al comprador o arrendatario de fallos o errores que no les son imputables y el intento de gravar al usuario con gastos que por ley corresponden al vendedor.

En el supuesto de percepción por los promotores o gestores de la edificación de cantidades anticipadas a cuenta del precio, éstas se cubrirán, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 57/1968, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, mediante un seguro o aval bancario que indemnice el incumplimiento del contrato. De acuerdo a la disposición adicional 1ª LOED, esta normativa se aplica a la promoción de toda clase de viviendas, incluyendo las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. Además, las cantidades anticipadas deben percibirse a través de una cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Lógicamente, la obligación de devolver las cantidades entregadas a cuenta surge cuando el promotor incumple la obligación de entrega de la vivienda en las condiciones pactadas. En ese caso, de acuerdo con la disposición adicional 1ª LOED, la devolución garantizada comprenderá las cantidades entregadas más los intereses legales del dinero vigentes hasta el momento en que se haga efectiva la devolución.

Respecto a la oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas, el Real Decreto 515/1989 dispone que debe hacerse de manera que no induzca a error a los destinatarios y ajustarse a las verdaderas características, condiciones y utilidad de la vivienda, expresando si la misma se encuentra en construcción o si la edificación ha concluido (arts. 2 y 3.1). Además, dispone el artículo 3.2, con carácter básico, que «los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado». En todo caso, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción y publicidad (art. 61.3 LGDCU).

Respecto a las garantías de los usuarios en el marco de la intermediación inmobiliaria, remitimos a lo señalado por ANGELINA GONZÁLEZ²⁰¹, quien diferencia dos posibles situaciones: cuando el agente de la propiedad inmobiliaria actúa como agente de otro profesional, es decir, cuando actúa como agente de una empresa promotora inmobiliaria, y cuando interviene como

201. ANGELINA GONZÁLEZ, 2005, pp. 228-230.

agente de un particular, normalmente en la compraventa de viviendas de segunda mano. En el primer caso, los problemas que surjan con la promotora inmobiliaria que le contrate estarán sujetos al Derecho común de obligaciones y contratos. Sin embargo, en sus relaciones con el comprador de la vivienda estará sujeto a los derechos y obligaciones que, según la legislación de protección de los consumidores, le son de aplicación, especialmente en cuanto a las obligaciones de información, documentación y contenido de los contratos. En cuanto que el agente de la propiedad inmobiliaria contrate con un particular para la venta de una casa, este contrato estará sometido a la normativa de protección de los consumidores. En caso de que incurra en una actuación dolosa, culposa o negligente que le cause daños y perjuicios nos encontraríamos ante la posibilidad de que el perjudicado pueda optar o incluso ejercer simultáneamente tanto la acción de responsabilidad contractual como la extracontractual o aquiliana. Si los daños y perjuicios los sufriera el comprador de la vivienda por tal actuación dolosa, culposa o negligente éste sólo podría ejercer la acción de responsabilidad extracontractual o aquiliana.

Dentro de todo este cuadro de garantías debe tenerse también en cuenta la regulación contenida en la LOED²⁰², que fija en su Exposición de Motivos el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños (derivados del proceso edificatorio), como una aportación más a la LGDCU. Al margen de las posibles responsabilidades contractuales²⁰³, el artículo 17 de la Ley fija una responsabilidad civil de naturaleza legal sobre las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación por los daños materiales que puedan ocasionarse en el edificio, y que pueden reclamar los propietarios o terceros adquirentes de los edificios o de parte de los mismos, en el caso de que sean objeto de división²⁰⁴. Como regla general, se trata de una responsabilidad individualizada: cada uno de los intervinientes en el proceso constructivo responde de los daños y perjuicios que se deriven de su concreta actuación. No obstante, la Ley regula varios supuestos de responsabilidad solidaria: a) cuando no pueda individua-

202. Conforme a su DT I, la LOED es de aplicación a las obras de nueva construcción y a obras en los edificios existentes, para cuyos proyectos se solicite la correspondiente licencia de edificación a partir de su entrada en vigor, es decir, del 6 de mayo de 2000. Por lo tanto, para edificios que ya estaban contruidos y que no entran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, se aplicará el art. 1591 CC y no la LOED para la exigencia de responsabilidades.

203. Téngase en cuenta, p. ej., que el comprador de una vivienda puede exigir responsabilidad por vicios o defectos ocultos al vendedor en el marco del contrato de compraventa, conforme a los arts. 1484 y siguientes CC y demás legislación aplicable. El plazo de prescripción de esta acción es de 15 años, conforme al art. 1964 CC.

204. Para más detalles, GONZÁLEZ POVEDA, 2006, pp. 99 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

lizarse la causa de los daños materiales o probarse debidamente la concurrencia de culpas, sin poder precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido; b) el promotor²⁰⁵ responde siempre de manera solidaria con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción; c) cuando el proyecto haya sido contratado conjuntamente con más de un proyectista, los mismos responden solidariamente; d) cuando la dirección de obra se contrate de manera conjunta a más de un técnico, los mismos responderán solidariamente sin perjuicio de la distribución que entre ellos corresponda. A su vez, se trata como regla general de una responsabilidad personalizada, sin embargo, en ocasiones la responsabilidad es exigida por actos u omisiones de personas por las que, con arreglo a la Ley, se debe responder, a modo de culpa *in eligendo*²⁰⁶. Se trata de una responsabilidad directa, no subsidiaria, pero ello no merma las posibilidades de repetir posteriormente contra el verdadero autor de los daños ocasionados.

La Ley dispone que las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes que intervengan en el proceso de la edificación, si se prueba que aquéllos fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero o por el propio perjudicado por el daño. Así, recae sobre los agentes presuntamente responsables la prueba exculpatoria. Recordamos que el ar-

205. Téngase en cuenta que promotores también pueden ser los gestores de cooperativas o de comunidades de propietarios, por lo que a ellos se extienden las responsabilidades que afectan al promotor (art. 17.4 LOED).

206. La Ley establece los siguientes supuestos: a) los proyectistas que contraten los cálculos, estudios, dictámenes o informes de otros profesionales, serán directamente responsables de los daños que puedan derivarse de su insuficiencia, incorrección o inexactitud; b) el constructor responde directamente de los daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos derivados de la impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidas al jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan, así como de los daños materiales por vicios o defectos de ejecución ocasionados por las personas físicas o jurídicas subcontratadas para la ejecución de determinadas partes o instalaciones de la obra; c) también responde directamente el constructor de los daños materiales causados en el edificio por las deficiencias de los productos de construcción adquiridos o aceptados por él; d) quien acepte la dirección de una obra cuyo proyecto no haya elaborado él mismo, asumirá las responsabilidades derivadas de las omisiones, deficiencias o imperfecciones del proyecto (obviamente, si los posibles errores del proyecto son producto de la actuación de profesionales con los que contrataron los proyectistas, el director de obra deviene directamente responsable frente a los posteriores usuarios del edificio por esos errores). En este último supuesto, pues, el particular que ejerza una acción de responsabilidad por daños que derivan de esos errores en el proyecto, entablará la acción directamente contra el agente que asuma la dirección de la obra. De manera que el proyectista sólo tendrá una responsabilidad directa frente al propietario de la edificación cuando él mismo asume la dirección de la obra.

título 16 encomienda a los propietarios la conservación en buen estado de la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, y establece la obligación sobre los usuarios, sean o no propietarios, de utilizar adecuadamente los edificios o parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada. Esta documentación está integrada en el Libro del Edificio²⁰⁷, que debe ser entregado a los usuarios finales del edificio (art. 7), obligación que resalta igualmente el artículo 64 LGDCU, según el cual en la compraventa de viviendas debe facilitarse la documentación prevista en la Ley de Ordenación de la Edificación o norma autonómica que resulte de aplicación.

La responsabilidad regulada en la LOED deviene únicamente por las obras que menciona la Ley, es decir, obras de edificación de nueva construcción, obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios y obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección. Quiere esto decir que las obras de reparación efectuadas en un edificio ya construido y sin especial protección que no supongan una alteración de su configuración arquitectónica darán lugar a responsabilidades contractuales, pero no a la responsabilidad regulada en la Ley.

Los propietarios y terceros adquirentes de la propiedad del edificio, o de parte del mismo si es objeto de división, podrán ejercer la acción de responsabilidad durante unos plazos determinados desde la fecha de recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas (recordamos que el acta de recepción de la obra figura entre la documentación obligatoria del Libro del Edificio, lo que nos permite conocer la fecha de inicio del cómputo de la responsabilidad): a) diez años cuando se trata de daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos que afecten a la cimentación, los soportes, las vigas, los forjados, los muros de carga u otros elementos estructurales, y que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad del edificio; b) tres años cuando se trata de daños materiales causados en el edificio por vicios o defectos de los elementos constructivos o de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de

207. De acuerdo al art. 7 LOED, en el Libro del Edificio deben integrarse obligatoriamente el proyecto de la obra ejecutada, el acta de recepción de la obra, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, y la documentación relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones. La normativa autonómica regula en detalle el contenido que debe tener el Libro del Edificio.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

habitabilidad [dispuestos en el art. 3.1.c) de la Ley]; c) un año cuando se trate de daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras. Mientras en los dos primeros supuestos la responsabilidad puede exigirse a cualquiera de los agentes intervinientes en el proceso de construcción (siempre que los vicios o defectos les sean directamente imputables en el cumplimiento de sus funciones, tal y como aparecen descritas en el capítulo III de la Ley) en el último supuesto, es decir, cuando los daños afecten a elementos de terminación o acabado de obras, la responsabilidad se exige exclusivamente al constructor.

Es importante delimitar perfectamente las causas de los daños ocasionados en la edificación para realizar una correcta atribución de responsabilidades. Téngase en cuenta que si el actor dirige su acción contra un agente que resulta absuelto en la sentencia pagará las costas del proceso, y si no dirige su demanda contra quien es objetivamente responsable, nada podrá reclamarle (claro que, de acuerdo a la DA 7ª de la Ley, quien resulte demandado podrá solicitar que se notifique la demanda a cualquier otro agente que haya intervenido en el proceso edificatorio si cree que de su actuación pudieran devenir responsabilidades en la producción de los daños, lo cual incluirá la advertencia expresa de que en caso de no comparecencia, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos). En todo caso, se advierte que el director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento.

Las acciones para exigir responsabilidad están sujetas a un plazo de prescripción de dos años a contar desde que se produzcan los daños, sin perjuicio de las acciones que puedan subsistir para exigir responsabilidades por incumplimiento contractual.

Finalmente, el artículo 19 de la Ley establece la necesidad de suscribir un seguro de daños materiales o seguro de caución para garantizar el resarcimiento de los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción, a cargo del constructor cuando se trata de daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a elementos de terminación o acabado de las obras, y a cargo del promotor cuando se trata de daños materiales por vicios o defectos de ejecución que afecten a la seguridad estructural o habitabilidad del edificio. De acuerdo al artículo 19.6, el asegurador podrá optar por el pago de la indemnización en metálico que corresponda a la valoración de los daños o por la reparación de los mismos. Ahora bien, de acuerdo a la disposición adicional 2ª de la Ley, sólo sería obligatorio, en principio, suscribir el seguro para garantizar daños que afecten a la seguridad estructural del edificio, debiendo estar al desarrollo reglamentario que pu-

diera exigir los otros dos tipos de garantías²⁰⁸. Aunque la obligatoriedad de suscribir estos seguros corre a cargo de constructor y promotor, los demás agentes de la edificación a los que eventualmente pudiera imputarse alguna responsabilidad en un procedimiento concreto, pueden suscribir los oportunos seguros de responsabilidad civil.

Los conflictos derivados de la aplicación de la normativa precedente²⁰⁹, pueden resolverse fuera del ámbito judicial, a través del Sistema Arbitral de Consumo, regulado en el Real Decreto 231/2008 y en los artículos 57 y 58 LGDCU. En cuanto a las personas con discapacidad, puede acudir al artículo 17 de la Ley 51/2003, desarrollado por el Real Decreto 1417/2006.

Por último, no hay que olvidar (y de ahí la naturaleza pública y privada del Derecho de consumo) que la Administración dispone de importantes potestades (en especial la sancionadora, con carácter general, título IV de la LGDCU) para vigilar el cumplimiento de buena parte de las obligaciones privadas examinadas hasta ahora.

7.5. CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Las intervenciones de origen administrativo que afecten (directamente o, como será más frecuente, por incumplimiento del deber de protección frente a los ataques de particulares) a la faceta defensiva del derecho a la vivienda pueden ser recurridas ante la justicia contencioso-administrativa, ante la cual pueden solicitarse medidas de prevención, cesación, reparación o sanción²¹⁰. Sin embargo, lo más relevante (y dificultoso) es el control de las obligaciones administrativas positivas. Como ya hemos señalado, las numerosas obligaciones legales de actuación administrativa (que sirven, bien de cumplimiento, bien de garantía del derecho a la vivienda) descritas a lo largo de este capítulo pueden ser exigidas judicialmente, sea por los particulares directamente afectados (derecho subjetivo a la vivienda), sea por las personas jurídicas o grupos legitimados para ello (carácter objetivo del derecho a la vivienda). En el ámbito que nos ocupa, existe además normativa especial, prevalente sobre la LJCA, que permite ampliar el acceso a la jurisdicción en numerosos supuestos relacionados con el derecho a la vivienda²¹¹.

208. El Defensor del Pueblo insta al Gobierno, en su *Informe 2007* (p. 1073), para que proceda al desarrollo reglamentario que obligue a la suscripción de los seguros respectivos para garantizar la reparación de vicios constructivos que afecten a la habitabilidad del edificio y a la terminación o acabado de las obras.

209. Si se trata de un conflicto entre particulares, sin que ninguno de ellos sea profesional, resulta aplicable la Ley 60/2003, de Arbitraje.

210. Para una amplia sistematización de los controles judiciales en la materia, *vid.* BRYSON, 2006, pp. 193 y ss.

211. Según el art. 4.f) LS los ciudadanos tienen derecho a «ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Recordemos que la faceta prestacional del derecho a la vivienda, entendido como derecho subjetivo, tiene dos componentes básicos: las ayudas a la compra y al alquiler y el alojamiento de urgencia. Recordemos también (*supra*, 6.2) que la denegación de ayuda o la ayuda insuficiente (en el reglamento o en acto administrativo) puede ser recurrida, sobre todo, cuando se incumplen los principios de legalidad (ayudas previstas que no se otorgan), igualdad (ayudas discriminatorias) y no arbitrariedad²¹². No cabe sin embargo aquí un control de insuficiencia propiamente dicho, pues estamos dentro del contenido adicional del derecho. Una vez más, recordemos, que la finalidad del derecho fundamental no es ayudar a obtener vivienda sino obtenerla.

Ahora bien, desde la perspectiva del derecho fundamental subjetivo, lo más importante es garantizar su contenido esencial, esto es, el alojamiento

como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora». Más allá llegan algunas leyes autonómicas; p. ej., según el art. 6 de la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda de Cataluña, «Todos los ciudadanos, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda, pueden exigir ante los órganos administrativos y ante la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la legislación en materia de vivienda y de las disposiciones y medidas establecidas por el planeamiento urbanístico referidas a la vivienda». Sin duda el ejercicio de esta acción puede tener relevancia para exigir el cumplimiento de disposiciones como la contenida en el art. 73 de la misma Ley, según el cual «Para hacer efectivo el derecho a la vivienda en todo el territorio de Cataluña, todos los municipios de más de 5.000 habitantes y las capitales de comarca deben disponer, en el plazo de veinte años, de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales del 15 % respecto al total de viviendas principales existentes», añadiéndose que «El crecimiento del número de viviendas [así establecido] obtenido en cada quinquenio mediante la nueva construcción, la rehabilitación o la adquisición no puede ser inferior al 25 % del número de viviendas que falten para llegar al objetivo final del 15 % del total de viviendas principales». Por su parte, el art. 3 de la Ley 18/2008, de Vivienda de Galicia, dispone que «Cualquier persona, en ejercicio de la acción pública en materia de vivienda, podrá exigir ante los órganos administrativos y la jurisdicción contencioso-administrativa el cumplimiento de la normativa de vivienda, de acuerdo con la legislación aplicable».

212. Recordemos una vez más que la existencia de potestades discrecionales de la Administración no equivale a inmunidad de control judicial (art. 106.1 CE). Aunque el acceso a una determinada prestación no se configure expresamente como un derecho subjetivo típico, el particular podrá solicitarla si tiene interés legítimo y tendrá derecho a recibir una respuesta motivada, de acuerdo al art. 54 LPC. Las actuaciones discrecionales remiten a criterios de oportunidad en la apreciación de la Administración, siendo el control que realizan los tribunales de legalidad y no de oportunidad. Ahora bien, las potestades discrecionales deben ejercitarse de manera legítima y con la debida adecuación a sus fines, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho. Tratándose de un derecho fundamental, como es el derecho a una vivienda, el ámbito dejado a la discrecionalidad debe ser, en todo caso, limitado.

de urgencia, temática esta compleja, que requiere un análisis más detenido. Antes de entrar en los datos normativos, conviene recordar lo obvio²¹³: no hay, de entrada, una imposibilidad jurídica, procesal y mucho menos económica para que los jueces, excepcionalmente, palién las carencias de nuestra legislación o de nuestra práctica administrativa. Los juristas, obligados a aplicar el principio de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución y con el Derecho internacional, hemos de evitar caer en la cómoda y socorrida excusa de la dificultad y proponer soluciones imaginativas que sitúen al artículo 47 CE en el lugar que le corresponde, más cuando este precepto literalmente impone a los poderes públicos «hacer efectivo» el derecho a la vivienda, afirmación redundante (todos los derechos fundamentales deben ser efectivos) pero significativa²¹⁴.

Si se da el supuesto de hecho (necesidad objetiva de vivienda de una persona, que no puede obtenerla en el mercado o en la familia), por los motivos que sean (insuficiencia económica, desalojo de la vivienda que previamente se disfrutaba u otros), el juez debe imponer a la Administración (imponiendo en su caso medidas cautelares) el otorgamiento de una vivienda²¹⁵. Salvando supuestos puntuales (p. ej., víctimas de terrorismo en algunas Comunidades Autónomas, víctima de violencia de género o desamparo de un menor), no existe una normativa que claramente así lo exija. La CE permite aquí al juez tres opciones: interpretar las normas aplicables de conformidad con la CE (si el texto lo permite, supliendo en su caso su silencio), anular un reglamento por insuficiente o plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra una ley. Los datos normativos son heterogéneos y no cabe por tanto una solución unívoca. Para quienes continúen apegados a la literalidad del artículo 53.3 CE, recordemos que el artículo 4 a) LS salva el problema de la falta de desarrollo legislativo (*supra*, 1.4.1 c); permanece no obstante el problema de la determinación del contenido del derecho, cuestión ésta no resuelta, como sabemos, en la LS.

En el caso de Andalucía, las posibilidades de imposición judicial del alojamiento de urgencia son mayores. El artículo 20 de la Ley 1/2010, del Derecho a la Vivienda en Andalucía, como vimos, prevé, aunque de forma no muy clara, este contenido del derecho (*supra*, 4.2.3), así como, expresa-

213. Así, p. ej., PISARELLO, 2003, pp. 79-80.

214. De forma algo retórica, la STC 152/1988 recuerda esta obviedad, al señalar que el art. 47 CE constituye un mandato o directriz constitucional que ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53 CE), en el ejercicio de sus respectivas competencias (FJ 2).

215. La única afirmación clara de este punto de partida, para nosotros clave, que hemos encontrado en nuestra doctrina es PONCE SOLÉ y FERNÁNDEZ EVANGELISTA, 2010, p. 73.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente, su garantía judicial (art. 24.1). En esta Comunidad Autónoma, por tanto, no parece haber dificultad en que un juez interprete el precitado artículo 20 en sentido favorable al artículo 47 CE e imponga el alojamiento de urgencia a la Administración andaluza. En otras Comunidades Autónomas, habrá de analizarse la normativa de servicios sociales, a fin de comprobar si puede llegarse a un razonamiento semejante.

A nivel nacional, el artículo 45 del Real Decreto 3148/1978 se encuentra redactado en términos tales que no parece posible su interpretación conforme; tampoco anularlo por lo que no dice, pues su finalidad no parece ser la de desarrollar el alojamiento de urgencia como tal. Por su parte, el artículo 25.2 LBRL parece imponer, bien que de manera no expresa ni taxativa, la prestación del alojamiento de urgencia (*supra*, 5.2.1), pero llegar a esta conclusión implica interpretar el precepto citado de conformidad con el artículo 47 CE, operación que, aunque creemos ajustada a Derecho, puede resultar algo forzada.

Agotadas las posibilidades interpretativas, puede darse el caso de falta de todo referente normativo del alojamiento de urgencia. Como no hay reserva de ley en la materia, el juez puede hacer dos cosas, igualmente legítimas desde el punto de vista constitucional: exigir a la Administración (autonómica –más fácil si el EA correspondiente reconoce el derecho a la vivienda– o local –con apoyo en la LBRL–) la creación de un reglamento o, en su defecto, de un programa de actuación²¹⁶ o aplicar directamente la CE, im-

216. Éste parece ser el caso de la Sentencia *Grootboom y otros*, del Tribunal Superior del Cabo de Buena Esperanza, de 4 de octubre de 2000. Irene Grootboom y los demás demandantes habían requerido al Tribunal Superior del Cabo de Buena Esperanza una orden judicial exigiendo al gobierno local y federal la provisión de un refugio en condiciones adecuadas o un alojamiento provisional hasta que obtuvieran una vivienda permanente, tras haber sido desalojados de un terreno que ocupaban, a su vez afectado a planes oficiales de construcción de viviendas. Con base en el art. 26 de la Constitución sudafricana (según el cual toda persona tiene derecho a acceder a una vivienda adecuada, a la vez que impone al Estado la obligación de adoptar medidas razonables, tanto legislativas como de otra índole, conforme a los recursos disponibles, para lograr la realización progresiva del derecho), el PIDESC y las Observaciones Generales del Comité DESC, el Tribunal realiza un análisis de razonabilidad de las medidas adoptadas por el Estado para la realización del derecho a la vivienda. El Tribunal considera que, para ser razonables, las medidas o políticas deben atender a quienes más lo necesitan, a aquellos que se encuentran en una situación de mayor peligro o vulnerabilidad en el acceso al derecho social, más allá de su cobertura general. Así, «las medidas estadísticamente exitosas pero que no respondan a las necesidades de aquellos que resultan más vulnerables no podrán pasar el examen». Se impone la prioridad del más débil. Analizando la situación habitacional existente, el Tribunal concluye que el programa estatal no brinda ninguna solución de vivienda a los sectores con necesidades imperiosas, por lo que existe una violación del art. 26 de la Constitución. El Tribunal obliga a la Administración sudafricana a diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer

niendo a la misma Administración el otorgamiento de una prestación concreta²¹⁷, obviamente, con el respeto a un cierto ámbito de discrecionalidad administrativa, en los términos generales que ya conocemos. En el caso de las personas sin techo, la prestación de alojamiento suele venir incluida dentro de un programa de intervención más amplio y, en todo caso, las potestades discrecionales de la Administración juegan habitualmente un papel importante tanto en la propia apreciación del estado de necesidad del solicitante como de las características de la concreta prestación a otorgar. La mejor sentencia sería aquella que evitara la aplicación aislada de la CE, se apoyara en los preceptos legales [con carácter general, arts. 4.c) LS o 25.2 LBRL, y, dependiendo de cada Comunidad Autónoma, leyes sobre el derecho a la vivienda o sobre servicios sociales] e impusiera claramente el alojamiento de urgencia (la finalidad perseguida por el art. 47 CE) pero dejando a la Administración la determinación de los medios más adecuados para ello, sujetos en todo caso a la supervisión judicial en fase de ejecución de sentencia. Son frecuentes los planes de alojamiento carentes de sustento normativo, sin que nadie los haya cuestionado por ello, y no resultaría legítimo que la Administración se escudara en el principio de legalidad para negarse a cumplir la sentencia, como tampoco en la falta de habilitación presupuestaria (con carácter general, *supra*, V, 3.6).

7.6. PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL DE LA VIVIENDA

Como hemos visto, el derecho a una vivienda digna es frecuentemente menoscabado por acciones u omisiones de otros particulares, frente a las cuales el destinatario de la lesión debe poder reaccionar ante los tribunales. Al efecto, podrá reclamar el cumplimiento de las correspondientes obligaciones legales o contractuales, sí como el percibo de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, bien se deriven éstos de obligaciones contractuales (art. 1101 CC) o extracontractuales (art. 1902 CC), sin olvidarnos del concreto supuesto de responsabilidad legal regulado en el artículo 17 LOED, compatible con la exigencia de una posible responsabilidad contractual²¹⁸. Por su parte, el artículo 49 LS establece que «Los propietarios y titulares de

solución a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas. Un análisis más detallado de este caso se encuentra en ABRAMOVICH y COURTIS, 2001, pp. 71-75.

217. La determinación *prater legem* que realizan los tribunales del contenido del derecho a la vivienda (*vid.*, al respecto nuestras consideraciones generales, *supra*, IV, 4.4.3) no puede ser aquí más sencilla: que se otorgue una vivienda digna y adecuada a quien coyunturalmente carece de ella.

218. Para más detalles sobre la protección civil del comprador y del arrendatario, *vid.*, respectivamente, ALONSO PÉREZ, 2010, pp. 232 y ss. y DE SALAS MURILLO, 2010, pp. 263 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derechos reales [...] podrán exigir ante los Tribunales ordinarios la demolición de las obras e instalaciones que vulneren lo dispuesto respecto a la distancia entre construcciones, pozos, cisternas, o fosas, comunidad de elementos constructivos u otros urbanos, así como las disposiciones relativas a usos incómodos, insalubres o peligrosos que estuvieren directamente encaminadas a tutelar el uso de las demás fincas».

A su vez, y debido a la urgencia reclamada por algunas situaciones, el artículo 250.1 LECiv prevé el ejercicio de ciertas acciones de carácter interdictal que resuelven a través de un procedimiento verbal y sumario, situaciones que reclaman una especial agilidad para la protección del bien jurídico agredido o en peligro de agresión.

Al margen de la protección civil, el derecho a una vivienda digna es susceptible de protección penal, de manera directa o indirecta, bien desde un punto de vista patrimonial o desde la garantía de un espacio donde desarrollar la vida privada en paz y seguridad. Así:

- a) Previamente al acceso a la vivienda, el artículo 282 CP tipifica un delito publicitario, estableciendo penas para los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos (incluyendo naturalmente la vivienda), hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores. Por su parte, los artículos 511 y 512 CP castigan la discriminación en el ejercicio de actividades profesionales ante la denegación de una prestación a la que una persona tiene derecho. De otro lado, la doble enajenación o arrendamiento de vivienda puede ser castigada a través del tipo de estafa previsto en el artículo 251 CP. A través del mismo tipo delictivo puede ser castigada la ocultación de existencia de cargas sobre la vivienda. Además, el artículo 250.1 considera un agravante que la estafa se perpetre sobre una vivienda.
- b) La posesión pacífica de la vivienda puede ser protegida inicialmente por el delito de daños (arts. 263 y ss. CP). Por su parte, desde la reforma del CP operada por la Ley Orgánica 5/2010, el acoso inmobiliario se regula expresamente, mediante los tipos de coacciones (172.1 CP) y delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP), si bien las conductas menos graves pueden castigarse como falta, de acuerdo al artículo 620.2 CP, que regula la falta de amenaza, coacción, injuria o vejación injusta. Recordamos, no obstante, que en virtud del principio de intervención mínima del Derecho penal, la vía penal para la protección contra el acoso inmobiliario aparece con demasiada

frecuencia inaccesible (*supra*, 6.1.2). El uso pacífico de la vivienda también puede ser defendido a través del artículo 325 CP. Así, la STS 52/2003, referente a un caso de contaminación acústica provocada por el ruido de una discoteca, dispone que el ruido aparece expresamente en este artículo como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas.

- c) Por último, en cuanto a la posesión de la vivienda misma, la expropiación fuera de los casos permitidos legalmente y sin el cumplimiento de los requisitos legales es castigada en el artículo 541 CP.

7.7. GARANTÍAS INTERNACIONALES

En primer lugar, y de acuerdo a los artículos 16 y 17 PIDESC, los Estados Partes se comprometen a presentar informes periódicos, cada cinco años, sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el PIDESC²¹⁹, entre los cuales se encuentra el derecho a la vivienda. Una falla importante es que el PIDESC no prevé el acceso a los particulares al Comité, si bien España ha ratificado ya el Protocolo que sí lo permite. No obstante, existe la posibilidad de canalizarlas a través de las organizaciones no gubernamentales, quienes pueden colaborar en las actividades del Comité DESC y presionar de esta manera a los Estados para el cumplimiento de sus obligaciones²²⁰. Con frecuencia, las observaciones finales son de tal generalidad que resulta difícil identificar el comportamiento que los Estados deben adoptar de conformidad a las disposiciones del Pacto, lo que provoca que aquéllos no las tomen en cuenta seriamente. En tal sentido, las organizaciones no gubernamentales pueden impulsar un nivel de precisión mayor en la redacción de las observaciones finales, lo que redundaría en mayores posibilidades de cumplimiento por parte del Estado²²¹. Además, existen otros Comités con competencia para examinar comunicaciones de los particulares en cuestiones relacionadas con el derecho a la vivienda y en el contexto del concreto Tratado de referencia²²².

219. Como sabemos, Informes similares deben presentar los Estados a otros Comités de acuerdo a lo previsto en los Tratados correspondientes: *supra*, V, 7.2.2 E.

220. El Documento E/C.12/2000/6 explicita la participación de las organizaciones no gubernamentales en las actividades del Comité DESC: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/79b3595b0ab945afc125693d0047a504/\\$FILE/G0043093.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/898586b1dc7b4043c1256a450044f331/79b3595b0ab945afc125693d0047a504/$FILE/G0043093.pdf).

221. ABRAMOVICH, 2006, pp. 168-169.

222. Así, el Protocolo Facultativo del PIDCP, cuya entrada en vigor se produjo el 23 de marzo de 1976, prevé la posibilidad del planteamiento al Comité de Derechos Humanos de comunicaciones individuales acerca de posibles violaciones de alguno de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

También a nivel universal, deben citarse las actuaciones del Relator Especial sobre el Derecho a la Vivienda, que emitió un importante Informe sobre España el 7 de febrero de 2008²²³.

En el ámbito del Consejo de Europa, el Comité Europeo de Derechos Sociales determina si los Estados cumplen las obligaciones contraídas bajo la CSE, a cuyos efectos los Estados deben presentar informes periódicos en los que indiquen cómo ponen en práctica las prescripciones del Tratado. Además, existe un Protocolo Adicional a la CSE (no ratificado por España) por el que se establece un sistema de quejas colectivas, adoptado en 1995, que ofrece la posibilidad a las organizaciones no gubernamentales de plantear la oportuna demanda ante el Comité Europeo de Derechos Sociales por una supuesta aplicación insatisfactoria de la CSE. Al respecto, es paradigmático el caso planteado por FEANTSA contra el Estado francés por una violación del derecho a la vivienda. En una decisión de 5 de diciembre de 2007, el Comité Europeo de Derechos Sociales declaró una violación del artículo 31 CSE (revisada)²²⁴. Por otro lado, de la jurisprudencia del TEDH ya descrita (*supra*, 1.3.1) se deduce la posibilidad de presentar demandas ante el Tribunal por vulneración del derecho a la vivienda, por conexión con derechos reconocidos en el CEDH.

los derechos enumerados en el Pacto. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado en 1999, permite igualmente la presentación de comunicaciones individuales al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Asimismo, el art. 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, prevé la posibilidad de presentar comunicaciones individuales ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. El Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptado en 2006, prevé la misma posibilidad respecto al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

223. Destacamos algunas conclusiones del Informe: el Relator Especial, Miloon Kothari, muestra su preocupación por el hecho de que «a pesar de que en las disposiciones de la Constitución se reconoce que la vivienda es un derecho básico, en la práctica es considerada un simple bien de consumo, que se compra y se vende. En este contexto, debe recuperarse la función social de la vivienda y aplicarse plenamente el artículo 47 de la Constitución». Dispone que «España debería adoptar una política nacional de vivienda integral y coordinada, basada en los derechos humanos y en la protección de los más vulnerables». Además, «el Estado debería garantizar la posibilidad de invocar ante los tribunales el derecho a una vivienda adecuada, consagrado en la Constitución de España y en los correspondientes instrumentos internacionales, mediante mecanismos de denuncia accesibles a todos. Es necesario que se apliquen sin demora las recomendaciones de los órganos establecidos en virtud de tratados y del Relator Especial». El informe completo puede consultarse en la siguiente dirección: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/105/34/PDF/G0810534.pdf?OpenElement>. Asimismo, un interesante comentario y desarrollo del mismo, en OBSERVATORI DESC, 2008.

224. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC39Merits_en.pdf.

Capítulo XI. El derecho a la vivienda

Por último, si bien la Unión Europea carece de competencias específicas en materia de política habitacional, sí que tiene, sin embargo, algunas competencias ligadas de manera indirecta a esta cuestión. Así, en materia de cohesión social y territorial, renovación urbana, mejora de la eficiencia energética de los edificios, protección de los consumidores, cuestiones medioambientales, o la lucha contra la exclusión y la discriminación. En este sentido, algunos elementos del derecho a la vivienda podrían recibir tutela ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más cuando el artículo 34.3 CDF forma parte ahora del Derecho originario y por tanto ha de ser aplicado por el Tribunal.

Capítulo XII

El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad*

1. FUENTES

1.1. PRECISIÓN PRELIMINAR SOBRE DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad conforma, desde una perspectiva subjetiva o de los titulares de los derechos fundamentales, una manifestación paradigmática del Derecho constitucional de la protección social. Como se señala en el capítulo referente al derecho al beneficio de los servicios sociales, éstos configuran (en este caso, preferentemente desde el punto de vista objetivo o del contenido de los derechos fundamentales) otra manifestación paradigmática de la protección brindada por el Estado social.

Tal como apuntamos en el referido capítulo haciéndonos eco de la necesaria imbricación entre los aspectos subjetivos y objetivos, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LD), se erige en una especie de «ley marco o básica estatal de servicios sociales» (*infra*, XIII, 1.5, 2.3. y 4.2) y, al tiempo y *sólo desde cierto punto de vista*, de «ley marco o básica estatal sobre autonomía de las personas con discapacidad» pues, precisamente éstas, junto con las personas mayores, constituyen los dos grupos principales de personas beneficiarias de dicha ley. Dicho lo cual, ya de entrada y sin perjuicio de

* Por Luis JIMENA QUESADA. Capítulo elaborado en el marco del proyecto concedido en la convocatoria 2008 del Programa Consolider-Ingenio 2010 del Ministerio de Ciencia e Innovación, siendo el título del Proyecto «The Age of the Rights» (código 09I060).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

un ulterior desarrollo (*infra*, 2.1, 2.2 y 2.3), procede acotar las nociones de dependencia y discapacidad.

Si pese al uso de dichas expresiones con relación a la LD, ya criticamos en tal capítulo (*infra*, XIII, 2.3) que la restringida noción legal de «dependencia permanente» resulta parcial con respecto al derecho al beneficio de los servicios sociales (en la medida en que ese derecho, caracterizado por la nota de universalidad y potencial cobertura a toda la población, incluye asimismo y más ampliamente situaciones de dependencia sin esa nota de permanencia), o que una persona con discapacidad no será dependiente si median condiciones de accesibilidad para salvaguardar su autonomía, es obvio entonces que resulta improcedente una mera equivalencia entre las nociones de dependencia y discapacidad. Como acertadamente se ha observado, «no hay duda de que entre dependencia y discapacidad hay conexiones muy estrechas, aunque no son términos intercambiables. Podría afirmarse de modo gráfico que la dependencia es una provincia, con unas singularidades que le confieren fisonomía propia, de la discapacidad. Las personas en situación de dependencia o con necesidades intensas de apoyo para la autonomía personal (dependen de qué visión escojamos) son personas con discapacidad, pero no todas las personas con discapacidad son personas en situación de dependencia»¹.

En coherencia con lo expuesto, y comoquiera que los aspectos atinentes a las personas con discapacidad estrechamente relacionados con el acceso y beneficio a los servicios sociales ya han sido analizados en el referido capítulo a la luz de la LD, en el presente capítulo se abordarán más estrictamente las cuestiones relativas al derecho a la autonomía de las personas con discapacidad por referencia a la normativa sectorial y a los aspectos más específicos. Por añadidura, esa delimitación del objeto de estudio del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad con respecto al derecho a los servicios sociales irá asimismo acompañada de otra delimitación, a saber: en el presente capítulo no nos detendremos tampoco en la vertiente del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad que tiene que ver con el derecho a la asistencia social o al mínimo vital², para lo cual nos remitimos igualmente al capítulo correspondiente de esta obra (*infra*, XIV)³.

Como en el caso del derecho al beneficio de los servicios sociales, el

1. PÉREZ BUENO, 2006, p. 30.

2. Recuérdese que las prestaciones asistenciales por minusvalía (así como por hijo a cargo y por jubilación no contributiva) se reconocieron en la Ley 26/1990, de prestaciones no contributivas, cuyo contenido quedó integrado posteriormente en el texto refundido de la LGSS (RDLeg 1/1994).

3. Una amplia aproximación precedente en JIMENA QUESADA, 1997, pp. 277-308.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

texto normativo que mejor perfila esa delimitación es la Carta Social Europea (CSE), en cuyos artículos 13, 14 y 15 se reconocen respectivamente los derechos a la asistencia social y médica, a los beneficios de los servicios sociales, y a la *formación profesional y a la readaptación profesional y social de las personas con discapacidad*.

Es justamente este último derecho contemplado en el artículo 15 CSE (que en su versión revisada de 1996 aparece formulado de manera más avanzada en términos de *derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad*) el que integra el contenido del presente capítulo. Por lo demás, a diferencia de los derechos a la asistencia social y a los servicios sociales (cuya delimitación adquiere perfiles más complejos y multifacéticos al no contar con una disposición constitucional específica en la CE), el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, siquiera con una formulación precisada de mejora, aparece expresamente consignado en una disposición autónoma de nuestra Norma Suprema, concretamente su artículo 49⁴. En todo caso, es indudable que el derecho reconocido en el artículo 49 CE constituye una proyección directa de la fórmula del Estado social y de los valores que con ella se propugnan, especialmente libertad e igualdad (art. 1.1 CE) reales y efectivas, así como de la cláusula de progreso (art. 9.2 CE)⁵.

1.2. ANTECEDENTES

Los inicios del constitucionalismo histórico español, marcados por la Constitución de 1812, se refieren únicamente a la discapacidad, como es obvio, desde una perspectiva cívico-política, y en modo alguno socio-económica. Así, el artículo 25 de la Constitución de las Cortes de Cádiz alude a la «incapacidad física o moral» como causa de suspensión del ejercicio de los derechos asociados a la calidad de ciudadano español cuando ello se decreta en virtud de «interdicción judicial», lo que podía tener efectos para ser Diputado de Cortes, para lo que se requería «ser ciudadano que esté en el ejercicio de sus derechos» (art. 91)⁶, al margen de otros efectos político-constitucionales en ámbitos como la sucesión a la Corona⁷. Si acaso, como referencia

4. En esta tarea de delimitación, con hincapié en la atribución constitucional de competencias en materia de Seguridad Social y asistencia social, SUÁREZ CORUJO, 2006.

5. Sobre la problemática de los fundamentos sociales de la actuación de las administraciones públicas en el Estado social, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007.

6. Lo mismo prevé la Constitución de las Cortes de Cádiz para otros cargos (p. ej., art. 317 para ser alcalde, regidor o procurador síndico, o art. 330 para ser «individuo de la Diputación Provincial»).

7. Según el art. 181 de la Constitución de 1812 «las Cortes deberán excluir de la sucesión aquella persona o personas que sean incapaces para gobernar o hayan hecho cosa por que merezcan perder la corona».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

implícita de carácter socio-paternalista a las personas con discapacidad, cabría considerar las competencias de los Ayuntamientos de «cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demás establecimientos de beneficencia» (art. 321.6).

En el Estatuto Real de 1834 encontramos que «la dignidad del Prócer del Reino se pierde únicamente por incapacidad legal, en virtud de sentencia por la que se haya impuesto pena infamatoria» (art. 10), sin que esa incapacidad se mencione para el acceso a tal condición, a diferencia de la cláusula constitucional referente a la condición de «Procurador del Reino», de la que quedan excluidos «los que tengan alguna incapacidad física, notoria y de naturaleza perpetua» (art. 15.3, que no prevé en cambio que ello se decrete mediante resolución judicial, quedando indeterminado en el texto constitucional el modo de verificarlo).

Por su parte, la Constitución de 1837, que introduce formalmente en el constitucionalismo histórico español un catálogo de derechos (Título I) se limita a reconocer parcamente sólo algunos de éstos de carácter civil y político (prensa, petición, acceso a los cargos y funciones públicas, libertad o tutela judicial efectiva). Y, en cuanto a la discapacidad, ésta se contempla sólo como causa de exclusión de la sucesión a la Corona («aquellas personas que sean incapaces para gobernar o hayan hecho cosa por que merezcan perder el derecho a la Corona», según el art. 54). Prácticamente una copia es la Constitución de 1845, tanto en lo atinente al Título I como a la incapacidad en la sucesión a la Corona (en el coincidente art. 54).

Como es sabido, la Constitución de 1869 amplió el elenco de derechos civiles y políticos en el Título I, sin que por supuesto el *numerus apertus* previsto en su artículo 29 dé pie para pensar, en las coordenadas históricas del momento, en los derechos de las personas con discapacidad⁸. Por lo demás, se retoma la exclusión de la sucesión a la Corona a las personas incapaces con similar fórmula (en el art. 80) a los textos constitucionales de 1837 y 1845. La Constitución canovista posterior, de 1876, vuelve a mantener el elenco de derechos civiles y políticos en el Título I con algún recorte noto-

8. Esa fórmula abierta se retomó en el art. 31 del Proyecto de Constitución federal de la República española de 1873 («La enumeración de los derechos expresados en este título no implica la prohibición de cualquiera otro no declarado expresamente») y, si bien reconoce «la libertad del trabajo» (ap. 5 del Título preliminar) o se habla de los hospitales y demás institutos de beneficencia local y del derecho a la instrucción primaria gratuita y obligatoria como competencias de los municipios (art. 108), el Título II («De los españoles y sus derechos») incluye básicamente derechos civiles y políticos (de hecho, el art. 99 se refiere a que los Estados federados «no podrán legislar en contra los derechos individuales» o el art. 102 alude al respeto en las Constituciones respectivas de esos Estados de «los derechos de la personalidad humana»).

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

rio⁹, y mantiene la cláusula de incapacidad para suceder en la Corona (art. 64).

Ya en el siglo XX, la Constitución de 1931 no extiende explícitamente sus novedosas dosis de constitucionalismo social a las personas con discapacidad, a no ser que incluyamos implícitamente a éstas (con una visión un tanto alejada de los parámetros más modernos en la materia) en la genérica cláusula de prestación de «asistencia a los enfermos» (art. 43) o a los casos de «invalidez» del trabajador (art. 46). Por otra parte, las referencias expresas a la incapacidad en la Constitución de la II República aparentemente se reconducen más bien a causas de incompatibilidad e inelegibilidad para cargos y funciones públicas¹⁰. Finalmente, en el contexto de las Leyes Fundamentales del régimen de Franco, el artículo 28 del Fuero de los Españoles de 1945 reconocía (con una visión laboralizada similar a la del art. 46 de la Constitución de 1931) el derecho de los trabajadores a la asistencia en caso de «invalidez», caso al que aludía igualmente el Fuero del Trabajo de 1938 en el marco de la cláusula X (referente a los seguros sociales); en fin, la cláusula I.5 de dicho Fuero de 1938 establecía el deber social de trabajar para «todos los españoles no impedidos».

1.3. TEXTO CONSTITUCIONAL Y BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Aunque con una formulación superada por las nuevas tendencias en materia de protección de derechos humanos, la Constitución de 1978 es la primera de nuestro constitucionalismo histórico que dedica un precepto autónomo a los derechos de las personas con discapacidad, concretamente el artículo 49, a tenor del cual: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título [I: *De los derechos y deberes fundamentales*] otorga a todos los ciudadanos».

Este precepto ilustra claramente la visión restrictiva con la que el constituyente español de 1978 diseñó los llamados «principios rectores de la polí-

-
9. P. ej., en materia de libertad religiosa (art. 11), con un principio de tolerancia que impide la libertad de culto, a excepción de las ceremonias y manifestaciones públicas «de la religión del Estado».
 10. Así, el art. 57 (verificación por el Congreso de los Diputados acerca de «la validez de la elección y la capacidad de sus miembros») o el art. 96 (el Presidente del Tribunal Supremo está afectado por «las incapacidades e incompatibilidades establecidas para los demás funcionarios públicos»).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tica social y económica»¹¹. Efectivamente, fruto del debate constituyente es, en el art. 49, «esa infortunada expresión ("otorga") que utiliza para referirse a los derechos. Es la única vez que lo hace el texto constitucional y ha venido a ser precisamente cuando se refiere a un sector de la población secularmente marginado. Pero, por otra parte, ese amparo especial a que alude es algo inexistente en nuestra Constitución: no hay ninguna fórmula de sustanciación procesal de un supuesto amparo especial»¹². Desde luego, una lectura positiva del precepto constitucional habrá de poner el acento en el verbo «ampararán», que no debe interpretarse necesariamente como sinónimo de protección judicial, sino de garantías eficaces, entre las cuales deben figurar ciertamente las judiciales.

Por tal motivo, en la doctrina se ha sugerido acertadamente la necesidad, y aun «obligación del jurista», de «encontrar los elementos implícitos para la construcción del estatuto jurídico del minusválido si los que ofrece explícitamente la Constitución no son del todo adecuados», proponiéndose la construcción o reconstrucción de ese estatuto prefigurado en el artículo 49 por la vía de conexión de derechos (*infra*, 4.3) a través de la igualdad (material y formal de los arts. 9.2 y 14 CE, respectivamente) y de otros principios rectores de la política social y económica (arts. 40.2, 21 y 43 CE), sin olvidar los cánones internacionales¹³.

Con estos parámetros, la cuestión terminológica actual ha superado el debate constituyente no sólo en cuanto a la concepción alicorta del verbo empleado («otorga»), sino en la propia formulación de los sujetos de los derechos efectuada por el artículo 49 CE¹⁴. Como ejemplo de ello, baste recordar que junto al paquete de cuatro reformas que el Presidente del Gobierno a la sazón, José Luis Rodríguez Zapatero, pretendió lanzar *formalmente* en su primera Legislatura 2004-2008 (que afectaban al Senado, a la denominación de las Comunidades Autónomas, a la mención expresa a la Unión Europea y a la supresión de la discriminación sexual en la sucesión a la

-
11. Visión restrictiva que, afortunadamente, se ha visto superada por el desarrollo operado por la jurisprudencia constitucional en materia de derechos sociales (DE CASTRO CID, 1980, p. 141). Para analizar el desarrollo de esa jurisprudencia, MARTÍNEZ ESTAY, 1997. Un estudio exhaustivo y sistemático de los principios rectores en TAJADURA TEJADA, 2005.
 12. TORRES DEL MORAL, 2004, p. 520.
 13. *Ibidem*, pp. 520-521.
 14. En cuanto al debate constituyente, al aludir al germen del art. 49 CE (art. 42 del anteproyecto constitucional, que configuró «una atención especializada y un reforzamiento del amparo que los derechos fundamentales de este Título otorgan a todos los ciudadanos») se ha subrayado que «desde un cierto punto de vista la arquitectura y la técnica de esta redacción inicial podrían considerarse mejores que los de la resultante final» (VIDA SORIA, 1998, p. 357).

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

Corona), en diciembre de 2005 barajó la sustitución en el citado art. 49 del término «disminuidos» por el de «discapacitados»¹⁵.

En cualquier caso, semejante adecuación terminológica ya viene siendo impulsada desde hace años desde la normativa internacional y ha sido recogida explícitamente en la normativa española infraconstitucional: en cuanto a lo primero, el Preámbulo de la CDPD afirma que «la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»; en lo que concierne a lo segundo, la disposición adicional octava (*Terminología*) de la LD dispone en tal dirección que «las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía", se entenderán realizadas a "personas con discapacidad". A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" para denominarlas».

Esa adecuación terminológica se refleja asimismo en las más recientes reformas estatutarias, es decir, en los *nuevos* Estatutos de Autonomía como elementos integrantes del bloque de constitucionalidad. Así, el nuevo Estatuto valenciano (aprobado mediante LO 1/2006) encomienda a la Generalitat que salvaguarde «la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y sus familias a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, educativa o económica (art. 10.3)». El nuevo Estatuto catalán (LO 6/2006), no alude expresamente a las personas con discapacidad, debiendo entenderse incluidas éstas entre «las personas con necesidades especiales» (art. 24). El nuevo Estatuto balear (LO 1/2007) se ocupa en el marco de la educación (art. 26) de las personas con necesidades especiales por razón de discapacidad. El nuevo Estatuto andaluz (LO 2/2007) dedica una disposición específica (art. 24) a «las personas con discapacidad o dependencia», además de incluir explícitamente la discapacidad en la cláusula general de prohibición de discriminación (art. 14) y de fijar la autonomía y la integración de las personas con discapacidad como objetivo básico de la Comunidad Autónoma y como principio rector de las políticas públicas (arts. 10.3.16º y 37.5º, respectivamente). El nuevo Estatuto aragonés (LO 5/2007) también dedica una disposición específica al derecho a la autonomía de las personas con

15. Semejante propuesta de sustitución la efectuó el Presidente del Gobierno en víspera por tanto de un nuevo aniversario de nuestra Carta Magna, concretamente en una visita efectuada el 3 de diciembre de 2005 al Centro de Atención a Minusválidos Físicos de Leganés (Madrid).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

discapacidad (art. 25)¹⁶. Y el nuevo Estatuto castellano-leonés (LO 14/2007), en el amplio precepto que aparece bajo la rúbrica «derechos sociales» (art. 13) contiene también una moderna formulación de «los derechos de las personas con discapacidad» (ap. 8)¹⁷.

Con relación a las últimas reformas estatutarias, se ha resaltado que, tras cerca de treinta años de democracia, este proceso de creciente territorialización de la política, no ha terminado aún, sino que ha abierto una nueva fase que va a dar más competencias y más poder de decisión a los poderes autonómicos. Este hecho no ha dejado de incidir sobre la realidad de la discapacidad y del movimiento asociativo articulado en torno a ella. Lo cierto es que el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas se ha ido ampliando hasta abarcar un gran número de materias. Es el caso, no sólo de las competencias exclusivas en materia de asistencia social (art. 148.1.20ª CE), desde el inicio del proceso autonómico, sino también la participación en cuatro ámbitos clave: educación, laboral y de empleo, salud y accesibilidad. Ello, con independencia de que el Estado se reserve la legislación laboral (art. 149.1.7ª CE), las bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16ª CE), la legislación básica de la Seguridad Social, reservando la ejecución de sus servicios a las Comunidades Autónomas (art. 149.1.17ª CE), la regulación de las normas básicas para el desarrollo de la educación (art. 149.1.30ª CE), y la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1ª CE), siendo este último título competencial el nudo gordiano de la habilitación del Estado para actuar en materia de políticas sociales, sin perjuicio de las políticas públicas sectoriales¹⁸.

16. Según el art. 25 (*Promoción de la autonomía personal*): «1. Los poderes públicos aragoneses promoverán medidas que garanticen la autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidades, así como su participación en la vida de la comunidad. 2. Los poderes públicos aragoneses promoverán la enseñanza y el uso de la lengua de signos española que permita a las personas sordas alcanzar la plena igualdad de derechos y deberes».
17. A tenor del art. 13.8 del nuevo Estatuto castellano-leonés: «1. Las personas de Castilla y León con algún grado de discapacidad tienen derecho a la igualdad de trato y de oportunidades, a la accesibilidad en cualquier ámbito de su vida, así como a las ayudas públicas necesarias para facilitar su plena integración educativa, laboral y social. Mediante ley se asegurará la supresión de barreras en los espacios y dependencias de uso público y en el transporte público colectivo de pasajeros. La ley reconocerá asimismo la participación de las personas con discapacidad en la definición de las políticas que les afecten a través de las asociaciones representativas de sus intereses. Los poderes públicos promoverán el uso de la lengua de signos española de las personas sordas, que deberá ser objeto de enseñanza, protección y respeto. Además, se implementará la utilización por las Administraciones Públicas de la Comunidad de los sistemas que permitan la comunicación a los discapacitados sensoriales».
18. CABRA DE LUNA, 2006, pp. 62-63.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

1.4. NORMATIVA INTERNACIONAL

La normativa internacional en materia de autonomía de las personas con discapacidad ha impregnado, como no puede ser de otro modo, la legislación nacional en dicho terreno (*infra*, 1.5). En lo que nos afecta, resulta de interés acercarse a las normas universales (Naciones Unidas), así como a las normas regionales del Consejo de Europa y de la Unión Europea¹⁹.

Sin lugar a dudas, el tratado internacional de la ONU por excelencia es la mencionada CDPD²⁰, que establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación, la igualdad entre el hombre y la mujer, la igualdad de oportunidades, y el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; la accesibilidad; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (art. 3)²¹. Esta Convención establece un sistema de control basado en la presentación de informes por los Estados Partes y su examen por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, un mecanismo de informes que queda mejorado (a través del Protocolo Facultativo a la Convención, que es de la misma fecha, 13 de diciembre de 2006) por un sistema de peticiones individuales susceptibles de ser presentadas ante dicho Comité²².

Cabe reseñar que la incorporación al ordenamiento español de la CDPD se ha visto completada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, asumiéndose con ello la perspectiva social y de derechos y capacidades frente al superado modelo médico y rehabilitador que inspiró el art. 49 CE.

En el ámbito del Consejo de Europa, el tratado más emblemático y conocido (el CEDH), como instrumento básico de derechos civiles y políticos no recoge el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, lo cual

-
19. Un amplio acercamiento al marco jurídico internacional y comunitario europeo en materia de discapacidad en BAVIERA PUIG, 2007.
 20. Instrumento de ratificación por parte de España publicado en el BOE n° 96, de 21 de abril de 2008.
 21. Un interesante estudio sobre el hito que marca en el Derecho internacional de los derechos humanos esta Convención de Naciones Unidas de 2006 en CARDONA LLORENS y SANJOSÉ GIL, 2008, pp. 163-204.
 22. Instrumento de ratificación por parte de España publicado en el BOE n° 97, de 22 de abril de 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

no ha sido óbice para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ocupe de tal derecho a través de otros expresamente consignados en el Convenio (arts. 3 u 8, *infra*, 7.2.2), sobre todo en conexión con el derecho a la igualdad del artículo 14 del texto convencional, a pesar de que éste no mencione entre los motivos por los que no cabe discriminación la situación de discapacidad²³. En todo caso, esta cláusula de igualdad se ha visto reforzada por el Protocolo n° 12 al Convenio, de 4 de noviembre de 2000²⁴.

Cabalmente, el Protocolo n° 12 adopta «nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de una prohibición general de discriminación» (Preámbulo), sin que en esa prohibición general (art. 1) se mencione tampoco la discapacidad como causa de no discriminación²⁵. A este respecto, en la memoria explicativa del Protocolo n° 12 se justifica que «la lista de motivos de discriminación que figura en el artículo 1 es idéntica a la del artículo 14 del Convenio. Esta solución se ha considerado preferible a otras, como *la que consistía en incluir expresamente ciertos motivos adicionales* (p. ej., *la discapacidad física y psíquica*, la orientación sexual, la edad), no por desconocer que, en las sociedades actuales, esos motivos han adquirido una importancia particular frente a la época de la redacción del artículo 14 del Convenio, sino porque tal inclusión se ha considerado inútil desde el punto de vista jurídico, ya que la lista de motivos de discriminación no es exhaustiva, y la inclusión de cualquier motivo adicional particular podría engendrar interpretaciones a contrario indeseables relativas a la discriminación fundada en los motivos no mencionados. Se recuerda que el TEDH ya ha aplicado el artículo 14 con respecto a motivos de discriminación que no se mencionan en esa disposición (véase, p. ej., por lo que se refiere al motivo de orientación sexual, la sentencia de 21 de diciembre de 1999 sobre el *asunto Salgueiro da Silva Mouta c/Portugal*)». En coherencia con ello, la propia memoria explicativa sugiere la posibilidad de adoptar medidas de

23. Por supuesto, esa lista de motivos del art. 14 del CEDH no es un *numerus clausus*, como ha subrayado la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: STEDH *Engel y otros* contra Países Bajos, de 8 junio 1976, lista abierta de los motivos de no discriminación (grado militar).
24. Instrumento de ratificación por parte de España publicado en el BOE n° 64, de 14 de marzo de 2008.
25. Ésta es la redacción del art. 1, *Prohibición general de discriminación*: «1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

acción positivas (a favor de las personas con discapacidad, entre otras), añadiendo que «el hecho de que ciertos grupos o categorías de personas sean desfavorecidos o la existencia de ciertas desigualdades de hecho puede constituir una justificación para la adopción de medidas por las que se concedan ventajas específicas para promover la igualdad, a condición de que se respete el principio de proporcionalidad».

Indudablemente, como se avanzó (*supra*, 1.1), la formulación más moderna y completa del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad en el ámbito del Consejo de Europa corresponde a la Carta Social Europea (CSE) revisada de 1996, en particular su artículo 15 (*Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad*), que merece la pena transcribir: «Para garantizar a las personas con discapacidad, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su minusvalía, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas con discapacidad orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas; 2. A promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas con discapacidad en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de los minusválidos o, cuando ello no sea posible por razón de la minusvalía, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo; 3. a promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio».

Por último, en el seno de la Unión Europea²⁶, el artículo 19.1 TFUE (antes art. 13.1 TCE) manda a las instituciones comunitarias «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, *discapacidad*, edad u orientación sexual»²⁷. En desarrollo de este mandato se han adoptado normas de

26. Un análisis detallado acerca del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia en el Derecho comunitario europeo puede encontrarse en dos contribuciones de BIEL PORTERO y REY ANEIROS, 2007.

27. WHITTLE, 2000, pp. 33-48.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Derecho derivado o secundario, señaladamente la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. Por su lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF) abre su Capítulo tercero («Igualdad») con la cláusula general según la cual «todas las personas son iguales ante la ley» (art. 20), que se concreta a ren-glón seguido prohibiendo «toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características ge-néticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, *disca-pacidad*, edad u orientación sexual» (art. 21); y, específicamente, el artículo 26 (bajo la rúbrica *Integración de las personas discapacitadas*) dispone que «la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a benefi-ciarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad»²⁸.

1.5. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

La primera disposición legislativa de desarrollo directo del artículo 49 CE fue la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos²⁹. Según su artículo 1, los principios que inspiran dicha Ley «se fundamentan en los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela ne-cesarias».

Pese a su relevancia, este primer desarrollo legislativo postconstitucional fue completado dos décadas más tarde de forma decidida incidiendo en el principio de no discriminación mediante Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyo artículo 1 dispone que el texto legal «tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el dere-cho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con-forme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE»³⁰: su complemento necesario es la más

28. MABBETT, 2005, pp. 97-120.

29. Así lo expresaba su art. 1: «Los principios que inspiran la presente Ley *se fundamentan en los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce*, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias».

30. Con la Ley 51/2003 se pretendía con carácter añadido (según el Preámbulo) «trans-curridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia» llevar a cabo un «renovado

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

reciente Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Con anterioridad a ella, y con las reservas expresadas en torno a la delimitación entre dependencia y discapacidad (*supra*, 1.1), se adoptó la ya citada Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LD), que como se viene reiterando, atiende especialmente a las personas mayores y a las personas con discapacidad³¹.

A mayor abundamiento, este panorama legislativo estatal básico se ha visto enriquecido por algunas modificaciones legislativas complementarias de carácter sectorial (p. ej., la Ley 3/1990, de 21 de junio, por la que se modifica la Ley 49/1960, de 21 de julio, de propiedad horizontal, para facilitar la adopción de acuerdos que tengan por finalidad la adecuada habitabilidad de minusválidos en el edificio de su vivienda³², o la más reciente Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas

impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad», atendiendo a dos razones: «la persistencia en la sociedad de desigualdades, pese a las inequívocas proclamaciones constitucionales y al meritorio esfuerzo hecho a partir de aquella ley, y, lo que es más importante todavía, los cambios operados en la manera de entender el fenómeno de la "discapacidad" y, consecuentemente, la aparición de nuevos enfoques y estrategias: hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales, pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos».

31. Al abordar la fundamentación constitucional del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, ha observado DE LORENZO GARCÍA (2006, p. 82) que «ya la primera ley postconstitucional relacionada con los derechos de las personas en situación de dependencia (Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, LISMI) invocaba, como fundamento constitucional único de toda la regulación en ella contenida, lo establecido en el art. 49 CE. Sin embargo, esta configuración de los derechos de los discapacitados en base a lo establecido en el art. 49 CE ha sido objeto de una interesante y radical modulación, que ha apoyado la legislación ulterior a la LISMI, así como el Proyecto de Ley de Dependencia. El referente principal de este cambio de orientación lo constituye la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Con fundamento en los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE, esta ley ha incorporado al ordenamiento español una nueva concepción de los derechos de los ciudadanos con discapacidad, a los efectos del disfrute pleno de los derechos que la Constitución reconoce a todos los ciudadanos».
32. Esta Ley 3/1990, según su Preámbulo, atendía a la Sección 1 del Título IX de la Ley 13/1982, sobre movilidad y barreras arquitectónicas, «inspirada toda ella en el art. 49 CE».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas), así como de naturaleza transsectorial o transversal afectando a cuerpos legales importantes (p. ej., la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad)³³. Otras normas recientes, como la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, también toman en consideración la situación de las personas con discapacidad³⁴. Ello sin olvidar otra normativa estatal sectorial en materia de nuevas tecnologías (RD 1494/2007, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social); o de ocio y cultura (RD 364/2005, para la promoción del deporte paralímpico y la posterior inserción laboral de los deportistas).

Pues bien, algunas de estas normas han quedado modificadas por la mencionada Ley 26/2011 de adaptación normativa a la CDPD, especialmente la Ley 51/2003 y la Ley 49/2007, entre otras. A su vez, mediante el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la CDPD se ha procedido a la modificación de otras disposiciones estatales de rango reglamentario en la materia.

Por otro lado, las competencias que ostentan las Comunidades Autónomas en materia social conducen inexorablemente a tener presente que el desarrollo constitucional del estatuto de las personas con discapacidad se ha diseñado a través de importantes leyes regionales. Así, la Comunidad Autónoma de Andalucía cuenta con una completa Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, en cuya Exposición de Motivos se citan como disposiciones de filiación constitucional los arts. 9.2 y 49 de la Carta Magna, aclarándose igualmente que pretende desarrollarse y superarse la Ley estatal 13/1982 de Integración Social de los Mi-

33. Dicha ley 41/2003 ha sido modificada con posterioridad por la Ley 1/2009, la cual ha reformado asimismo una ley cincuentenaria (la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil) en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos.

34. Concretamente, el art. 9.2 de la Ley 32/2010 dispone que «a efectos de calcular las cuantías máxima y mínima de la prestación por cese de actividad, se entenderá que se tienen hijos a cargo, cuando éstos sean menores de veintiséis años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al treinta y tres por ciento, carezcan de rentas de cualquier naturaleza iguales o superiores al salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y convivan con el beneficiario».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

nusválidos, así como el propio marco legislativo autonómico (concretamente, la entonces vigente Ley 2/1988 de Servicios Sociales de Andalucía). Más recientemente, el marco normativo andaluz se ha completado mediante la Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía. Ese enfoque amplio e integral lo encontramos también en la Comunitat Valenciana, cuya Ley 11/2003, de 1 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad menciona asimismo en su Preámbulo como bases habilitantes constitucionales los artículos 9.2 y 49, y completa otras disposiciones legislativas autonómicas de carácter sectorial, como la Ley valenciana 1/1998, de 5 de mayo, de Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas, Urbanísticas y de la Comunicación.

Al hilo de esta última referencia, y para completar el cuadro legislativo regional cabe referirse a otras intervenciones legislativas que abordan aspectos sectoriales o parciales referentes a la autonomía de las personas con discapacidad, tales como: la Ley 6/2000, de 19 de mayo, por la que se modifica el artículo 199 bis de la Ley 27/1997, de 26 de diciembre, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, estableciendo, para personas con discapacidad igual o superior al 33 %, la exención del pago de tasa por derechos de examen para la selección del personal al servicio de la Comunidad de Madrid; la Ley 12/2001, de 29 de noviembre, de Acceso de las Personas con Discapacidad a la Función Pública de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; la Ley foral 16/2002, de 31 de mayo, por la que se regulan aspectos de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad Foral de Navarra; o la Ley gallega 10/2003, de 26 de diciembre, sobre el acceso al entorno de las personas con discapacidad acompañadas de perros de asistencia.

En fin, con objeto de simplificar el complejo entramado normativo reseñado y en aras de una mayor seguridad jurídica, la DF 2ª de la Ley 26/2011 de adaptación normativa a la CDPD prevé la aprobación de un texto refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, la Ley 51/2003 y la Ley 49/2007; se extablecería de este modo, en el plano estatal, una especie de código normativo sobre derechos de las personas con discapacidad.

2. CONCEPTO

2.1. CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISCAPACIDAD

El enfoque constitucional de la discapacidad recogido, en esencia, en

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el artículo 49 CE, si bien no se ha remozado formalmente a través de un procedimiento de reforma de la Carta Magna para superar la desafortunada formulación terminológica (criticada más arriba, por referencia al sustantivo «disminuidos» y al verbo «otorga», *supra*, 1.3), sí ha conocido un positivo *aggiornamento* merced al desarrollo de tal disposición constitucional operada por la normativa estatal y autonómica, que a su vez se han hecho eco de los parámetros internacionales (*infra*, 2.2)³⁵ y, en menor medida, de la experiencia comparada³⁶.

Con esta premisa, podemos afirmar que la conceptualización constitucional actual de la discapacidad pasa efectivamente por reconocimiento en el artículo 49 de un verdadero *derecho fundamental social* a la autonomía de las personas con discapacidad, que cuenta con una estructura dogmática fundamentada en una doble naturaleza de derecho de libertad (valor libertad del art. 1.1 CE y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE) y de igualdad (valor igualdad del art. 1.1 CE y derecho a la igualdad del art. 14 CE), libertad e igualdad que han de ser reales y efectivas (art. 9.2 CE). Adicionalmente, esa estructura dogmática se ve reforzada por la incorporación de los cánones internacionales en la materia (arts. 10.2 y 93 a 96 CE). En este punto, resultan trasladables las reflexiones efectuadas al abordar la conceptualización constitucional de los servicios sociales desde la teoría de los derechos fundamentales (*infra*, XIII, 2.1) en el capítulo correspondiente, al apoyar semejante fundamentalidad en el principio de indivisibilidad de todos los derechos humanos, su justiciabilidad y coste financiero en términos semejantes a las clásicos derechos fundamentales de libertad, su mayor apariencia fundamental por la vía del aprovechamiento conexo con otros derechos (integridad del art. 15 CE, educación del art. 27 CE o salud del art. 43 CE), la estructura prevalente de las normas sobre derechos sociales o su denominación como «principios», teniendo en mente asimismo que todos los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva y otra subjetiva³⁷.

35. Esa toma en consideración de los parámetros internacionales ya se produjo con motivo de la redacción del propio art. 49 CE, como ha recordado VIDA SORIA (1998, p. 358): el Texto constitucional «encuentra su apoyo casi siempre en declaraciones y textos normativos de ámbito internacional, generales, sobre derechos sociales y específicos, dirigidos a estos colectivos (Carta Social Europea, Declaración de los Derechos del Deficiente Mental –1971–, de la ONU, Declaración de los Derechos de los Minusválidos –1975–, de la ONU también)».
36. *Ibidem*, p. 359: «El punto de vista comparado no me parece que resulte fructífero en el análisis de este precepto. De las Constituciones que fueron tenidas, sin duda, en cuenta al redactar la nuestra de 1978, la única que contiene una referencia aproximadamente analogizable al art. 49 es la portuguesa actual, singularmente en su art. 71».
37. La jurisdicción constitucional ha asumido esa doble vertiente, objetiva y subjetiva, de los derechos fundamentales, desde sus primeros pronunciamientos (p. ej., STC 25/1981, FJ 5).

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

Lo precedente nos da pie para conceptualizar constitucionalmente el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad con soporte en otras dos afirmaciones: de un lado, el artículo 49 no recogería un simple principio rector programático que orientaría una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, sino que refleja unos principios fundamentales de responsabilidad pública y de implicación solidaria de la sociedad basados en el respeto de la dignidad, la autonomía e independencia, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, la aceptación de la diferencia y la diversidad, y la participación e inclusión social. Y, de otro lado, esos principios fundamentales tendrían su trasunto en auténticos derechos subjetivos susceptibles de defensa jurisdiccional, sobre todo merced a la importante *subjetivización* propiciado por el desarrollo legislativo del artículo 49 CE, haciendo realidad y totalmente operativo el artículo 53.3 CE.

Esa doble afirmación cabría a su vez reforzarla sosteniendo una concepción constitucional según la cual las personas con discapacidad ya no son *objetos receptores o sujetos pasivos* de una acción pública social más o menos paternalista, sino *sujetos activos* que comparten con el conjunto de personas el estatuto jurídico de plena ciudadanía para un ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad³⁸. Así pues, más allá de esperar a que los poderes públicos cumplan con su mandato constitucional y «realicen una política» a favor de las personas con discapacidad, corresponde a éstas «ejercer efectiva y activamente sus derechos» exigiendo a los poderes públicos que articulen los mecanismos necesarios de garantía. Y semejante conceptualización, por tanto, comprende una superación de la desafortunada y en ocasiones peyorativa terminología aplicada a los titulares de los derechos (enfoque despectivo que ha sido criticado constructivamente por la doctrina con apoyo en los cánones internacionales)³⁹, así como una evolución en cuanto al estatuto jurídico de las personas

38. Con tal orientación, LÓPEZ EBRI (2010, p. 274): tras subrayar «la lentitud evolutiva con la que la concepción de la discapacidad ha sido tratada por el Derecho privado», añade que la Convención internacional sobre derechos de las personas con discapacidad de 2006 «da por extintos los anteriores y tradicionales modelos de "sustitución", de "asistencia en la toma de decisiones", por el de "apoyo"».

39. Sobre el particular, CARDONA LLORENS, y SANJOSÉ GIL (2005, pp. 495-496): «Vamos a hablar de las relaciones entre los derechos humanos y las personas con discapacidad. En este punto es importante hacer referencia a la terminología que utilizamos. Como es sabido, se habla frecuentemente (y veremos que está así recogido en muchos textos internacionales) de "incapaces", "deficientes", "retrasados", "impedidos", "minusválidos" o "discapacitados" como si todos los términos fueran sinónimos y como si lo importante al hablar de ellos fuera esa condición: la de ser impedidos, minusválidos, incapaces, retrasados o deficientes. Esta terminología (por no hacer referencia a otra que utiliza términos despectivos o diminutivos y que preferimos ni siquiera citar), como ya señalara la OMS en 1980, es portadora de una "ideología" subyacente que puede llegar a ser discriminatoria en sí misma. Al sustantivar las

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

con discapacidad (que *no* es un *estatuto otorgado* o una *carta otorgada de derechos*, sino un haz de derechos de los que son verdaderos titulares)⁴⁰.

La conceptualización constitucional reseñada, en fin, es comprobable tanto en la normativa estatal como en la autonómica, al reconocerse ese haz de posiciones iusfundamentales como auténticos derechos subjetivos. Así, la Ley 49/2007, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad recuerda en su Preámbulo que «desde la promulgación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, que desarrolla el artículo 49 CE, hasta hoy se ha ido recorriendo un largo camino en el que se ha pasado de hablar de disminuidos, minusválidos o deficientes, a sustituir estos términos por los de personas con discapacidad o con déficit de ciudadanía. Ello supone, por tanto, cambiar el concepto de persona con problemas que necesita una atención especial por el de ciudadano con especial dificultad para disfrutar de los derechos constitucionales». De igual modo, en el terreno autonómico, el Preámbulo de la Ley valenciana 11/2003, de 1 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad precisa que «esta ley consagra un auténtico estatuto de las personas con discapacidad, recogiendo a dichos efectos, no sólo los principios rectores de la actuación de la Administración de la Generalidad Valenciana en orden a la prevención, tratamiento e integración de las personas con discapacidad, sino el reconocimiento de auténticos derechos subjetivos a las mismas, exigibles, en las condiciones reguladas en la presente ley, frente a la Administración de la Generalidad Valenciana o sus entidades autónomas y las empresas de la Generalitat contempladas en la legislación de hacienda pública valenciana. Entre los principios generales que rigen la actuación de las Administraciones Públicas en relación con las personas con discapacidad, merecen destacarse por su importancia, los de autonomía, participación, el principio de integración y el de responsabilidad pública».

2.2. DEFINICIÓN PROPUESTA A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS SUPRANACIONALES

La conceptualización constitucional recién estudiada tiene su apoyo en la

situaciones adjetivas de la persona, se termina por identificar a la persona con su adjetivo. Se olvida el sustantivo (persona) y se contempla sólo su condición de discapacitado. Por ello no hablaremos de "discapacitados", sino de "personas". Y, además, no hablaremos de "personas discapacitadas" sino de "personas con discapacidad", pues la discapacidad —como condición— se tiene, pero no se es».

40. Por su lado, CABRA DE LUNA y GAZTELU SAN PIO (2006, p. 87), tras hacerse eco del descontento hacia algunos términos empleados en el contexto internacional (p. ej., «normalidad» como contrapuesto a minusvalía) han criticado que no se considera antes que la discapacidad tiene su origen en diversas dimensiones sociales, configurándose peyorativamente como consecuencia directa de la deficiencia.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

propia evolución de los cánones normativos supranacionales y en la asunción de ellos por parte de España (arts. 10.2 y 93 a 96 CE), de forma que la normativa nacional (estatal o regional) se ha hecho eco de las primeras normas internacionales programáticas (*soft law*)⁴¹ para pasar a incorporar paulatinamente los más recientes instrumentos internacionales vinculantes (*hard law*) en lo que concierne al derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, que incluyen «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1.2 CDPD).

En la definición nacional, efectivamente, han tenido un peso nada desdeñable los parámetros supranacionales. De hecho, un evento de gran envergadura fue la celebración del *I Congreso europeo sobre personas con discapacidad* (Madrid, 20-23 marzo de 2002) bajo el lema «No discriminación + acción positiva = integración», con participación de cuatrocientos expertos de veintiocho países para debatir acerca de los principales problemas que afectan a millones de personas de la Unión Europea que padecen algún tipo de discapacidad. El Congreso, que concluyó con la *Declaración de Madrid* (e incluyó la declaración de 2003 como *Año europeo de las personas con discapacidad*) se estructuró en seis sesiones temáticas sobre aspectos claves para la integración de las personas aquejadas de alguna discapacidad física o mental, a saber: empleo y formación profesional, integración social y exclusión social, accesibilidad, sensibilización, derechos humanos, y no discriminación⁴².

Como dato remarcable, el Preámbulo de la Ley 51/2003 hace «notar

41. Así se desprende del art. 2 de la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos: «El Estado español inspirará la legislación para la integración Social de los disminuidos en la *declaración* de derechos del deficiente mental, aprobada por las Naciones Unidas el veinte de diciembre de mil novecientos setenta y uno, y en la *declaración* de derechos de los minusválidos, aprobada por la Resolución tres mil cuatrocientos cuarenta y siete de dicha Organización, de nueve de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, y amoldará a ellas su actuación».

42. Con respeto a este tipo de declaraciones, BIEL PORTERO, y REY ANEIROS (2007: «La apuesta comunitaria por el enfoque de las personas dependientes: la dignidad de la persona como punto de partida», pp. 185-236): «En Naciones Unidas, conscientes de la enorme importancia que tiene la difusión de los derechos humanos, es habitual la utilización de fechas históricas o relevantes para lanzar campañas de información y concienciación sobre sus instrumentos y actividades. También la Unión se ha servido de esta práctica como instrumento de promoción de sus actividades u objetivos. Los *Años Internacionales* son una técnica habitual para, además de informar y concienciar, centrar los esfuerzos en la realización de actividades dentro de una materia determinada, con el propósito de conseguir unos objetivos previstos. Mientras que con la conmemoración de *Días* se aprovecha para recordar a la sociedad los progresos, los obstáculos y la situación de un grupo de derechos o de un grupo de personas».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que la ley se aprueba coincidiendo en el tiempo con el Año Europeo de las Personas con Discapacidad, por lo que constituye una de las aportaciones más significativas de la sociedad española al esfuerzo colectivo de emancipación histórica de las personas con discapacidad». En realidad, en el contexto europeo la definición más incisiva que se aproxima a la conceptualización constitucional sostenida (*supra*, 2.1) ha sido ofrecida por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) con motivo de la *Reclamación n.º 13/2002 (Asociación internacional Autismo-Europa contra Francia)* sobre la base del artículo 15 CSE revisada: el órgano de garantía de la Carta, en su decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003 declaró que «el tratamiento de las personas con discapacidad como un grupo objetivado de manera particular ha dado paso a un enfoque más preocupado por respetarlas como ciudadanos de pleno derecho»⁴³.

Y, por supuesto, tanto la Ley 26/2011 como el Real Decreto 1276/2011, ambos de adaptación normativa a la CDPD, consolidan esa definición de la discapacidad a la luz de los parámetros internacionales, de suerte que los términos «previsión», «tratamiento», «rehabilitación» e «integración» tienen «un sentido integral acorde con el enfoque social de la Convención» y, en tal sentido, el art. 49 CE «reconoce que la discapacidad no puede impedir u obstaculizar la plena titularidad y el ejercicio real y efectivo de los derechos fundamentales, en línea con lo previsto en la Convención» (Preámbulo del Real Decreto 1276/2011).

2.3. CONCEPTO DE DISCAPACIDAD Y SU (DES)VINCULACIÓN CON LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

En la doctrina se ha advertido que, si el concepto de dependencia no es una cuestión pacífica⁴⁴, el de discapacidad «lo es aún menos, a despecho de su mayor recorrido histórico, tanto desde el punto de vista del estudio o del de la regulación. No existe una noción aceptada y compartida de discapacidad, ni a escala nacional o europea ni internacional»; de tal suerte, doctrinalmente se han «ofrecido multitud de fórmulas pero han gozado de distinta fortuna, sin llevar a imponerse ninguna. Ante estas dificultades, suele invocarse la noción de discapacidad proporcionada por la Organización Mundial de la Salud en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Dis-

43. De manera clara ha sintetizado esta evolución BIEL PORTERO (2008, p. 158): «El tránsito del modelo individual de discapacidad al modelo social y de reconocimiento de derechos se aprecia con relativa nitidez en las actuaciones de las principales organizaciones internacionales».

44. MONTÓYA MELGAR (2007, pp. 24 y ss.) y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE (2008, pp. 159 y ss.).

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

capacidad y de la Salud, de 2001», que contempla la discapacidad «entendida globalmente, como una interacción multidireccional entre la persona y el contexto socio-ambiental en el que se desenvuelve»⁴⁵.

En esta línea, «las notas particulares de la dependencia, que la configuran dentro de la esfera más amplia de la discapacidad, pasarían por la afectación de las capacidades propias de la autonomía personal. Sería una cuestión de intensidad, de grado: las personas en situación de dependencia presentarían una más acusada ausencia de capacidades para atender por sí mismas a una vida ordinaria, precisando, por tanto, de apoyos externos (personales o técnicos, o ambos) más intensos para llevar a cabo las actividades corrientes de la vida. El origen de la dependencia (bien por causa de discapacidad congénita, perinatal, traumática o enfermedad discapacitante, etc., o bien sobrevenida por el envejecimiento), las estructuras públicas de atención o las diversas estrategias o dispositivos de intervención introducen un nivel de diferenciación entre estas realidades que las hacen parecer más distintas de lo que en verdad son»⁴⁶.

Nuestra jurisprudencia ordinaria ha venido a perfilar el concepto de discapacidad. Así, en el orden social, el Tribunal Supremo (Sala Cuarta) se ha enfrentado como temática más importante al reconocimiento de minusvalías con relación a la definición del estatuto o condición de persona con discapacidad a la luz del porcentaje de disminución de las «capacidades físicas, psíquicas o sensoriales» previsto por la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos en conexión con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de accesibilidad universal de personas con discapacidad. Lo interesante es que se ha delimitado la noción de disminución de esas capacidades por referencia a la disminución de las «posibilidades de integración educativa, laboral o social» para que, en suma, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, se proporcione a las personas con discapacidad «garantías suplementarias para vivir con plenitud de derechos o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país». Otro dato de interés que se desprende de esa jurisprudencia es que el tratamiento de la discapacidad permite delimitar los ámbitos respectivos del derecho a los servicios sociales y del derecho a la Seguridad Social, de modo que en una interpretación finalista se alude, por ejemplo, a los distintos propósitos de protección que persiguen las normas de protección de la discapacidad y la acción protectora de la Seguridad Social en el ámbito de la incapacidad permanente. La definición de los gra-

45. De nuevo, PÉREZ BUENO, 2007, p. 30.

46. *Ibidem*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dos de incapacidad permanente a efectos de Seguridad Social atiende exclusivamente a consideraciones de empleo y trabajo; en cambio, la definición de la minusvalía incluye otras dimensiones de la vida social, como son la educación y la participación en las actividades sociales, económicas y culturales (entre otras muchas SSTs [Sala de lo Social, Sección 1ª] de 21 de marzo [RJ 2007, 3539 y 4999] y de 22 de marzo de 2007 [RJ 2007, 4627])⁴⁷.

Por otra parte, como anteriormente afirmamos (*supra*, 1.5), el estatuto de las personas con discapacidad ha quedado diseñado en sus perfiles más específicos por las leyes autonómicas en la materia, que lógicamente se han hecho eco asimismo de los parámetros impulsados en el contexto internacional. Desde este punto de vista, la legislación autonómica ha superado el restringido y deficitario enfoque introducido, sin todos los matices, por la LD, enfoque en el que ha arrastrado el peso de la legislación precedente⁴⁸. Veamos pues, por referencia al terreno regional, ese concepto de discapacidad desvinculado o disociado de la situación de dependencia.

A título de ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, tras recordar que «el grupo de personas con discapacidad está integrado por una población heterogénea» (personas con discapacidad psíquica, visual, auditiva o del habla, las que tienen movilidad reducida...) y que «en la descripción, valoración y clasificación de este grupo de personas se emplean los términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía, siendo diferente el alcance de cada uno de estos términos, tal como ha establecido la Organización Mundial de la Salud», aclara que «internacionalmente se viene optando por utilizar el

47. Esa jurisprudencia añade que «la coincidencia de los respectivos campos de cobertura de una y otra legislación puede ser amplia; y el legislador puede establecer una asimilación o conjunción de los mismos, como sucede en el art. 2.1 de la Ley 51/2003. Pero, junto a estos espacios de coincidencia, hay otros que corresponden privativamente bien a la Seguridad Social bien a la protección de los discapacitados, y cuyos beneficiarios han de ser determinados, en principio, mediante los procedimientos establecidos en uno y otro sector del ordenamiento social».

48. Ha advertido BLASCO LAHOZ (2007, p. 9) que «históricamente el seguro de dependencia no ha existido como tal en el ámbito de la protección social pública española, existiendo una prácticamente nula regulación del mismo, pues sólo en la legislación de la Seguridad Social se venía contemplando una cierta incidencia del hecho de la dependencia, que tenía sólo consecuencias de carácter económico, la mayor parte en el ámbito de la protección de la incapacidad (prestaciones por gran invalidez o de invalidez no contributiva cuando se necesita de una tercera persona para atender al beneficiario, las prestaciones familiares por hijo a cargo, o la pensión a favor de familiares)». Desde esta perspectiva, se ha señalado por CAVAS MARTÍNEZ y SEMPÉRRE NAVARRO (2007, p. 27) que el sistema de Seguridad Social había venido ofreciendo respuestas a las situaciones de dependencia antes de la aprobación de la LD, si bien de forma «parcial y fragmentaria».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

término de "personas con discapacidad" de forma general. Por una parte, para evitar la sustantivación de los adjetivos que entrañan las palabras "discapacitado" o "deficiente" o "minusválido". Por otra parte, porque no todas las personas con deficiencia tienen discapacidad, y porque no todas las personas con discapacidad tienen minusvalía, siendo "discapacidad" el término que menos connotaciones negativas alberga».

En el mismo sentido abunda la Ley valenciana 11/2003, de 1 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, que adicionalmente acude al concepto de «desarrollo humano» elaborado en el marco de Naciones Unidas⁴⁹; en conexión con ello, «puede considerarse que la realización del derecho al desarrollo es una de las formas más eficaces de superar discapacidades y reforzar los derechos humanos de las personas con discapacidad»⁵⁰.

En fin, como complemento de la distinción entre discapacidad y dependencia, en algunos ordenamientos se ha suscitado precisamente la reflexión acerca del ámbito geográfico en el que se desenvuelve una persona. Así, por ejemplo, se trae a colación la Ley americana sobre discapacidades (*American Disabilities Act*), a tenor de la cual una limitación sustancial para la capacidad de trabajar de una persona puede estar relacionada con «el ámbito geográfico al cual el individuo tiene acceso razonable» (*the geographical area to which the individual has reasonable acces*). Se argumenta así que «la misma persona puede ser discapacitada o no, dependiendo de si vive en Filadelfia o Key West. En cambio, una persona no puede cambiar su condición médica trasladándose a una ciudad diferente»⁵¹. La verdad es que resulta interesante esta reflexión desde la filosofía del Derecho, en lo que concierne al discernimiento acerca del criterio de la razonabilidad. Sin embargo, resulta disfuncional a la hora de delimitar los conceptos de dependencia y discapacidad de la situación de enfermedad (condición médica)⁵².

49. Según el Preámbulo de la Ley valenciana 11/2003: «la ley aborda un enfoque integral del estatuto jurídico de las personas con discapacidad, incorporando la idea de que el ejercicio de los derechos debe ser efectivo para todas las personas, supliendo las carencias y necesidades de los grupos sociales más vulnerables. Se incorpora así, a las políticas sociales valencianas, el concepto de "desarrollo humano", recogido en el Informe 2000 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y en el Informe del Club de Roma sobre Desarrollo Humano y Discapacidad. Asumiendo la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, aprobada en mayo de 2001, por la Organización Mundial de la Salud, en la que se tomó la decisión de reemplazar los conceptos "deficiencia", "discapacidad" y "minusvalía" esta ley ha optado por utilizar el término discapacidad, como un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación».

50. De nuevo, BIEL PORTERO, 2008, p. 143.

51. RALSTON y HO, 2009, p. 69.

52. Así lo han destacado TUCKER y MILANI, 2004, p. 29.

3. FUNDAMENTO

3.1. PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DIGNIDAD

La CDPD establece *prima facie* en su artículo 1 como su principal propósito «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y *promover el respeto de su dignidad inherente*». Así pues, esta Convención, como parte del ordenamiento jurídico español (art. 10.2 CE en conexión con art. 96.1 CE), entronca directamente con el núcleo axiológico de la Constitución española cuando ésta consigna la «dignidad inherente a la persona, los derechos inviolables que le son inherentes [y] el libre desarrollo de la personalidad» como «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1).

No extraña, por ello, que las disposiciones legislativas más importantes de desarrollo del artículo 49 de nuestra Carta Magna busquen su inspiración última en la dignidad, y la jurisprudencia tampoco ha dejado de inspirarse en ella: por ejemplo, en la STS (Sala de lo Civil, sección 1ª) n° 282, de 29 de abril de 2009 (recurso n° 1259/2006), al analizarse el alcance y sistemas de protección del incapaz a la luz de las reglas interpretativas de la legislación vigente en material de incapacitación, se pone justamente el acento en la dignidad de la persona⁵³.

53. En el FJ 5 de dicha STS (Sala Civil) n° 282/2009 puede leerse: «El derecho de la persona está recogido en el art. 10 CE, que se basa en el reconocimiento de la dignidad de la persona. En consecuencia, la regulación de la persona desde el punto de vista jurídico no puede fraccionarse, porque la unidad del valor persona, impide la división en bienes o situaciones aisladas. En el art. 10 CE la persona es un valor, que debe ser tutelado por el legislador y el juez, porque existe un interés jurídico protegido en el ordenamiento. Pero el problema que puede plantear la entrada en vigor de la Convención y la necesidad de interpretación conjunta de todo el ordenamiento jurídico a la luz de estos principios consiste en cómo integrar la protección debida con las situaciones en las que falta la capacidad para entender y querer. Y ello partiendo de una base indiscutible de acuerdo con la que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección. Para que funcionen los sistemas de protección se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad, entendida ésta en sentido jurídico, debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre, la personalidad. Esto comporta que puedan producirse a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica, y b) La mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia. Por ello hay que afirmar rotundamente que la incapacitación al igual que la minoría de edad no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado. Debe ser positiva la res-

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

Con tal espíritu, la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad alude explícitamente al art. 10 CE, tanto en el Preámbulo como en su artículo 1⁵⁴. De manera coetánea, la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria, con esta finalidad incide igualmente en la garantía de la dignidad humana, afirmando en su Preámbulo que «cuando la persona con discapacidad tenga capacidad de obrar suficiente, y de acuerdo con el principio general de autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad que informa nuestro ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE), no se podrá constituir un patrimonio protegido en su beneficio o hacer aportaciones al mismo en contra de su voluntad».

Tal como se resalta en el capítulo sobre el derecho al beneficio de los servicios sociales, la LD pone expresamente el énfasis en la dignidad en diversos lugares: particularmente, su artículo 4.2.a) reconoce entre los derechos de las personas en situación de dependencia el disfrute «de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su *dignidad* e intimidad»; su artículo 13.b) introduce como objetivo de las prestaciones de dependencia la proporción de «un *trato digno* en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad»; y su artículo 43.g) tipifica como infracción la conculcación de «la *dignidad* de las personas en situación de dependencia».

Por último, y retornando a la normativa supranacional, en este caso, de la Unión Europea, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ha sido interpretada por el TJUE realizando su fundamento en la dignidad de la persona. Concretamente, en la

puesta a la pregunta de si está de acuerdo con los valores constitucionales una regulación específica de la situación jurídica del incapaz. Todas las personas, por el hecho del nacimiento, son titulares de derechos fundamentales con independencia de su estado de salud, física o psíquica. Los derechos reconocidos constitucionalmente se ostentan con independencia de las capacidades intelectivas del titular. Así el art. 162 CC exceptúa de la representación de los padres "los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo". [...] Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona. Hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención [de 2006], para que se cumplan las finalidades de los arts. 10, 14 y 49 CE».

54. Según el art. 1 de la Ley 51/2003, ésta «tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE».

STJUE de 17 de julio de 2008 (*caso Coleman*, asunto C-303/06) se interpretó la citada Directiva [en particular, sus arts. 1 y 2, aps. 1 y 2.a)] «en el sentido de que la prohibición de discriminación directa que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada» en las citadas disposiciones; en otras palabras, «la prohibición de acoso que establecen no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas». El TJUE efectúa así una interpretación favorable que supera el nivel de protección doméstico brindado en el Reino Unido por la *Disability Discrimination Act 1995* (Ley de 1995 relativa a la discriminación por motivo de discapacidad), que en cambio sí parecía reconducir la garantía frente a la discriminación únicamente a la propia persona con discapacidad, esto es, cuando se atente directamente contra ella o se cree con respecto a la misma un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

3.2. LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO PRINCIPIO RECTOR

A nuestro modo de ver, la concepción constitucional y la definición internacionalizada estudiadas más arriba (*supra*, 2.1, 2.2 y 2.3) impiden sostener un dualismo entre la noción de derecho fundamental y la de principio rector que pretendiere reducir el alcance del artículo 49 CE. Al contrario, derecho fundamental y principio rector constituyen más bien un binomio inseparable que, por cierto, se desprende de una lectura bienintencionada del texto constitucional español pues: si, de un lado, el art. 49 se ubica entre los llamados «principios rectores de la política social económica» que rubrica el Capítulo III del Título I; de otro lado, dicho Título lleva precisamente la rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales» (todos ellos, esto es, los incluidos en los arts. 14 a 52 y, por ende, también el consagrado en el art. 49).

En esta línea de razonamiento, se ha observado que ya «en una primera aproximación muy general puede afirmarse que no todos los preceptos constitucionales con relevancia determinante para el fin social del Estado se encuentran en el capítulo tercero del título primero; y que tampoco todo lo que se contiene en este capítulo puede considerarse que forme parte materialmente de la Constitución social. No parece posible discutir que formen

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

parte decisiva de este específico contexto constitucional la regulación constitucional del sistema tributario y del gasto público (art. 1 CE), del derecho de propiedad y de su función social (art. 33 CE), del deber de trabajar y del derecho al trabajo (art. 35 CE), de la negociación colectiva (art. 37 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE). Ninguno de esos preceptos se sitúa en el capítulo tercero del título primero. En sentido contrario, creo que puede afirmarse, conforme a lo que ya se ha expuesto, que quedan en principio fuera de ese contexto al que se hace referencia cuando se habla de la Constitución social los fines estatales de la protección del medio ambiente (art. 45 CE) y del patrimonio histórico-artístico (art. 46 CE), que sólo muy indirectamente tienen que ver con los necesitados y los pobres, con la igualdad real de las personas, con la Seguridad Social o con la participación de todos en el bienestar»⁵⁵.

Con estos presupuestos, una aproximación al artículo 49 CE que persiguiera jerarquizar «a la baja» el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad con apoyo en el artículo 53 CE (por no incluirse formalmente aquél entre los preceptos susceptibles del recurso de amparo constitucional según el ap. 2, o por precisar ley de desarrollo para articular su defensa ante los tribunales ordinarios según el ap. 3), tropezaría con nuestra praxis constitucional, puesto que el artículo 49 puede beneficiarse del amparo constitucional a través de la vía de conexión de derechos (p. ej., los derechos relacionados con el principio de no discriminación reconocidos en los arts. 14 ó 23 CE, *infra*, 7.2.1), así como de la categorización como auténtico derecho subjetivo merced a la normativa (sobre todo, en el ámbito autonómico) ya existente (*supra*, 1.5).

Razonado lo cual, y pese a su importancia, debe relativizarse el alcance que se atribuye al reconocimiento de derechos subjetivos, al menos si se parte del prejuicio de que ésta sería la única manera de imponer o dirigir la acción estatal⁵⁶; lo cual sería inaceptable, puesto que «la acción del Estado puede dirigirse eficazmente con normas de diverso contenido que no reconozcan derechos directamente a favor del ciudadano», y lo trascendental de los preceptos del capítulo tercero del Título I es que todos ellos «son mandatos vinculantes de actuación a los poderes del Estado (en sentido amplio) con eficacia objetiva»⁵⁷.

55. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2006, p. 6.

56. Como bien se ha advertido ESCOBAR ROCA (2005, pp. 58 y ss.), nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impidan considerarlos auténticos derechos.

57. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2006, pp. 6-7.

3.3. DISCAPACIDAD E IGUALDAD

La igualdad aparece imbricada con la dignidad y la libertad (*supra*, 3.1 e *infra*, 3.4) e indisolublemente unida a ellas⁵⁸. En términos antidiscriminatorios, se ha afirmado que merecen especial atención «los preceptos del capítulo tercero del título primero que identifican grupos de personas necesitados de especial protección. Desde la perspectiva del principio de igualdad (tanto en su vertiente de igualdad en la ley, como en la de igualdad en la aplicación de la ley del art. 14 CE), esas referencias constitucionales específicas a colectivos personales permiten (y, a veces, imponen) el establecimiento de tratos diferenciados positivos o favorables que, aunque impliquen una desigualdad, no pueden considerarse contrarios al mencionado artículo 14 CE»⁵⁹. Evidentemente, son múltiples los enfoques de la igualdad, y ello se manifiesta tanto en el plano internacional como en el terreno nacional.

Trasladándonos, pues, al plano internacional, bastará con aludir a la CDPC para constatar la riqueza de significados que admite la igualdad como garantía de dichas personas. Por de pronto, su artículo 2 tipifica la «discriminación por motivos de discapacidad» como «cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables». A continuación, define justamente la noción de «ajustes razonables» como aquellas «modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Con estas definiciones se están perfilando las nociones de igualdad formal y de igualdad material para justificar objetiva, razonablemente y de manera proporcionada la introducción de *medidas de acción positiva* a favor de las personas con discapacidad (arts. 8 y 9), con la adopción de medidas antidiscriminatorias (el art. 3 lleva por rúbrica *Igualdad y no discriminación*, y se refiere al logro de «la igualdad de hecho» de las personas con discapacidad,

58. Buen ejemplo de esa estrecha conexión la ofrece el art. 27 CDPD, en cuyo art. 7, al abordar el *Contenido de las medidas contra la discriminación* incluye la conducta de acoso, que define como «toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su *dignidad* o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

59. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2006, p. 11.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

lo que se completa con las *medidas contra la discriminación* incluidas en el art. 6 y con el contenido detallado de dichas medidas en el art. 7). Además, se incide en la *vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades* (art. 4) y en la garantía de tal derecho (art. 5), así como en las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación (art. 10).

Desde el punto de vista nacional, el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad cuenta con el soporte de un completo texto legal que diseña un exhaustivo marco de igualdad a favor de dichas personas, concretamente la reiterada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Dicha Ley, como hacen las demás leyes estatales y autonómicas anteriormente analizadas (*supra*, 1.5), expresan todas ellas en sus Preámbulos las vertientes complementarias de *igualdad formal* y de *igualdad sustancial* en materia de discapacidad, con cita explícita de los artículos 14 y 9.2 CE, respectivamente. La igualdad promocional contemplada en el artículo 9.2 CE se desarrolla, por ejemplo, en la disposición adicional 14 LD, en la que para el fomento del empleo de las personas con discapacidad se obliga a las entidades privadas que gestionen prestaciones o servicios del *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* a cumplir eventualmente con la cuota de reserva para dichas personas. Con tal espíritu, es menester subrayar que la Ley 26/2011, de adaptación normativa a la CDPD, abre su texto articulado perfilando justamente la noción de igualdad de oportunidades, modificando en su artículo 1 el paralelo artículo 1 de la Ley 51/2003.

Dado que las leyes autonómicas suelen sustentarse en la competencia regional en materia de asistencia social o de servicios sociales (art. 148.1.20^a CE), la evitación de diferencias de trato injustificadas en los diversos territorios en lo que atañe a las condiciones básicas del ejercicio de los derechos conduce a que la legislación estatal recurra explícitamente al fundamento constitucional o el título competencial de la llamada *igualdad política o supraautonómica* prevista en el artículo 149.1.1^a CE: así lo hace la disposición final 14 de la Ley 51/2003 de igualdad y accesibilidad universal, la disposición final 1^a de la Ley 27/2007 de lenguas de signos españolas, o la disposición final 1^a del Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio.

Una ulterior faceta de la igualdad se recoge en algunas leyes el denominado *principio de normalización*, en conexión con la idea de inclusión social. En estos términos lo formula, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 1/1999 de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía: «Las medidas tendentes a la promoción educativa, cultural, laboral y social de las personas con

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

discapacidad se llevarán a cabo atendiendo a sus características individuales mediante su acceso a las instituciones o actuaciones de carácter general, excepto cuando por las características de su discapacidad requieran una atención peculiar a través de actividades, servicios y centros especiales».

3.4. DISCAPACIDAD, LIBERTAD Y SOLIDARIDAD

Al lado de la consideración del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad como un derecho de igualdad (y, ante todo, de igualdad real y efectiva), el carácter indivisible de todos los derechos fundamentales conduce a que la efectividad de tal derecho sólo se comprenda en conjunción con el valor de la libertad (art. 1.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), teniendo presente que esa libertad ha de ser necesariamente real y efectiva (art. 9.2 CE). En puridad, es justamente la *autonomía* la que fundamenta sobre bases sólidas asimismo la consideración del derecho que nos ocupa como *derecho de libertad*. Desde la teoría de los derechos fundamentales se ha mantenido con tal espíritu que «el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunicación social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica. Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a las libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas»⁶⁰.

Así las cosas, la autonomía de las personas con discapacidad queda tanto más reforzada cuanto mayor sea el grado de libertad y de participación en la vida de la comunidad, y de manera emblemática desde la perspectiva del ejercicio de los derechos civiles y políticos. Con semejante óptica, la libertad política se ve especialmente satisfecha cuando las personas con discapacidad están en condiciones de ejercer autónomamente el derecho de voto: a semejante satisfacción propende el ya citado Real Decreto 1612/2007 por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, desarrollado mediante Orden Int/3811/2007, de 21 de diciembre. En efecto, si el artículo 87.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (según redacción operada por LO 9/2007) se limita a reconocer la posibilidad de que en el ejercicio del derecho de voto las personas con discapacidad visual puedan ser asistidas de una persona de su confianza, el Real Decreto 1612/2007 regula un procedimiento de voto accesible que permita

60. ALEX, 2002, p. 489.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

a las personas con discapacidad visual usuarias del sistema Braille identificar su opción de voto sin ser asistidas de una persona de su confianza y con plenas garantías para el secreto del sufragio⁶¹.

Si esto es así en clave de *democracia procedimental* (participación electoral), bajo el ángulo de la *democracia sustancial* (participación e implicación cotidianas en la vida de la comunidad) adquiere un valor nada despreciable el denominado «principio de libertad de elección en la forma de comunicación por parte de las personas sordas cualquiera que sea su discapacidad auditiva y sordociegas»: este principio de libre opción se recoge en la Ley 27/2007 de lenguas de signos españolas, que reconoce y regula de manera diferenciada el conocimiento, aprendizaje y uso de la lengua de signos española, así como de los medios de apoyo a la comunicación oral. En conexión con lo anteriormente expuesto, la propia Ley 27/2007 hace hincapié en la participación política de las personas con discapacidad (art. 13), así como en la plenitud de los derechos de ciudadanía a través de los medios de comunicación social, las telecomunicaciones y la sociedad de la información (art. 14)⁶².

Desde un prisma complementario, no debe olvidarse que, pese a la apuesta por la autonomía de las personas con discapacidad y a la acción de los poderes públicos, la solidaridad constituye uno de los valores y pilares esenciales sobre los que se sustenta el ejercicio efectivo de sus derechos por dichas personas. Por tal motivo, todas las leyes (sean estatales, sean autonómicas) que regulan de manera más o menos exhaustiva, pero con un enfoque integral, el estatuto jurídico de las personas con discapacidad, se ocupan en mayor o menor medida del compromiso solidario de la sociedad civil, ya sea a título personal ya a través del amplio espectro de organizaciones no gubernamentales, cobrando un gran relieve el instituto del voluntariado. Más tarde (*infra*, 5.2.2) incidiremos sobre esta cuestión al abordar la prestación de servicios sin ánimo de lucro a favor de las personas con discapacidad; por el momento, basta con citar un ejemplo: así, el artículo 45.2 de la Ley valen-

61. El procedimiento regulado en el RD 1612/2007 extiende su ámbito de aplicación, según el art. 2, a las consultas directas al electorado, a las elecciones al Parlamento Europeo, al Congreso de los Diputados, al Senado y a tenor de lo establecido en la disposición adicional primera de la citada ley orgánica, a las elecciones a asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

62. Reviste interés el art. 14.6 de la Ley 27/2007, que tiende a generar realmente un sentimiento constitucional en las personas con discapacidad, haciéndoles partícipes de las medidas excepcionales de defensa de la Constitución y de los mensajes institucionales, en estos términos: «Los mensajes relativos a la declaración de estados de alarma, excepción y sitio, así como los mensajes institucionales deberán ser plenamente accesibles a todas las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad dispone que «en el marco que establece la legislación vigente en materia de voluntariado, la Administración de la Generalitat fomentará la participación de ciudadanos y ciudadanas que *de forma solidaria y altruista* quieran colaborar en la realización de actividades prestacionales contempladas en la presente ley».

En fin, las organizaciones de defensa de las personas con discapacidad integran asimismo la red de entidades que entran en escena por medio de nuevas formas de participación ciudadana favorecedoras de la inclusión social, como las previstas por la Ley 11/2008, de 3 de julio, de participación ciudadana de la Comunitat Valenciana: ésta, además de prever la participación de dichas organizaciones a través de los distintos mecanismos (audiencia ciudadana, foros de consulta, paneles de ciudadanos y jurados ciudadanos), contiene una disposición adicional única sobre medidas específicas de apoyo a las personas con discapacidad, relativas al acceso al servicio de intérprete de lengua de signos, traducción al sistema Braille «o cualquier otro que garantice la efectividad de sus derechos».

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. LA AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO DERECHO DE ESTRUCTURA COMPLEJA

Preliminarmente, conviene subrayar que la estructura jurídica de los derechos sociales y, en particular, del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, no constituye obstáculo alguno para su catalogación como derecho fundamental o como derecho subjetivo susceptible de justiciabilidad en términos comparables a como lo son los derechos civiles y políticos⁶³. La configuración compleja del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad deriva no sólo del variado elenco de obstáculos y barreras que afectan a dichas personas⁶⁴, sino también de la necesaria transversalidad (*mainstreaming*) con la que han de concebirse las actuaciones en materia de discapacidad; lo cual tiene su reflejo en el plano institucional, a nivel estatal⁶⁵.

63. PISARELLO, 2007, pp. 111-138.

64. Según BARRIGA (2007, p. 1734), el concepto de «visibilidad» o la acción de «visibilizar» alude a esta necesidad de eliminar las barreras que dificultan la igualdad de oportunidades y la plena participación de las personas con discapacidad en nuestras sociedades: dar voz a las personas con discapacidad, como ciudadanos independientes y protagonistas de sus propias vidas. Acabar con su «invisibilidad» es el primer paso para que puedan conquistar el espacio que les corresponde.

65. A nivel estatal, se proyecta en una acción institucional desplegada por diversos Ministerios: así, el Ministerio de Sanidad y Política Social subvenciona investigaciones sobre patologías relacionadas con determinadas discapacidades, o actuaciones de turismo y termalismo para personas con discapacidad a través del Instituto de Mayores y

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

y autonómico⁶⁶. De este modo, es menester acometer tales actuaciones conforme a una aproximación sustancial según la cual se deje de tratar a las personas con discapacidad como un grupo objeto de protección (*supra*, 2.1), como un problema individual, para favorecer su tratamiento como una cuestión de ciudadanía que atañe a la sociedad en su conjunto, una sociedad que debe permitir la superación de las barreras y luchar contra la exclusión.

La mencionada complejidad se plasma no únicamente en las leyes que regulan la materia, sino obviamente en el meticuloso desarrollo reglamentario que se opera en determinados ámbitos con el objetivo de superar esas barreras: a título de ejemplo, pueden citarse el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; o el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviem-

Servicios Sociales; el Ministerio de Trabajo e Inmigración promueve programas de inserción laboral de personas con discapacidad; el Ministerio de Educación sostiene planes de inserción socioeducativa; el Ministerio de Igualdad aborda medidas antidiscriminatorias referentes a mujeres con discapacidad; el Ministerio de la Presidencia es competente para la aprobación de los Estatutos de la Federación Española de Deportes para Personas con Discapacidad; el Ministerio del Interior establece las condiciones para facilitar el ejercicio del derecho de voto de las personas con discapacidad; el Ministerio de Fomento acomete medidas de acceso y utilización de los modos de transporte por personas con discapacidad; en fin, el Ministerio de Economía y Hacienda, por sus competencias transectoriales, financia la realización de encuestas y estudios para la obtención de indicadores referentes a las personas con discapacidad.

66. A escala regional, debe tenerse presente que las Comunidades Autónomas despliegan sus competencias en materia de asistencia social y servicios sociales (cuentan con Consejerías de Sanidad, Servicios Sociales, Bienestar Social u otras denominaciones); por tal razón, la acción de las entidades regionales se articula con la del Estado a través de los oportunos Convenios de colaboración orientados a desarrollar la cooperación interadministrativa prevista en la LD (véase, p. ej., BOE de 16 de abril de 2009, Sección III). Por su lado, las entidades locales (sea Ayuntamientos de distintos Municipios, sea Diputaciones Provinciales) tampoco quedan al margen de esa técnica de colaboración con el Estado y las Comunidades Autónomas, así como con la Fundación ONCE para la cooperación e integración social de las personas con discapacidad (pueden verse ejemplos de esa colaboración administrativa en los tres niveles territoriales, en el BOE de 6 de marzo de 2004, Sección III, para la realización de proyectos de obras de accesibilidad). Por su lado, las propios Municipios desarrollan una acción nada desdeñable dirigida a la inclusión social, a través de la gestión directa o indirecta de centros ocupacionales y centros de día para personas con discapacidad intelectual (p. ej., BOE de 8 de enero de 2009, Sección V), servicio de atención a personas con discapacidad psíquica (p. ej., BOE de 6 de marzo de 2008, Sección V), complejo polivalente de atención a personas con discapacidad intelectual (p. ej., BOE de 22 de agosto de 2006, Sección V), o servicio de transporte adaptado para personas con discapacidad física (p. ej., BOE de 28 de diciembre de 2005, Sección V).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

bre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

En estas coordenadas, entendemos que la mejor manera de desentrañar la compleja estructura del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad consiste en adentrarse en su multifacético contenido⁶⁷ teniendo en mente la sistematización que ha llevado a cabo, con base en el artículo 15 CSE, el CEDS por medio de su jurisprudencia elaborada en el marco del sistema de informes y perfilada con motivo de las primeras reclamaciones colectivas sobre la materia⁶⁸. Con arreglo a la citada jurisprudencia europea, podemos sintetizar la estructura compleja del derecho consagrado en el artículo 15 CSE y, por ende, aplicarla *mutatis mutandis* al derecho consagrado en el artículo 49 CE del siguiente modo: las *tres vertientes básicas* que dan soporte al derecho a la autonomía de las personas con discapacidad se articulan en torno a *la educación y la formación*, al *empleo*, y a *la plena integración en la vida social* (siendo implicaciones «clásicas» las dos primeras, y más novedosa la tercera).

Concretamente el *derecho de toda persona con discapacidad a la educación y a la formación* comporta, de un lado, una noción amplia de «educación» (enseñanza general, educación obligatoria y educación complementaria, así como formación profesional en el sentido tradicional del término) y, de otro lado, una noción amplia igualmente de «personas con discapacidad» (niños, adolescentes y adultos), las cuales deben ser ubicadas en las estructuras educativas normales u ordinarias, y sólo en caso de no ser posible, en centros especializados. A tal efecto, tanto en los centros educativos ordinarios como en los especiales tiene que haber clases o enseñanzas adaptadas a las personas con discapacidad, que en definitiva aseguren una instrucción de calidad y apropiada tendente a favorecer un trato igual y no discriminatorio para dichas personas. Además, los Estados deben adoptar otras medidas (p. ej., enseñanza o clases de apoyo, fácil acceso a las aulas, etc.) para permitir la integración. Como garantía de todo ello, la legislación debe prohibir expresamente la discriminación basada en la discapacidad en el ámbito de la educación, lo que significa que sólo motivos imperiosos justificarán una enseñanza sepa-

67. Ese contenido multifacético responde entre otros motivos, como bien ha subrayado ESCOBAR ROCA (2005, pp. 31 y ss.), al hecho de que el contenido de los derechos fundamentales ha de permanecer, en esencia, sustancialmente abierto.

68. La doctrina del CEDS es accesible a través del *Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales* en la página web de la CSE (www.coe.int/socialcharter), en las versiones oficiales del Consejo de Europa y en la última edición de septiembre de 2008 (en francés *Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux* y en inglés *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*).

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

rada o especial, confiriendo en todo caso vías efectivas de recurso susceptibles de hacerse valer en caso de exclusiones ilegales que impliquen privación del derecho a la educación⁶⁹.

Con el objetivo de satisfacer esa educación inclusiva⁷⁰, el Ministerio de Educación concede ayudas a centros docentes concertados de Educación Especial que escolarizan alumnos plurideficientes con discapacidad motora⁷¹, o constituye el *Foro para la Atención Educativa a Personas con Discapacidad*⁷² que vela por la integración educativa y social del alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a la discapacidad. En el nivel universitario, algunos centros han invertido en la contratación del servicio de interpretación de la lengua de signos para estudiantes con discapacidad auditiva⁷³. Pero las necesidades a cubrir siguen siendo de envergadura⁷⁴.

Por lo que se refiere al *derecho de toda persona con discapacidad al acceso al mercado normal u ordinario de trabajo*, ello acarrea correlativamente la obligación positiva de los poderes públicos de adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de ese grupo de personas, ya se vean afectadas por discapacidad física o psíquica⁷⁵. Ciertamente, existe un margen de apreciación estatal a la hora de establecer esas medidas favorecedoras del empleo de las personas con discapacidad (entre ellas, un sistema de cuotas o de reservas de plazas en determinados ámbitos, especialmente en la función pública⁷⁶, sin

69. *Digesto de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, art. 15 (p. 112 versiones francesa e inglesa).

70. *Vid.* el informe *Mejor educación para todos: cuando se nos incluya también*, publicado por el Instituto Universitario de Integración en la Comunidad (INICO) de la Universidad de Salamanca, 2009, 192 pp.; recoge la historia de la educación inclusiva vista desde las personas con discapacidad intelectual y sus familias en 115 países.

71. BOE de 27 de julio de 1999, Sección III.

72. BOE de 27 de noviembre de 2002, Sección I.

73. P. ej., BOE de 13 de agosto de 2005 o de 11 de agosto de 2008, Sección V, para estudiantes matriculados en la Universidad Complutense de Madrid.

74. *Vid.* el Informe especial del Defensor del Pueblo andaluz sobre *Universidades y Discapacidad*, diciembre de 2008, 14 pp.

75. En la normativa autonómica española, p. ej., la Ley foral 16/2002, de 31 de mayo, por la que se regulan aspectos de acceso al empleo de las personas con discapacidad en la Comunidad Foral de Navarra, señala en su Preámbulo que «la inserción laboral es una de las vías fundamentales para conseguir la integración social de las personas con discapacidad. Además es el canal natural de participación activa en la sociedad de las personas con alguna minusvalía o discapacidad».

76. En el terreno del empleo público es frecuente ver publicadas en el Boletín Oficial del Estado convocatorias de oposiciones que incluyen reservas de plazas para cubrir por el turno de discapacidad: así, para el Cuerpo de Asesores Facultativos (especialidad Informática), el Cuerpo de Letrados, y el Cuerpo de Ujieres, de las dos Cámaras del Parlamento español (BOE de 23 de octubre de 2009, Sección II); para cubrir plaza de ordenanza de la plantilla del personal laboral en el Consejo General del Poder Judicial (BOE de 12 de mayo de 2007, Sección II); o para ingreso en la escala

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

descartar el ámbito privado⁷⁷⁾ pero sí debe prohibirse expresamente en la legislación la discriminación basada en la discapacidad en el ámbito laboral, debiendo imponerse obligaciones al empleador en lo que concierne al mantenimiento del empleo de las personas que hayan quedado discapacitadas tras un accidente de trabajo o una enfermedad profesional sobrevenidos en la empresa⁷⁸⁾. Precisamente, en lo que atañe a la protección frente a discriminaciones por razón de discapacidad, la nueva Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, refuerza los mecanismos procesales en el ámbito laboral, previendo en tales supuestos discriminatorios los informes de expertos y dictámenes de los organismos públicos competentes (art. 95), la inversión de la carga de la prueba (art. 96) e incluso la posible iniciación de oficio del proceso (art. 148). Lo precedente conlleva asimismo que las estructuras de empleo protegido deben quedar reservadas a las personas con discapacidad que, precisamente por razón de ésta, no puedan ser colocadas en el mercado ordinario de trabajo⁷⁹⁾. Además, las personas con discapacidad que trabajen en estructuras de empleo protegido cuya actividad sea principalmente productiva deben poder disfrutar de las disposiciones principales de Derecho laboral, en particular el derecho a una remuneración justa y los

de gestor técnico de biblioteca y subalterna en la Universidad de Castilla-La Mancha (BOE de 13 de junio de 2007, Sección II). Además, para el acceso al empleo público de personas con discapacidad, se establecen unos criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos (Orden de 9 de junio de 2006 del Ministerio de la Presidencia, BOE de 13 de junio de 2006, Sección I).

77. En lo que atañe a la contratación laboral privada, la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, ya incluyó un deber de reserva del dos por ciento de trabajadores con discapacidad para las empresas que emplearan a cincuenta o más trabajadores. En este sentido, la DA 14ª LD dispone que las entidades privadas que gestionen prestaciones o servicios del SAAD han de cumplir asimismo con la citada cuota de reserva. Normativa posterior ha corregido, con la previsión de cumplimiento alternativo con carácter excepcional, esa cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad (RR DD 27/2000 y 364/2005): esas medidas alternativas pueden consistir en la celebración de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de bienes para el normal desarrollo de la empresa que opta por esta medida, o para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa.

78. HENDRIKS, y WADDINGTON, 2002, pp. 403-427.

79. En España se han regulado los denominados enclaves laborales (cuya finalidad es facilitar la transición desde el empleo protegido en el centro especial al empleo ordinario) como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad (RD 290/2004). En fin, los Presupuestos Generales del Estado financian subvenciones para el programa de empleo con apoyo (en el propio puesto de trabajo, por medio de preparadores laborales especializados) como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo (regulada mediante RD 870/2007), para su gestión por las Comunidades Autónomas con competencias asumidas (BOE de 22 de diciembre de 2007, Sección III).

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

derechos sindicales⁸⁰. En este contexto, en España la Ley 8/2005, de 6 de junio, permite compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva de que son beneficiarias las personas con discapacidad con el trabajo remunerado.

Finalmente, el *derecho de las personas con discapacidad a la plena integración en la vida de la comunidad* implica suprimir los obstáculos a la comunicación y a la movilidad, con objeto de que se les permita el acceso a los transportes (terrestres, ferroviarios, marítimos y aéreos), a la vivienda (viviendas públicas, sociales y privadas), así como a las actividades culturales y de ocio (sociales y deportivas). En consecuencia, debe propiciarse la accesibilidad y la adaptabilidad de los nuevos vehículos de transporte comunitario, de los edificios e instalaciones públicas nuevas o restauradas, y de las viviendas (adaptadas, protegidas, sociales, etc.). Las medidas positivas en este terreno deben contar con una base jurídica clara, debiendo poder participar las personas con discapacidad (a través de sus representantes y asociaciones) en la elaboración, puesta en práctica y control de la eficacia de dicha normativa. Por supuesto, la legislación nacional debe prohibir en esta sede la discriminación basada en la discapacidad por problemas de comunicación o de movilidad, introduciendo vías de recurso efectivas. Debe reconocerse, en fin, un estatuto oficial a la lengua de signos, y facilitarse a las personas con discapacidad el acceso a las telecomunicaciones y a las nuevas tecnologías de la información⁸¹.

4.2. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO RESPECTO DE OTROS DERECHOS SOCIALES FRONTERIZOS

En congruencia con el análisis efectuado en torno al fundamento del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad (sobre todo, *supra*, 3.3 y 3.4), el planteamiento sobre la delimitación de su contenido con respecto a otros derechos lo abordaremos primeramente desde su consideración de derecho de igualdad para, después, hacer lo propio a través de su faceta de derecho de libertad.

Con semejante planteamiento, los perfiles fronterizos conectados con la igualdad, cabe reconducirlos especialmente a derechos de carácter social, desde el momento en que el artículo 49 CE se encuentra ubicado en el capítulo tercero del título primero de la Carta Magna, es decir, entre los derechos sociales por antonomasia calificados como «principios rectores de

80. *Digesto de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, art. 15 (p. 113 versiones francesa e inglesa).

81. *Digesto de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, art. 15 (p. 114 versiones francesa e inglesa).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

la política social y económica» y que tienen como sustrato fundamental el principio de igualdad⁸². Por tal motivo, con acierto se ha advertido en la doctrina que en la construcción del estatuto jurídico de las personas con discapacidad «el punto de partida imprescindible es el art. 14, que asegura la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de cualquier condición o circunstancia personal o social»⁸³, incluyéndose lógicamente la discapacidad en esa coetilla final que refleja una lista abierta de motivos antidiscriminatorios⁸⁴; y se añade asimismo la pertinente cláusula de igualdad material del artículo 9.2 CE⁸⁵.

Con tal punto de partida, se ha destacado por esa misma doctrina la relación del artículo 49 CE con otros derechos sociales fronterizos que, sobre todo, tienen que ver con dos de las tres vertientes clásicas reseñadas (*supra*, 4.1), a saber, con la educación y el empleo. Así, se señala que «a falta de otros preceptos referentes a la situación del minusválido en cuanto a instrucción, a su formación profesional y a su trabajo, hemos de acudir a la protección de la salud (art. 43) y a la correspondiente obligación contraída por los poderes públicos de adoptar las medidas preventivas conducentes; medidas que, si rezan para todas las personas, tienen su más señalada eficacia en la prevención de las minusvalías», unas medidas que el propio artículo 49 CE reconduce a una «cuádruple política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración del minusválido»⁸⁶. De modo adicional, «por lo que a la rehabilitación se refiere, debe relacionarse la política sanitaria con la educativa y de empleo y con el mandato que nuestra Constitución hace en el art. 40.2 a los poderes públicos para que fomenten "una política que garantice la formación y readaptación profesionales"; la de todas las personas que la necesiten, y especialmente la de los minusválidos. Por lo demás, la extensión de la Seguridad Social a todos los ciudadanos, tal como anuncia el art. 41, ayuda a perfilar, de la manera menos deficiente posible, las previsiones de nuestra Constitución respecto del minusválido»⁸⁷.

Tal como anticipamos, para completar el cuadro delimitador debemos poner la mirada ahora en la autonomía de las personas con discapacidad como derecho de libertad. Al margen de las consideraciones ya efectuadas, entre otros aspectos, en torno al valor libertad real (arts. 1.1 y 9.2 CE) y al

82. PÉREZ LUÑO, 1981.

83. TORRES DEL MORAL, 2004, p. 520.

84. Al respecto, STC 75/1983 (los motivos de no discriminación no constituyen lista cerrada); o también STC 128/1995.

85. De nuevo, TORRES DEL MORAL, 2004, p. 520.

86. *Ibidem*, p. 521.

87. *Ibidem*.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), cabe en este momento introducir esta otra reflexión: la transversalidad propia del artículo 49 CE, así como el carácter igualmente transversal o interrelacional del artículo 14 CE, abocan a trazar una tenue frontera no sólo con respecto a los derechos sociales mencionados y a otros de carácter social, sino asimismo con respecto a derechos civiles y políticos.

A decir verdad, el *principio de normalización* que preside la realización del genérico derecho a la autonomía de las personas con discapacidad conduce a que el conjunto de derechos y libertades sea susceptible de relectura incidiendo en su ejercicio efectivo por dichas personas. De ahí el amplio catálogo de derechos y libertades que recoge la propia CDPD, que menciona el siguiente elenco: derecho a la vida (art. 10); situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11); igual reconocimiento como persona ante la ley (art. 12); acceso a la justicia (art. 13); libertad y seguridad de la persona (art. 14); protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 15); protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16); protección de la integridad personal (art. 17); libertad de desplazamiento y nacionalidad (art. 18); derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19); movilidad personal (art. 20); libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21); respeto de la privacidad (art. 22); respecto del hogar y de la familia (art. 23); educación (art. 24); salud (art. 25); habilitación y rehabilitación (art. 26); trabajo y empleo (art. 27); nivel de vida adecuado y protección social (art. 28); participación en la vida política y pública (art. 29); y participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

4.3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONEXIÓN DE DERECHOS

Sin perjuicio de los derechos anteriormente mencionados, y pese a la amplitud de esa tabla de derechos fronterizos pero a la vez interrelacionados con el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, las leyes de desarrollo constitucional todavía dan pie para profundizar en la problemática de la conexión de derechos. A título de ejemplo, la Ley 15/1995, de 30 de mayo, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad se refiere explícitamente en su Exposición de Motivos a la conexión del art. 49 CE con los derechos a la vivienda (art. 47) y a la propiedad (art. 33)⁸⁸. Por otra parte, las tres vertien-

88. Según la Exposición de Motivos de la Ley 15/1995, los poderes públicos deben «llevar a cabo una política de integración de las personas con discapacidad amparándolas especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I otorga a todos los ciudadanos. Entre estos derechos, el art. 47 consagra el de disfrutar de una vivienda

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tes principales que articulan la estructura compleja del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, y que hemos reconducido a la educación, el empleo y la participación en la vida de la comunidad (*supra*, 4.1) nos llevan lógicamente a conectar el artículo 49 CE con las respectivas disposiciones constitucionales referentes a la educación (art. 27), al empleo (35) y a la participación política (art. 23.1).

Claro que, como es conocido, la problemática de la conexión de derechos se ha suscitado, ante todo, para facilitar la irrupción en el bloque *ultra-protegido* formalmente por el recurso de amparo constitucional (arts. 14 a 30 CE) de derechos fundamentales consignados en disposiciones que quedan fuera de dicho bloque, entre ellos el mismo derecho a la autonomía de las personas con discapacidad reconocido en el artículo 49. Por consiguiente, la referida conexión con los artículos 23.1 y 27 CE presentaría esa virtualidad en términos de mejora garantista. Sentado lo anterior, el también mencionado carácter conexo o interrelacional del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 CE⁸⁹ configura a este y a otros preceptos constitucionales que recogen diversas facetas de la igualdad (p. ej., en el acceso a las funciones públicas, art. 23.2 CE) como cauces idóneos para propiciar la defensa constitucional de los derechos de las personas con discapacidad a través de la vía de conexión de derechos⁹⁰. En el apartado referente a las garantías jurisdiccionales nacionales (*infra*, 7.2.1) suscitaremos más supuestos de conexión de derechos articulados ante el Tribunal Constitucional; pero detengámonos en algunas conexiones fundamentales.

4.4. EL CONTENIDO DEL DERECHO

4.4.1. Alcance o extensión: el catálogo de prestaciones

El *principio de progresividad* que preside la realización e interpretación evolutiva de los derechos fundamentales (y que cuenta con algunos criterios

digna y adecuada. En consonancia con ambos preceptos constitucionales, la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos, se ocupa de la movilidad y de las barreras arquitectónicas. Dentro de este marco constitucional, y haciendo uso de la facultad que el art. 33 CE le concede de delimitar el contenido del derecho de propiedad, en atención a su función social, el legislador ha dado ya buena muestra de su decidida voluntad de facilitar la movilidad de las personas minusválidas mediante la progresiva eliminación de las barreras arquitectónicas».

89. Véase STC 49/1982.

90. Como bien señala nuevamente TORRES DEL MORAL (2004, p. 521), «es precisamente apoyándonos en el art. 14 y no en el 49 como encontramos las garantías procesales oportunas, puesto que la igualdad no sólo vincula a todos los poderes públicos, sino que es tutelable por los tribunales ordinarios y amparable por el Tribunal Constitucional».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

jurisprudenciales específicos como la irreversibilidad de las conquistas sociales ya conseguidas⁹¹) acarrea, como no puede ser de otro modo, que el catálogo de prestaciones tendente a satisfacer el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad se haya ido incrementando progresivamente; ello es congruente con la idea según la cual, el art. 49 CE, como buena parte del contenido de los arts. 39 a 42 CE, contiene «mandatos constitucionales de optimización»⁹². En todo caso, cuando menos, el art. 49 CE «manda que se deseche la aplicación de una regla que conduce a un resultado opuesto al que dicho precepto constitucional declara deseable»⁹³.

Dicho lo cual, estimamos que un buen punto de partida para comprobar la evolución del alcance o extensión del catálogo de prestaciones viene constituido por la primera ley de desarrollo directo del artículo 49 CE. En concreto, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos diseñó un primer catálogo en su artículo 12 bajo la rúbrica *Sistema de prestaciones sociales y económicas*, disponiendo en el apartado 2 que «la acción protectora de dicho sistema comprenderá al menos: a) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica. b) Subsidio de garantía de ingresos mínimos. c) Subsidio por ayuda de tercera persona. d) Subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte. e) Recuperación profesional. f) Rehabilitación médico-funcional».

Si el anterior constituye el punto de partida, el punto de llegada (por el momento, en el contexto evolutivo evocado) se concreta en la LD, que establece un contenido básico y mínimo a nivel estatal en su artículo 14 bajo la rúbrica *Prestaciones de atención a la dependencia*, y que pueden tener «la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria». Y el artículo 15 concreta ese contenido a través del llamado «catálogo de servicios», que «comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia». En el capítulo sobre el derecho al beneficio de los servicios sociales desarrollamos esas prestaciones y ese catálogo de servicios establecidos en la LD, por lo que a dicho capítulo nos remitimos. Si acaso, en semejante línea,

91. Véase STC 81/1982. En el ámbito de la justicia europea, puede leerse asimismo el caso *Nimz contra Freie und Hansestadt Hamburg*, de 7 febrero 1991 (prohibición de discriminación *inversa* o *indirecta* entre hombres y mujeres en materia de remuneración salarial), en donde el TJCE evoca asimismo esa doctrina evolutiva.

92. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2006, p. 10.

93. *Mutatis mutandis*, STC 45/1989 (esp. FJ 4), que se refiere a la protección de las personas mayores (art. 50 CE).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

conviene recordar que ya la Ley 13/1982 perfilaba y detallaba el catálogo de prestaciones precisamente en su Título VIII («De los servicios sociales»), que permite tener un importante cuadro comparativo con respecto a la LD⁹⁴.

Por otro lado, tal como se desarrolla asimismo en el capítulo sobre el derecho al beneficio de los servicios sociales, las leyes autonómicas reguladoras de tal derecho perfilan el contenido de éste detallando y ampliando ese catálogo de servicios. Por ello mismo, las leyes regionales sobre derechos de las personas con discapacidad precisan, como *contenido adicional*, ese catálogo de prestaciones: a título de ejemplo, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía contiene un amplio Título V bajo la rúbrica «De los servicios sociales a las personas con discapacidad» integrado por disposiciones generales (capítulo I), atención comunitaria (capítulo II), servicios sociales especializados, recursos tutelares (capítulo IV), y protección económica (capítulo V).

4.4.2. Disponibilidad: el problema de la financiación

De nuevo, para abordar el problema de la financiación con parámetros actuales, es referencia obligada la LD, para cuyo estudio en esta materia reenviamos asimismo en parte al capítulo sobre el derecho al beneficio de los servicios sociales. Ni que decir tiene que el problema de la financiación de las prestaciones relacionadas con el goce efectivo del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad guarda conexión con la compleja problemática actual de la financiación autonómica. Ahora bien, esa complejidad deriva de la propia articulación del Estado de las Autonomías diseñado por nuestra Carta Magna.

En este escenario, resulta explicable por qué la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos, no se atrevió más que a dejar atisbado el problema de la financiación, remitiéndose a la coordinación y a las respectivas competencias de los tres niveles territoriales (estatal, autonómico y local). Así, en su Título X («Gestión y financiación») se limitaba a afirmar que «la financiación de las distintas prestaciones, subsidios, atenciones y servicios

94. El Título VIII de la Ley 13/1982 comprende los arts. 49 a 53. Concretamente, el art. 51 dispone: «Uno. Sin perjuicio de lo dispuesto en otros artículos de esta Ley, los minusválidos tendrán derecho a los servicios sociales de orientación familiar, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias y hogares comunitarios, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre. Dos. Además, y como complemento de las medidas específicamente previstas en esta Ley, podrán dispensarse con cargo a las consignaciones que figuren al efecto en el capítulo correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado, servicios y prestaciones económicas a los minusválidos que se encuentren en situación de necesidad y que carezcan de los recursos indispensables para hacer frente a la misma».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

contenidos en la presente Ley se efectuará con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, y a los de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, de acuerdo con las competencias que les correspondan respectivamente. En dichos presupuestos deberán consignarse de manera específica las dotaciones correspondientes» (art. 66).

De todas formas, al poner en conexión el catálogo de prestaciones con el problema de la financiación, la propia Ley 13/1982 afrontaba con realismo la necesidad de establecer unas prioridades de conformidad con los recursos disponibles, en coherencia con la filosofía del artículo 28 DUDH, del artículo 2.1 PIDESC y, especialmente, del artículo 4.2 CDPD⁹⁵ De manera igualmente amplia (y hasta cierto punto lacónica, podría argüirse) se aborda el problema de la financiación en la Ley 27/2007 de lenguas de signos⁹⁶. En todo caso, el problema de la financiación es arduo, pues puede presentar un cariz sectorial y coyuntural al tiempo, como lo ilustra el Real Decreto-ley 18/2011, de

-
95. Concretamente, afrontaba esta cuestión con realismo la Ley 13/1982 en su DF 7ª: «Para adecuar el coste de los derechos contenidos en esta Ley de Integración Social de los Minusválidos a las disponibilidades presupuestarias que permita la situación económica del país, se establece la siguiente lista de prioridades, que las Administraciones Públicas deberán atender inexcusablemente, en la forma indicada abajo. De todos modos, el coste total de la presente Ley debe estar plenamente asumido en el plazo máximo de diez años a partir de su entrada en vigor. Dichas prioridades serán las siguientes para los dos primeros años de aplicación de la Ley: Primera.–Asistencia Sanitaria y Prestación Farmacéutica. Segunda.–Servicios sociales, en especial los Centros ocupacionales para minusválidos profundos y grandes inválidos. Tercera.–Subsidio de ingresos mínimos, mediante aumentos porcentuales, que se realizarán de forma progresiva y continuada, y que se determinarán reglamentariamente, empezando con un mínimo que sea superior a las actuales percepciones por este concepto. Cuarta.–Subsidio por ayuda de tercera persona. Quinta.–Subsidio de movilidad y compensación de transporte. Sexta.–Normativa sobre Educación Especial. Séptima.–Normativa sobre movilidad y barreras arquitectónicas. Octava.–Normativa sobre Centros Especiales de Empleo. Novena.–Normativa sobre los equipos multiprofesionales. Décima.–Normativa sobre los programas permanentes de especialización y actualización previstos en el artículo sesenta y tres, dos. El resto de las prestaciones, subsidios, atenciones y servicios podrán ser desarrolladas con posterioridad al plazo antes indicado, en función de las necesidades generadas por la aplicación de la presente Ley. Este desarrollo deberá hacerse de manera progresiva y continuada, para que en cada bienio, hasta llegar al plazo máximo de diez años fijados anteriormente, se pongan en marcha las prestaciones, subsidios, atenciones y servicios previstos en esta Ley o se completen los ya iniciados».
96. Particularmente, en su DF 3ª (*Financiación*): «El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales atiende a la ejecución de lo dispuesto en la presente Ley con los presupuestos asignados para el cumplimiento de sus competencias en materia de discapacidad. A este fin se establecerán mecanismos de cooperación con los Ministerios competentes por la materia y con las distintas Administraciones Públicas competentes, según proceda. En particular, la Administración General del Estado coadyuvará a financiar el fomento, la investigación y la difusión del uso de la lengua de signos catalana».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

18 de noviembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de trabajo celebrados con personas con discapacidad por la ONCE y se establecen medidas de Seguridad Social para las personas trabajadoras afectadas por la crisis de la bacteria «E. coli»; de hecho, a través de la DF 1ª de dicho Real Decreto-ley se modifica la Ley 47/2003, de 28 de noviembre, General Presupuestaria.

Como fácilmente se comprenderá, las leyes autonómicas sobre derechos de las personas con discapacidad enfocan asimismo el problema de la financiación en el marco de las competencias respectivas de las Comunidades Autónomas, ya sea regulando las dotaciones presupuestarias para acometer determinados planes de actuación⁹⁷, ya sea presupuestando actuaciones muy precisas como la supresión de barreras arquitectónicas⁹⁸.

En realidad, el concreto soporte financiero en apoyo de las personas con discapacidad se constata de modo más tangible a través de los planes o programas sociales de acción, que a su vez pueden considerarse trasunto de las obligaciones positivas impuestas por el mandato constitucional en la materia (art. 49 CE). Dichos planes o programas sociales de acción para personas con discapacidad vienen siendo impulsados en España conjuntamente por el Estado y las Comunidades Autónomas, especialmente desde 1996 en el marco de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales, que en su XIV reunión celebrada en Santander el 26 de noviembre de 1996, acordó la aprobación del I Plan de Acción para las Personas con Discapacidad como marco de referencia para la cooperación entre las Administraciones Públicas y como cauce para la participación de la sociedad en la conformación y desarrollo de una política integral para las personas con discapacidad. El II Plan, 2003-2007, abordó especialmente el empleo y la grave discapacidad y, en esa línea profundiza la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2008-2012 aprobada por el Consejo de Ministros el 26 de septiembre de 2008. El último aprobado es el III Plan, 2009-2012 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 2009), y pretende hacerse eco, a su

97. Con esa orientación, el art. 5 (*De las competencias de la Generalitat*) de la Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con discapacidad dispone: «Corresponde a la Administración de la Generalitat, por medio de la Conselleria competente en materia de atención a las personas con discapacidad, entre otras, las siguientes actuaciones: a) Aprobar un Plan Integral de Actuación para las personas con discapacidad de la Comunidad Valenciana, de carácter cuatrienal con dotación presupuestaria propia, que tendrá como objetivos orientar, consolidar y establecer prioridades en las actuaciones e inversiones públicas y privadas en la materia objeto de esta ley».

98. Así, la Ley 1/1999, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, en su Título VIII («De la gestión, coordinación interadministrativa y financiación») incluye un Capítulo II («De la financiación») cuyo primer precepto (art. 66) establece un «fondo para la supresión de barreras».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

vez, del Plan de Acción del Consejo de Europa adoptado el 5 de abril de 2006 para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2013.

Es amplio el elenco de los Convenios de colaboración suscritos en el marco de dicho Plan tendentes a la realización de numerosos proyectos específicos⁹⁹. Esos proyectos (de intervención social, de carácter innovador y de gran efecto multiplicador) pueden ser promovidos y gestionados, total o parcialmente, por las propias Comunidades Autónomas o en colaboración con Corporaciones Locales y entidades privadas, preferentemente no lucrativas.

Las dotaciones presupuestarias para hacer frente a dichos planes o programas se establecen de conformidad con los criterios fijados por la citada Conferencia Sectorial. En lo que afecta a 2009, puede citarse el *Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se formalizan los criterios y la distribución para el año 2009 de los compromisos financieros aprobados por la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales*¹⁰⁰, que establece una dotación de 2.345.710 euros, subdividida en tres grandes partidas: «Acciones del sistema arbitral», con 601.000 euros; «Acciones de lengua de signos y medios de apoyo a la comunicación oral», con 601.000 €; y «Otras acciones del plan», con 1.143.710 euros¹⁰¹.

Con objeto de proporcionar a la ciudadanía las prestaciones y servicios

99. Véanse ejemplos en el BOE de 10 de enero de 2008, Sección III.

100. BOE de 1 de abril de 2009.

101. La selección de los proyectos se basa en los siguientes criterios o prioridades: a) Promoción de derechos y bienestar. Desarrollo conjunto de proyectos y actuaciones dirigidos a promover la competencia personal y la autonomía de las personas con discapacidad, creación de unidades de vida independiente, aplicación de los principios de bioética y actuaciones contra el maltrato de mujeres y de otras personas con graves discapacidades. b) Atención socio-sanitaria dirigida a mujeres con discapacidad, personas con grave daño cerebral, y otros colectivos con graves discapacidades para el desarrollo de proyectos innovadores en materia de: cuidados a domicilio, atención diurna y atención residencial. c) Apoyo a familias cuidadoras de personas gravemente afectadas para la incorporación de prestaciones técnicas y de tecnologías de apoyo en el hogar, y para el desarrollo de servicios de información, asesoramiento y mediación, de entrenamiento en cuidados, actividades de ayuda mutua y apoyo a familias monoparentales. d) Servicio de transporte adaptado para aquellas personas con movilidad reducida que lo soliciten, a través de un mismo número telefónico, el 065, que será implantado en todo el territorio del Estado, con el objeto de garantizar la autonomía personal a todos sus usuarios. e) Programa de promoción del sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razones de discapacidad. f) Programa de atención a personas sordas o con discapacidad auditiva y sordociegas para propiciar su acceso a la información y a la comunicación a través del fomento de la lengua de signos y de los medios de apoyo a la comunicación oral.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

establecidos en los proyectos, el citado Acuerdo del Consejo de Ministros pone de manifiesto la necesidad de contar con indicadores oficiales sobre personas con discapacidad, propugnando la elaboración de una *base de datos estatal de personas con discapacidad* reconocidas por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y de la Administración del Estado. A tal efecto, las Comunidades Autónomas han de facilitar a la Administración del Estado en soporte informático los *datos de las personas solicitantes del reconocimiento de la situación de discapacidad* (grado de minusvalía), así como proporcionar información para la actualización del *Catálogo Estatal de Servicios de Discapacidad*.

Se pretende, por tanto, perfeccionar las informaciones proporcionadas por el indicador oficial por excelencia, que es el INE (Instituto Nacional de Estadística), cuyos últimos datos dio a conocer en noviembre de 2008 en el marco de la *Encuesta de Discapacidad*¹⁰². Según ésta, ascendía a 3.847.900 (2,3 millones de mujeres y 1,55 millones de hombres) el número de personas con discapacidad en España, lo que computaba el 8,5 % de la población. De ellas, 608.000 personas vivían solas y 269.000 residían en centros de personas mayores o con discapacidad o en hospitales psiquiátricos o geriátricos. Más de un millón afirmaba no recibir ninguna ayuda para hacer frente a su discapacidad; correlativamente, más de dos millones de personas con discapacidad recibían asistencia, supervisión o cuidados personales y casi millón y medio, ayudas técnicas. El estudio ofrece, por añadidura, cifras por tipos de discapacidad, sexos, edades o Comunidades Autónomas¹⁰³. Resta por añadir que una parte de los proyectos financiados tiene que ver con actividades de cooperación internacional¹⁰⁴.

102. A esta y otras fuentes estadísticas puede accederse a través del «Servicio de Información sobre Discapacidad» del Ministerio de Sanidad y Política Social (<http://sid.usal.es/>).

103. Lógicamente, la compilación de datos comporta un coste económico para servicios informáticos (p. ej., BOE de 14 de abril de 2008, Sección V) o escaneado de cuestionarios (p. ej., BOE de 5 de febrero de 2008, Sección V) que el INE afronta en colaboración con los homólogos institutos de estadística de las Comunidades Autónomas (p. ej., BOE de 24 de octubre de 2008 o BOE de 12 de junio de 2009).

104. Entre esas actuaciones de cooperación internacional pueden mencionarse: la propia creación del Comité Español de Coordinación para el Año Europeo de las Personas con Discapacidad (BOE de 28 de febrero de 2002, Sección I), instituido por RD 775/2002, pretende responder a los objetivos de la Decisión del Consejo de la Unión Europea, adoptada el 3 de diciembre de 2001, mediante la que se declaró 2003 como «Año Europeo de las personas con discapacidad» [con esta filosofía, desde el Estado se financiaron proyectos para promover los objetivos del Año Europeo (p. ej., BOE de 2 de febrero de 2004, Sección III), o se suscribieron Convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas (p. ej., BOE de 6 de marzo de 2004, Sección III)]; la organización de eventos como el Simposio internacional sobre empleo de las personas con discapacidad celebrado en Madrid los días 14 y 15 de

4.4.3. Universalidad

Tal como se estudia en el capítulo referente al derecho al beneficio de los servicios sociales, la LD (en este caso, mejor valdría decir «Ley de promoción de la autonomía personal») proclama en su artículo 3.b) que uno de sus principios inspiradores es «la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación», añadiendo coherentemente a renglón seguido que entre los derechos de las personas en situación de dependencia (entre ellas, las personas con discapacidad, sólo y lógicamente cuando y en la medida en que sean dependientes), figura «la igualdad de oportunidades, no discriminación y *accesibilidad universal*» [art. 4.2.k)].

Si como parece obvio la fácil accesibilidad a los servicios sociales se predica de todos los potenciales beneficiarios, es razonable asimismo que se ponga el acento, desde otro punto de vista, en las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad. La disposición adicional 15 LD se refiere explícitamente a la garantía de la accesibilidad y a la supresión de barreras¹⁰⁵, en estos términos: «Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, garantizarán las condiciones de accesibilidad en los entornos, procesos y procedimientos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los términos previstos en la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad». Se trata, en este caso, de una vertiente de la denominada *accesibilidad física*: ésta, según la Observación General n° 14 del Comité DESC («El derecho al disfrute

noviembre de 1996 (BOE de 13 de septiembre de 1996, Sección V), el Máster iberoamericano en «Integración de Personas con Discapacidad» (BOE de 28 de febrero de 1998, Sección V), la Segunda Conferencia Paneuropea de Ministros Responsables de Políticas a favor de las personas con discapacidad, celebrada en Málaga los días 7 y 8 de mayo de 2003 (BOE de 5 de septiembre de 2002, Sección V), el Congreso Internacional de Mujer y Discapacidad en la Comunidad Valenciana durante los días 27 de febrero al 1 de marzo de 2003 (BOE de 10 de abril de 2003, Sección V), o la reunión de un grupo de expertos titulada «Haciéndolo funcionar: La participación de la Sociedad Civil en la aplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad» celebrada en Madrid del 27 al 29 de noviembre de 2007 (BOE de 17 de junio de 2008, Sección I).

105. *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, 1995. A la supervisión del Ombudsman español no ha escapado el examen de normativa municipal en esta materia. Así, en la p. 461 analiza el borrador de Ordenanza para la accesibilidad integral de Salamanca, con relación a las medidas aplicables a las estaciones de ferrocarril, estaciones de autobuses urbanos e interurbanos, centros sanitarios (dispensarios, ambulatorios, clínicas y hospitales), *centros de servicios sociales* (guarderías, centros de menores y residencias de la tercera edad), centros de enseñanza, salas de teatro, cine y espectáculos, instalaciones deportivas y recreativas, museos, edificios administrativos y establecimientos comerciales de superficie mayor de 500 metros cuadrados construidos en un mismo establecimiento.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

del más alto nivel posible de salud», ap. 12), conlleva que «los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados, como [...] las personas con discapacidades. [...] Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidad». En España, en materia de accesibilidad física, un número significativo de quejas analizadas por el Defensor del Pueblo en 2009 tuvieron que ver con la utilización de los servicios ferroviarios por personas con discapacidad, argumentándose además por el Ombudsman con carácter general que «la plena accesibilidad requiere un progresivo esfuerzo por parte de las administraciones públicas implicadas. Quienes sufren algún tipo de discapacidad, que en nuestro país suman más de 3,5 millones de personas y representan el 9 por 100 de la población (según datos del Instituto Nacional de Estadística), se encuentran con barreras y obstáculos que dificultan o incluso impiden su integración social y laboral. Tareas tan cotidianas como utilizar un taxi, acudir a correos, coger el autobús o acudir a una consulta sanitaria en un centro de atención primaria, resultan un reto para un importante sector de la población»¹⁰⁶.

La universalidad comporta, además, una doble proyección: desde el punto de vista objetivo, la comunidad internacional ha afirmado que todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y se encuentran en pie de igualdad y, por ello mismo, la CDPD «interioriza» un amplio catálogo de derechos y libertades (*supra*, 4.2). Y, desde una perspectiva subjetiva, la discapacidad no cabe asociarla al mundo laboral (no debe confundirse con términos como enfermedad, minusvalía, etc.), por ello la titularidad del derecho a la autonomía es de «toda/cualquier persona» con discapacidad.

Lo anterior no es incompatible con otros enfoques de la universalidad. Así, la reiterada CDPD se refiere en su artículo 2 a la precisa idea de «diseño universal», a saber: «el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El "diseño universal" no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten».

4.4.4. Accesibilidad y coste de los servicios

La accesibilidad constituye otro de los ejes en torno a los cuales se articula la repetida CDPD. En esta línea, su artículo 9.1 (*accesibilidad*) dispone que, «a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente

106. *Informe 2009*, p. 748.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo; b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia». En suma, esta disposición se hace eco de la tercera de las implicaciones básicas (junto a la educación y el empleo) que integran la compleja estructura del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, o sea, el derecho a la plena integración en la vida de la comunidad (*supra*, 4.1).

En el contexto nacional, la noción de accesibilidad, estrechamente vinculada con la de universalidad, ha sido definida en sus perfiles jurídicos por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en cuyo Preámbulo se recuerda que el concepto de accesibilidad está en su origen muy unido al movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente», que defiende una participación más activa de estas personas en la comunidad sobre unas bases nuevas: como ciudadanos titulares de derechos; sujetos activos que ejercen el derecho a tomar decisiones sobre su propia existencia y no meros pacientes o beneficiarios de decisiones ajenas; como personas que tienen especiales dificultades para satisfacer unas necesidades que son normales, más que personas especiales con necesidades diferentes al resto de sus conciudadanos y como ciudadanos que para atender esas necesidades demandan apoyos personales, pero también modificaciones en los entornos que erradiquen aquellos obstáculos que les impiden su plena participación. En sus pretensiones reivindicatorias, el movimiento en favor de una vida independiente demandó: en un primer momento, entornos más practicables; posteriormente, de este concepto de eliminar barreras físicas se pasó a demandar «diseño para todos», y no sólo de los entornos; y, finalmente, apostó por la «accesibilidad universal» como condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

Naturalmente, la accesibilidad presenta otras vertientes igualmente relevantes en clave democrática. Así, el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciem-

bre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio pretende (según su Preámbulo) situar al Estado español «dentro del grupo de países democráticos más avanzados en la accesibilidad de los procesos electorales. Sin perjuicio de otros modelos que persiguen facilitar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad visual, la utilización del sistema Braille aparece en el Derecho comparado como la opción que mejor garantiza la autonomía del elector y el secreto del voto». También admite una lectura en clave de «democracia electrónica» el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, que se hace eco de la conocida como «Iniciativa de Accesibilidad a la Web» (*Web Accessibility Initiative*) del Consorcio Mundial de la Web (*World Wide Web Consortium*).

Por supuesto, esas medidas de accesibilidad comportan un coste que ha de presupuestarse y recaudarse: el coste de los servicios (*asequibilidad económica*) se configura así como el reverso de las obligaciones positivas que pesan sobre los poderes públicos a la hora de hacer efectivo el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad.

Desde este punto de vista, el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad prevé en su disposición final sexta la compensación del incremento de coste de los servicios regulares permanentes de viajeros por carretera que se imponen a las empresas concesionarias de dichos servicios. Por su parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad acomete la problemática del coste de los servicios, advirtiendo en el Preámbulo que resulta «aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio que permita garantizar el futuro del minusválido en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse».

4.4.5. Continuidad

La estructura compleja del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad no sólo deriva de los subderechos que se hallan en juego y de las implicaciones básicas que integran el contenido de aquel derecho; la complejidad se acentúa si se tienen en mente los distintos tipos de discapacidad y, más aún, los diversos grados de discapacidad. Por todo ello, es razonable que la con-

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

tinuidad en la prestación de los servicios sea verificada periódicamente a través de los procedimientos pertinentes, con objeto de adecuar esa prestación de forma individualizada a las personas que lo necesiten (procediendo a una mayor intensificación o, diversamente, a una reducción de las prestaciones o servicios) y, correlativamente, con la finalidad de perseguir el abuso de derecho.

Con esta filosofía, tanto la legislación estatal como la autonómica contienen disposiciones referentes a la continuidad en el disfrute de las prestaciones y servicios relacionados con el estatuto de persona con discapacidad. En lo que atañe a la normativa estatal, nos conformaremos aquí una vez más con una remisión al análisis de la continuidad que hemos efectuado en el capítulo sobre el derecho al beneficio de los servicios sociales por referencia a la LD. En cuanto a la normativa autonómica, un ejemplo ilustrativo lo ofrece el artículo 40 de la Ley valenciana 11/2003, de 1 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad que reconoce, entre los derechos de las personas con discapacidad usuarias de los centros de atención diurna y de residencias para personas con discapacidad, los siguientes: a la continuidad en la prestación de los servicios en las condiciones establecidas legalmente o convenidas; a la información sobre la evolución de su discapacidad, así como sobre los servicios que se prestan en el centro y los derechos que le asisten; a cesar en la utilización de los servicios o en la permanencia en el centro por propia voluntad o a instancia de sus representantes, sin perjuicio de los supuestos en los que la permanencia en el centro esté sometida a decisión judicial; a una programación del tiempo de ocio adecuada a sus capacidades y que redunde en su desarrollo personal; al disfrute secuencializado de la plaza en los recursos más idóneos a las características de la persona con discapacidad, según su proceso individual de rehabilitación e integración, dentro de los recursos previstos en la presente ley.

Obviamente, para asegurar la correcta continuidad en el estatuto de persona con discapacidad evitando el abuso de derecho es preciso prever las infracciones y sanciones oportunas, incluida la paralización temporal o provisional de actividades que puedan producir un daño irreparable (como podría ser el cierre cautelar de un centro de atención a personas con discapacidad). Esto es lo que prevé, por ejemplo, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en cuyo artículo 19 regula medidas cautelares en el supuesto de infracciones muy graves que supongan un grave riesgo para la salud física o psíquica o para la libertad de las personas con discapacidad, pudiendo acordarse provisionalmente «y por razones de urgencia inaplazables, el cierre temporal del centro o establecimiento o la suspensión del servicio, hasta tanto se subsanen por su titular las deficiencias detectadas en el mismo».

4.4.6. Calidad

La «alta calidad» constituye, junto con la universalidad y la sostenibilidad en el tiempo, uno de los tres criterios básicos a tener en cuenta a la hora de ponderar el buen rendimiento de los sistemas de protección social: así lo recuerda la Exposición de Motivos de la LD de dependencia y lo regula la legislación estatal y la autonómica.

En el plano estatal, la citada Ley 51/2003 de accesibilidad universal de las personas con discapacidad introduce explícitamente medidas para fomentar la calidad, mandando a las Administraciones Públicas que adecuen *sus planes de calidad* para asegurar la igualdad de oportunidades a los ciudadanos con discapacidad. Para ello, dichas Administraciones deben incluir en los mencionados planes normas uniformes mínimas de no discriminación y de accesibilidad, y desarrollar *indicadores de calidad y guías de buenas prácticas*. Y, en el terreno autonómico, la también citada Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad prevé en su art. 13 el control y calidad de las medidas normativas vigentes que afectan a las personas con discapacidad.

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. Nacionales y extranjeros

Con las reservas que venimos efectuando al delimitar las situaciones de dependencia y discapacidad y, por tanto, en lo que atañe a las personas con discapacidad cuando y en la medida en que sean dependientes, como primera aproximación a la cuestión de la titularidad podemos aplicar *mutatis mutandis* las reflexiones efectuadas en el capítulo referente al derecho al beneficio de los derechos sociales por referencia al artículo 5 (*Titulares de los derechos*) LD. En particular, el apartado 2 del precepto se ocupa del estatuto jurídico de los extranjeros, que de un lado han de cumplir los mismos requisitos que establece el apartado 1 para los nacionales (básicamente, encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud) y, de otro lado, estar a «lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen».

En general, Ley Orgánica 4/2000, o la modificación de ésta operada

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

mediante la Ley Orgánica 8/2000 o posteriores¹⁰⁷, apenas contiene disposiciones específicas sobre las personas extranjeras con discapacidad, habiendo de estar en general en principio al criterio de interpretación más favorable de equiparación previsto en el artículo 3.1 *in fine*¹⁰⁸ y a la jurisprudencia benévola del Tribunal Constitucional al interpretar la Ley Orgánica 8/2000 (STC 236/2007)¹⁰⁹. Y todo ello, además, teniendo presentes en coherencia con el contenido y estructura compleja del derecho a la autonomía de la persona con discapacidad (*supra*, 4) los diversos derechos reconocidos en la Ley de extranjería, y especialmente los que hemos calificado como derechos sociales fronterizos (el derecho a la educación en el art. 9, el derecho al trabajo y a la Seguridad Social en el art. 10, la libertad de sindicación y de huelga en el art. 11, el derecho a la asistencia sanitaria en el art. 12, el derecho a ayudas en materia de vivienda en el art. 13 o el derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales en el art. 14).

Precisamente esta última disposición (art. 14), en su apartado 2 (según redacción dada mediante la LO 2/2009) hace una mención especial a «los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España», quienes «en cualquier caso», se dice, «tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico». Por otra parte, la reforma operada mediante la citada Ley Orgánica 4/2009 confiere asimismo una consideración especial a las personas extranjeras con discapacidad a efectos de reagrupación familiar [art. 17.1.b) y 3]¹¹⁰, así como para eludir la expulsión del territorio nacional [art. 57.5.d)]¹¹¹.

107. La última hasta la fecha operada mediante LO 2/2009.

108. Según el art. 3.1 *in fine* de la LO 4/2000 (cuya redacción no se ha visto alterada por la LO 2/2009): «Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

109. CASAS BAAMONDE (2007, p. 43): según la Presidenta a la sazón del Tribunal Constitucional, «la imposibilidad del ejercicio de los derechos no es cosa distinta, en sus efectos, a la ablación llana y lisa de su titularidad».

110. En particular, dichos apartados del art. 17 incluyen, respectivamente, entre los familiares reagrupables las «personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud», e «hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud».

111. Ésta es la redacción del art. 57.5.d): «La sanción de expulsión no podrá ser impuesta» a quienes «sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Estos criterios interpretativos y nuevas disposiciones introducidas mediante la Ley Orgánica 2/2009, permiten un entendimiento actualizado del artículo 7 de la Ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos (dedicado concretamente, según su rúbrica, a los *titulares de los derechos*), y especialmente de su apartado 4, el cual dispone, con una terminología tributaria del artículo 49 CE (se habla de «otorgar») que «los servicios, prestaciones y demás beneficios previstos en esta Ley se otorgarán a los extranjeros que tengan reconocida la situación de residentes en España, de conformidad con lo previsto en los acuerdos suscritos con sus respectivos Estados y, en su defecto, en función del principio de reciprocidad»¹¹².

Por otra parte, el apartado 5 del mismo artículo 7 prevé la extensión de la aplicación de las prestaciones económicas previstas en la Ley 13/1982 a los españoles residentes en el extranjero, lo cual se ha visto superado asimismo al alza por el catálogo de derechos y prestaciones establecidas en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior y las leyes autonómicas que regulan esta misma materia¹¹³.

Al hilo de esta última referencia normativa, cabe añadir que las leyes autonómicas referentes al derecho a la autonomía de las personas con discapacidad se remiten lógicamente a la legislación de extranjería: así lo hace, a título de ejemplo, el artículo 3 (*Reconocimiento y titulares de derechos*), apartado 1.b) de la Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, yendo más lejos el apartado 2 del artículo 3, el cual dispone que «cualquier extranjero que padezca discapacidad será titular de los derechos mencionados en los arts. 31 y 32 y usuario de los servicios recogidos en el art. 34 de esta ley». Es interesante resaltar que esas disposiciones consagran derechos que evocan la conexión indisoluble entre discapacidad y dignidad de la persona, pues se refieren respectivamente al «nivel primario de atención a las personas con discapacidad» como son «información, orientación y

que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo».

112. El art. 7.1 de la Ley 13/1982 se ocupa de los titulares por referencia a «toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales».
113. El elenco de leyes autonómicas en la materia comprende las siguientes: Ley 6/2009, del Estatuto de los extremeños en el exterior; Ley 11/2007, de Comunidades de Valencianos en el Exterior; Ley 6/2005, de la comunidad riojana en el exterior; Ley 3/2002, de constitución del Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha; Ley 5/2000, de Relaciones con las Comunidades Aragonesas del Exterior; o Ley 18/1996, de las comunidades catalanas en el exterior.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

asesoramiento técnico a las personas con discapacidad o a sus representantes legales sobre los derechos de las personas con discapacidad, el ejercicio de los mismos, los deberes que le incumben y los recursos disponibles destinados a su atención y a la promoción de su bienestar social» (art. 31); asistencia domiciliar gratuita «de carácter doméstico, psicológico, rehabilitador, social y educativo que estando dirigidas a facilitar la permanencia de la persona en su núcleo familiar o convivencial, sirvan de apoyo a las personas con discapacidad, familias o personas encargadas de su cuidado» (art. 32); y servicios de teleasistencia y telealarma que «permitan que una persona dependiente por motivo de discapacidad esté en contacto permanente con un equipo de apoyo que, en caso urgencia o necesidad, adopte las medidas oportunas para una adecuada asistencia puntual» (art. 34).

Profundizando en el estatuto de personas no nacionales con discapacidad, una situación de acentuada vulnerabilidad se prevé en la reciente Ley 29/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional, cuyo Preámbulo resalta que «el nuevo texto normativo profundiza en la línea garantista derivada del interés superior del menor y de la voluntad de evitar discriminaciones por razón de género o *que afecten a personas con discapacidad*, personas mayores y otras en situación de precariedad, pues alcanza a todos los ámbitos del sistema de asilo». En concreto, al regular los efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria, el artículo 36.1 de la Ley 29/2009 prevé, «en casos específicos, debido a dificultades sociales o económicas», «ayudas permanentes para ancianos y personas con discapacidad y ayudas económicas de emergencia». Con similar orientación, el artículo 46.1 de la misma Ley 29/2009 manda tener «en cuenta la situación específica de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional en situación de vulnerabilidad, tales como menores, menores no acompañados, *personas con discapacidad*, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con menores de edad, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica o física o sexual y víctimas de trata de seres humanos».

Para completar el cuadro de titulares, más allá de la eventual dicotomía entre nacionales y extranjeros y sin perder de vista la dignidad inherente a toda persona con discapacidad, lo bien cierto es que la CDPD vela especialmente por determinadas categorías de titulares que, junto a la desventaja derivada de la situación de discapacidad, son especialmente vulnerables por otra condición o circunstancia personal o social. En concreto, la Convención se ocupa de las mujeres con discapacidad (art. 6), los niños y niñas con discapacidad (art. 7), o las personas con discapacidad de nacionalidad ex-

tranjera (art. 18). En cuanto a estas últimas constituyen un grupo vulnerable por partida doble (por razón de discapacidad y de nacionalidad extranjera)¹¹⁴. Veamos a continuación otros supuestos.

5.1.2. Mujeres con discapacidad

Las mujeres con discapacidad en España constituyen el 60 % de personas con discapacidad¹¹⁵. Además, el analfabetismo, casi erradicado en España (1 % de la población) afecta a un 8 % de personas con discapacidad, con mayor incidencia en las mujeres. En el terreno laboral, la diferencia es acusada, puesto que mientras el 33 % de los hombres con discapacidad son activos ocupados (frente al 78 % de los hombres sin discapacidad), las mujeres con discapacidad activas ocupadas representan el 22 % (frente al 47 % del total de mujeres ocupadas): de hecho, se observa un alto porcentaje (73,46 %) de mujeres con discapacidad como perceptoras de prestaciones no contributivas, producto de la falta de cotizaciones de estas mujeres, al no haber accedido al empleo y, por ende, al derecho a una pensión contributiva, especialmente en el medio rural¹¹⁶. Por otra parte, la presencia de personas con discapacidad en centros de decisión y de poder es prácticamente inexistente, por lo que su participación se refiere casi en exclusividad al movimiento asociativo, que suele reproducir los esquemas patriarcales de la sociedad, con exclusión de la mujer. Las mujeres con discapacidad, con carácter añadido, son víctimas de violencia de género por la mayor indefensión y ambiente de sobreprotección en el que muchas de ellas viven¹¹⁷.

Como cuestión colateral a la situación desventajosa de las mujeres con discapacidad se encuentra la situación discriminatoria que afecta en este con-

114. CARDONA LLORENS, 2007, pp. 47-64.

115. Según la *Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia*, INE, 2008.

116. La Ley 45/2007, para el desarrollo sostenible del medio rural, prevé la creación de un «Programa de Desarrollo Sostenible en el medio rural», que debe contener medidas sobre creación y mantenimiento del empleo en el medio rural, en especial (entre otros colectivos) para las personas con discapacidad.

117. Según el documento del III Plan de acción para las personas con discapacidad, que recoge los datos extraídos del Estudio de Indicadores y Análisis de la situación de las personas con discapacidad por análisis de género (2007), realizado por el Colegio de Políticas y Sociologías por encargo de la dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad; se hace eco asimismo del estudio *Mujer con discapacidad y movimiento asociativo* realizado en 204 por *Quality Research Methods*, SL, para la coordinadora de Minusválidos Físicos de la Comunitat Valenciana. Además, se recoge (p. 27) la estimación de EDDÉS (*Encuesta sobre discapacidad, deficiencias y estados de salud*, INE, IMSERSO y ONCE) en 1999, según la cual casi medio millón de mujeres con discapacidad permanecen invisibles en sus casos, con una escásima participación social, y muchas de ellas sin ser conscientes de sus derechos.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

texto a las demás mujeres¹¹⁸: así, en España, el modelo de atención a las personas dependientes y con discapacidad está basado mayoritariamente (un 80 %) en cuidados informales, siendo mujeres (sean éstas esposas, madres, hermanas o hijas) la mayoría de quienes atienden y cuidan¹¹⁹, en una sociedad que aún apoya el peso de las tareas de cuidados no remunerados en las mujeres¹²⁰. La legislación española se ha ocupado asimismo de la situación de la mujer trabajadora fuera del hogar familiar: así, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, amplió el permiso de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad (desarrollado mediante RD 504/2007, modificado por RD 1197/2007).

Desde una aproximación diversa, la perspectiva de género estuvo presente en España con motivo de las discusiones sobre la controvertida medida de esterilización de incapaces. En efecto, en la STC 215/1994 se avaló la constitucionalidad de la esterilización de personas incapaces psíquicas, desestimando la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 6 de la Ley Orgánica 3/1989, que daba nueva redacción al artículo 428 del CP anterior, por entender que dicha modificación legislativa no vulneraba el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Lo cierto es que sin entrar en la argumentación jurídica respectiva de la mayoría y de la minoría de los magistrados constitucionales, dicha medida ha hecho planear, en clave de discriminación por razón de sexo, la duda sobre si la misma iba dirigida casi unilateralmente en la praxis a las mujeres afectadas de semejante incapacidad¹²¹. Por añadidura, en clave de igualdad, pero no por razón de sexo, se ha llegado a suscitar asimismo si esa esterilización genera distinciones no justificadas o discriminación entre distintos tipos de personas con discapacidad, lo que no obstante ha sido rechazado por el Tribunal Constitucional¹²².

118. Como manifestación de esas obligaciones positivas, en términos de análisis y sensibilización, puede mencionarse la Resolución de la Dirección General del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales mediante la que se anuncia la convocatoria del concurso público nº 35/2002 para la adjudicación del Estudio «Mujeres y Discapacidad» (BOE de 12 de noviembre de 2002, Sección V).

119. Se ha advertido así por MOLINA NAVARRETE (2007, p. 39) que, pese a todo, con la nueva regulación prevista en la LD continúa el riesgo de la perpetuación de la mujer, ahora con cierto reconocimiento social, en la tarea de cuidado, mutando la «informalidad» en «subempleo».

120. De nuevo, documento del III Plan de acción, p. 16, en donde se añade que apenas un 20 % de asociaciones de personas con discapacidad desarrollan proyectos dirigidos específicamente a las mujeres (p. 26).

121. TOMÁS MALLÉN, 1998, pp. 145-157.

122. Véase ATC 261/1998, por el que se inadmite cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 156.2 CP, por posible infracción de los arts. 9.3 y 14 CE. En el antecedente 3 del Auto puede leerse: para el juzgado «la redacción de la norma de cuya validez depende la decisión del expediente es discriminatoria y provoca gran inseguridad jurídica... Respecto a lo primero, cabe resaltar que... sólo dejaría de ser

5.1.3. Niños y niñas con discapacidad

Los menores con discapacidad constituyen uno de los grupos sociales con mayor riesgo de exclusión en España, tal como se recuerda en el *Informe anual 2007* del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid¹²³. En tal sentido, en dicho informe se recogen numerosas quejas, como la que originó el expediente 155/07 iniciado a instancias de una madre a quien la Administración madrileña había rechazado su solicitud para una vivienda, que al final fue estimada a tenor de la situación de discapacidad de su hija causada por abusos físicos, psíquicos y sexuales de su padre biológico¹²⁴. Además, el informe recoge un interesante apartado de quejas sobre «necesidades educativas especiales asociadas a discapacidad, trastornos del desarrollo, del comportamiento, salud mental y enfermedades crónicas»¹²⁵, en donde se incide en la necesidad de que la vida de los centros sea coherente con el principio de «inclusión educativa» (se mencionan específicamente las necesidades de los menores con «trastorno de déficit de atención e hiperactividad») y se hace eco del Informe presentado en febrero de 2007 por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva.

Por otra parte, en lo que afecta a la infancia, el Comité de DESC señala en su Observación General n° 14 (ap. 22) que «es preciso dar a los niños con discapacidades la oportunidad de disfrutar de una vida satisfactoria y decente y participar en las actividades de la comunidad». La jurisprudencia constitucional española se ha enfrentado con algún supuesto de interés en la materia, efectuando una ponderación entre libertad de información y derecho a la propia imagen que se decanta por el segundo, pronunciándose a

punible la esterilización del 3-4 por 100 de las personas afectadas por retraso mental en edad fértil..., que son las que adolecen de grave deficiencia psíquica en la terminología utilizada por [el] precepto y las que menos problemas prácticos presentan a los fines de la solución contraceptiva indicada. Y, sin embargo, seguiría siendo punible la esterilización de personas afectas de retraso mental leve (85 por 100 del total del colectivo *ut supra* referido), moderado (10 por 100) y profundo (1-2 por 100), quedando también fuera del ámbito protector del artículo las personas incapacitadas por causa físicas y por otros trastornos mentales, no menos graves, pero tampoco propiamente graves deficiencias psíquicas, cual es el caso de personas afectas de esquizofrenia residual..., demencia vascular de origen traumático..., trastorno psicótico residual por consumo de alcohol... o demencia secundaria a epilepsia..., entre otras. Por lo que se atiene al principio básico de seguridad jurídica..., no se antoja prudente ni adecuado que cuestión de tan vital importancia como privar a una persona *del ius generandi* de manera absoluta y definitiva aparezca regulada en una norma».

123. *Informe 2007*, p. 411.

124. *Ibidem*, p. 92.

125. *Ibidem*, pp. 149 y ss.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

favor de la protección de tal derecho (en concepto de daño moral) por la publicación en un reportaje periodístico sobre personas con discapacidad de una fotografía de un niño sin el consentimiento de sus padres (STC 158/2009)¹²⁶.

Por último, el análisis de la protección de los niños y niñas con discapacidad quedaría incompleto si no se hiciera mención al debate suscitado en España con motivo de la elaboración de la nueva Ley española de aborto (LO 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo). Así, con respecto al proyecto legislativo, el CERMI (Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad) advirtió que legalizar el aborto por razón de discapacidad presente o futura, suponía un acto discriminatorio contrario al derecho a la vida consagrado en el artículo 10 CDPD. Ante las críticas suscitadas, la Ministra de Igualdad a la sazón, impulsora del proyecto, se comprometió a no incluir en el texto proyectado referencias a las taras físicas o psíquicas del feto ni otra terminología que contuviera connotaciones discriminatorias. El caso es que, ya incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2010, por medio de uno de los tres supuestos despenalizados de aborto en la legislación española

126. En el FJ 4 de la STC 158/2009 se razona con apoyo en la normativa internacional (art. 10.2 CE) y nacional pertinentes, en estos términos: «cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan "y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". Asimismo, no deben dejarse de tener en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo *ex art.* 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor" (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio). A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa seguidamente en su art. 3, en cuanto a los menores de edad (e incapaces) que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

(el llamado «aborto eugenésico»)¹²⁷ se está llegando al resultado de impedir el nacimiento de niños o niñas con *Síndrome de Down* (*Trisomía 21*)¹²⁸.

A este respecto, se ha llegado a destacar la hipocresía de tal planteamiento, según el cual emerge un fácil discurso antidiscriminatorio con respecto a las personas con discapacidad una vez nacidas y, en cambio, los obstáculos que dichas personas encuentran al nacer, alertándose sobre el riesgo o denunciándose la praxis de una discriminación por razones genéticas¹²⁹; a tenor de los datos estadísticos del Ministerio español de Sanidad y Consumo, del total de 115.812 abortos practicados en España en 2008, el 2,86 tienen como causa el «riesgo fetal»¹³⁰. Con ello, por una parte se llega a textos avanzados en el plano internacional que prohíben explícitamente la discriminación por discapacidad mientras, por otra parte, se genera incertidumbre acerca del instrumento internacional de derechos humanos primario y por

127. Yendo más lejos, el CERMI, en su *Informe de Derechos Humanos y Discapacidad 2008* consideraba una contradicción normativa la previsión del Código penal vigente (art. 417 bis), incluso con anterioridad a la modificación legislativa, puesto que ya permitiría abortar si el feto tiene «graves taras físicas o psíquicas», argumentándose que implícitamente esta disposición normativa considera la vida de una persona con discapacidad como menos valiosa que la de un niño sin discapacidad, al no protegerlos de la misma forma.
128. En este mismo orden de cosas, la discapacidad mental se encuentra entre las preocupaciones de las autoridades públicas españolas. Muestra de ello es la publicación en 2007 del Informe del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales *Modelo de atención a las personas con enfermedad mental grave* (<http://salud.discapnet.es/Castellano/Salud/Documents/atenenfermental.pdf>). El objetivo del informe es facilitar a la comunidad de profesionales y agentes que intervienen en el diseño de políticas y la prestación de servicios a las personas con enfermedad mental grave un instrumento para alcanzar modelos de atención normalizados en el conjunto del Estado. Las discapacidades mentales afectan tanto las actividades motoras como las mentales de una persona, siendo las más conocidas: el Síndrome de Down, la Felilecetonia, el Síndrome de West o el Síndrome de X-frágil. En cualquier caso, la discapacidad mental ha conocido un enfoque evolutivo, no considerándose el «retardo mental» como un rasgo absoluto de la persona, sino como el resultado de la interacción de una persona que tiene unas habilidades y unas capacidades intelectuales limitadas y su ambiente. Por ello, no resulta suficiente centrarse en un solo aspecto de la persona (p. ej., su coeficiente intelectual), sino que se pone el énfasis en sus habilidades y limitaciones a nivel de conductas adaptativas que son básicas en su funcionamiento cotidiano.
129. Así lo ha subrayado Díez FERNÁNDEZ (2009, p. 3): al denunciar esta forma de discriminación por razones genéticas, añade que «se da una curiosa paradoja: una sensibilidad general (al menos teórica) hacia quienes nacen con ellas, y la indiferencia y el desconocimiento ante los que no llegan a nacer por presumirse que pueden padecer ese tipo de taras. A esta forma de discriminación está contribuyendo, entre otras cosas, el desarrollo de determinadas prácticas de diagnóstico prenatal».
130. Vid. http://www.msc.es/profesionales/saludPublica/prePromocion/embarazo/tablas_figuras.htm; los otros porcentajes se corresponden con las siguientes causas: 96,96 % por «salud materna», 0,02 por «violación», y 0,16 por «varios motivos».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

excelencia, como es la DUDH, cuyo artículo 1 proclama que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos», prohibiendo a renglón seguido en su artículo 2 la discriminación por razón de «nacimiento o cualquier otra condición».

5.1.4. Discapacidad en centros penitenciarios

El Defensor del Pueblo español dedicó un apartado especial a la situación de los presos con discapacidad en el *Informe anual 2008*. En él se refleja, según los datos facilitados por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que existe un total de 1.059 internos con discapacidad física, 1.493 con discapacidad psíquica, 57 con discapacidad sensorial, 269 con discapacidad mixta y 100 sin especificar. Del número total de 2.978 internos con discapacidad, 2.776 son hombres y 202 mujeres. Otro elemento de preocupación manifestado por el Ombudsman español fue el número de internos que siendo susceptibles de obtener el correspondiente certificado de discapacidad, todavía no lo poseían (de los 2.978 presos, 2.436 disponían de tal certificado, tramitado desde la prisión en el 40 % de los casos), así como las actuaciones tendentes a la eliminación de barreras arquitectónicas en la prisión (tomando nota de la ejecución de obras en prácticamente todos los centros penitenciarios)¹³¹.

En el *Informe anual 2009* se centró en la situación de los hospitales psiquiátricos penitenciarios¹³², tomándose nota del «Plan de Acción Estratégico sobre los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios», así como de la constitución de un equipo de trabajo en la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias desde la que se pretende lograr mejorar la calidad de la asistencia que reciben los enfermos ingresados en estas instalaciones, «cuya finalidad es elaborar un plan de acción relativo a las oportunidades de mejora de los mismos».

Esta preocupación en el terreno doméstico viene impuesta, por lo demás, por el artículo 14.2 CDPD, que implica una reforma de la normativa interna en materia penitenciaria para respetar los derechos de las personas con discapacidad privadas de libertad¹³³.

5.1.5. Otros supuestos

En lo que afecta a España, dos situaciones merecen ser puestas en conexión con la discapacidad, a saber, la edad y la pertenencia a una raza o etnia.

131. *Informe 2008*, pp. 273-274.

132. *Informe 2009*, pp. 302-309.

133. DE BECO, 2006, pp. 82 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En cuanto a lo primero, la LD llama la atención, efectivamente, sobre los dos grandes grupos de personas beneficiarias de dicha ley, puesto que un buen porcentaje de personas con discapacidad lo integran precisamente personas mayores: según su Exposición de Motivos, «diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad, como muestra el hecho de que más del 32 % de las personas mayores de 65 años tengan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5 % para el resto de la población». En la práctica, en el ámbito estatal, la actuación de la Administración (frecuentemente en colaboración con la estatal y la autonómica) se ha orientado justamente a la atención hacia estos dos grupos de personas, a través de los llamados Planes de Acción para las Personas con Discapacidad y para Personas Mayores¹³⁴.

La otra situación de clara vulnerabilidad en España viene constituida por las personas de etnia gitana con discapacidad, que integran un grupo social víctima del fenómeno de la *pluriexclusión*. Desde este punto de vista, un reciente estudio de 2008 sobre *La situación de multidiscriminación ante el empleo de personas gitanas con discapacidad* pone de manifiesto la gran intransigencia social que todavía en la actualidad existe con respecto a este colectivo: se resalta que las personas gitanas con discapacidad suelen quedar ocultadas en sus familias para dedicarse a tareas del hogar, sufren baja autoestima, reticencia hacia las instituciones y falta de formación, lo que les dificulta encontrar un empleo¹³⁵. En este ambiente, el 27 de octubre de 2009 se constituyó formalmente el *Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y la no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico*, adscrito al Ministerio de Igualdad.

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. La atención a la discapacidad y la inclusión social como servicio público

Con apoyo en el artículo 49 CE, puede sostenerse que la atención a la discapacidad y la inclusión social requieren de unas estructuras administrativas tendentes a dar cumplimiento a dicha finalidad y mandato constitucional.

134. En este sentido, véase (BOE de 14 de febrero de 2009, Sección III) la Resolución de 12 de enero de 2009, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el IMSERSO y la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, para la financiación global, durante el año 2008, del sector de servicios sociales destinados a la atención de personas mayores y con discapacidad.

135. Informe elaborado por *Red 2 Red Consultores*, publicado por la Fundación ONCE, 2008. Más información en la web de la *Fundación Secretariado Gitano*: www.gitanos.org.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

les. Dicho en otros términos, esa atención configura un servicio público, al menos en sentido material, como servicio dirigido a la persona¹³⁶: los fines del Estado social (art. 1.1 CE) y del propio artículo 49 CE como principio rector de la política social y económica, en el caso de las personas con discapacidad, comportarían la existencia de una administración social prestadora, tanto en su faceta de administración prestadora de servicios personales (vertiente subjetiva), como de administración aseguradora (vertiente objetiva)¹³⁷. A tal efecto, ese mandato de actuación del artículo 49 CE y de los demás principios rectores del capítulo tercero del título I identifica una tarea que necesariamente deben cumplir los poderes públicos; «con ello, desde la perspectiva del Derecho de organización, seguramente ya queda impuesta también la obligación de que exista un *sustrato organizativo público* que tenga como misión el cumplimiento por el Estado de cada una de esas tareas. Posiblemente no sea objetivamente compatible con la Constitución española que no exista en la organización jurídico-pública a la que correspondan las competencias en la materia un Departamento (Ministerio en el Estado o Consejería en las Comunidades Autónomas), o una parte dentro de él, dedicado a los asuntos de la vivienda, del medio ambiente o de los asuntos sociales (tercera edad, juventud, discapacitados, etc.)»¹³⁸.

Con enfoque análogo, puede sostenerse que la prevención de la discapacidad constituye una faceta esencial de esa atención. Así, el III Plan de acción para las personas con discapacidad 2009-2012 apuesta por proseguir e intensificar la investigación, por la estrecha relación que guarda ésta con la prevención y atención de la discapacidad, así como con el desarrollo de tratamientos y medidas rehabilitadoras. Bajo tal prisma, destaca que «en gran medida la disminución de la tasa de personas con discapacidad con respecto a la población total, tiene que ver con los grandes avances que se han producido en la medicina en estos últimos años, aunque la mejora en la salud plantea nuevos desafíos. En este sentido, merece una especial referencia las llamadas enfermedades raras, es decir, aquellas cuya incidencia en la población es inferior a cinco casos por cada diez mil habitantes, ya que con frecuencia dichas enfermedades causan discapacidad, debido a su carácter degenerativo»¹³⁹.

136. VAQUER CABALLERÍA (2002, pp. 113-114) ha distinguido entre esos servicios públicos dirigidos a la persona (como la educación o la sanidad), y otros servicios vinculados al territorio (tienen un carácter logístico y sólo sirven mediatamente a la persona, como los transportes o la gestión urbanística).

137. Esa doble tipología de la administración social prestadora en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007.

138. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2006, pp. 7-8.

139. III Plan, pp. 48-49. Entre esas enfermedades raras se mencionan la esclerosis múltiple, la fibromialgia, la enfermedad de Turner o la artritis reumatoide.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Si bien es cierto que las personas con discapacidad no son personas enfermas¹⁴⁰, muchas de ellas precisan de una atención sanitaria más frecuente e intensa que el resto de la ciudadanía. Por ello, en España, desde las organizaciones de la sociedad civil que defienden los derechos de las personas con discapacidad (p. ej., CERMI)¹⁴¹ se reclama un mayor esfuerzo investigador en materia de prevención y rehabilitación de discapacidades, la mejora de las prestaciones públicas de asistencia sanitaria y farmacéutica (p. ej., la prestación ortoprotésica, escasa e insuficientemente regulada) y la mayor cualificación del personal sanitario¹⁴².

Con carácter más específico, desde el movimiento asociativo se exige asimismo asistencia sanitaria continua y especializada para personas con discapacidad por daño cerebral adquirido (DAC), que afecta a más de trescientas mil personas en España y es producto de una serie de lesiones sobrevenidas tras un ictus o accidente cerebrovascular, un traumatismo craneoencefálico y otras causas como falta de oxígeno, infecciones o tumores cerebrales. El Defensor del Pueblo español se hizo eco de esta cuestión en 2006¹⁴³, lanzando un amplio elenco de propuestas que van desde creación de unidades específicas hasta la colaboración del movimiento asociativo, pasando por protocolos de actuación del Ministerio Fiscal y del Poder Judicial o por la elaboración de baremos para indemnizaciones y para estimaciones estadísticas.

En este orden de consideraciones, la más intensa vertiente social que caracteriza al derecho a la autonomía de las personas con discapacidad conlleva que la inclusión social de dichas personas se configure como servicio público cuya realización obliga en primer término a los poderes públicos, razón por la cual la propia CDPD impone a los Estados la adopción de «todas

140. Y ni siquiera personas dependientes en el sentido regulado por la LD, que disciplina la situación de dependencia «permanente»; de hecho, se ha considerado desafortunada la redacción del art. 21 de dicha Ley en materia de prevención de la dependencia, puesto que no parece que todo proceso de hospitalización complejo esté relacionado necesariamente con las situaciones de dependencia a las que protege la LD, tanto por la entidad y pronóstico de la enfermedad, como porque muchas veces las limitaciones de la autonomía y los cuidados y atenciones que requiera la persona hospitalizada pueden tener mero carácter transitorio y no permanente: GARCÍA RUBIO, 2007, p. 300.

141. El CERMI y el INSALUD organizaron en Madrid, el 28 de noviembre de 2001, el Seminario «Decálogo de la atención sanitaria a las personas con discapacidad», en el marco de las actividades del Día internacional de la discapacidad (3 de diciembre) de dicho año.

142. Información ofrecida por el *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, n.º 63, abril de 2008.

143. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2006.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención» [art. 4.1.a)]. Todo ello sin perjuicio de que «en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan» (art. 4.3).

Con similar orientación a la CDPD, ya hace casi tres décadas que nuestra primera Ley de desarrollo constitucional en la materia (Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos) mandaba (art. 3) a «los poderes públicos» velar por «el ejercicio de los derechos» de las personas con discapacidad, «constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social» (ap. 1), precisando a renglón seguido (ap. 2) que «a estos efectos estarán obligados a participar, para su efectiva realización, en su ámbito de competencias correspondientes, la Administración Central, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Sindicatos, las entidades y organismos públicos y las asociaciones y personas privadas».

De cualquier modo, como se acaba de indicar, lo interesante de estas obligaciones positivas de los poderes públicos no radica sólo en que afecte al conjunto de administraciones, sino que además dicha obligación se concibe en sentido amplio o, si se prefiere, transversal. De hecho, será la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de accesibilidad universal de personas con discapacidad la que introducirá como concepto novedoso la *transversalidad de las políticas en materia de discapacidad* [art. 2.f)], como principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tengan en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad. En la misma línea, el artículo 5.a) de la posterior Ley 27/2007 de lenguas de signos establece como principio general la «transversalidad de las políticas en materia de lengua de signos y medios de apoyo a la comunicación oral».

5.2.2. La prestación de los servicios públicos por el sector privado

Como se acaba de exponer, el artículo 3.2 *in fine* de la Ley 13/1982

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

incluía entre los sujetos obligados a «las asociaciones y personas privadas», añadiendo en el art. 4 que las administraciones (estatal, autonómica y local) «amparán la iniciativa sin ánimo de lucro», prestando «especial atención» a «las instituciones, asociaciones y fundaciones sin fin de lucro, promovidas por los propios minusválidos, sus familiares o sus representantes legales». Esa atención puede adoptar formas diversas, que pueden ir desde el asesoramiento e información por parte de los poderes públicos hasta la concesión de subvenciones¹⁴⁴.

En paralelo, las leyes autonómicas en la materia regulan igualmente la prestación por el sector privado de los servicios públicos dirigidos a las personas con discapacidad, distinguiendo entre la iniciativa social sin ánimo de lucro llevada a cabo por los diversos actores de la sociedad civil (poniendo el énfasis en el papel del voluntariado)¹⁴⁵ y la iniciativa estrictamente privada desarrollada por otras entidades (p. ej., para colaborar en la creación de plazas para personas con discapacidad cuando las ofertadas por los centros de titularidad pública sean insuficientes)¹⁴⁶.

144. Un ejemplo del amplio espectro de asociaciones y organizaciones de la sociedad civil receptoras de subvenciones por su implicación en la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad puede verse en la Resolución de 17 de septiembre de 2004, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), por la que se dispone la publicación de las subvenciones concedidas a Entidades y Organizaciones no Gubernamentales en las áreas de atención a mayores, personas con discapacidad, inmigrantes, refugiados, solicitantes de asilo y desplazados, con cargo a los presupuestos de 2004 (BOE de 10 de noviembre de 2004).

145. En cuanto a la regulación del voluntariado, en el ámbito estatal debe mencionarse la Ley 6/1996, del voluntariado, que regula las actuaciones de voluntariado que se desarrollen en programas de ámbito estatal o supraautonómico, o que afecten a actividades de competencia exclusivamente estatal. Por su parte, en el ámbito de sus competencias, las Comunidades Autónomas han hecho lo propio, pudiendo mencionarse las siguientes normas regionales: Ley 8/2006, del Voluntariado en Castilla y León (ha sustituido al anterior Decreto 12/1995, por el que se regula el Voluntariado de Castilla y León); Ley 5/2004, del Voluntariado de Murcia; Ley asturiana 10/2001, del Voluntariado; Ley andaluza 7/2001, del Voluntariado; Ley valenciana 4/2001, del Voluntariado; Ley 3/2000, del Voluntariado de Galicia; Ley 17/1998, del Voluntariado en el País Vasco; Ley 3/1998, del Voluntariado de las Islas Baleares; Ley 4/1998, de Voluntariado de Canarias; Ley 7/1998, del Voluntariado de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 2/1998, del Voluntariado de la Comunidad Foral de Navarra (modificada mediante Ley Foral 9/2006); Ley 1/1998, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura; Ley 4/1995, de Voluntariado en Castilla-La Mancha; Ley 3/1994, del Voluntariado Social en la Comunidad de Madrid; Ley 9/1992, del Voluntariado Social de la Comunidad Autónoma de Aragón; y Ley 25/1991, por la que se crea el Instituto Catalán de Voluntariado.

146. En tal sentido, pueden verse los arts. 1 y 3 de la Ley 1/1999, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, y los arts. 45 y 46 de la Ley valenciana 11/2003, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

La colaboración de las entidades privadas sin ánimo de lucro se ha encauzado, ya desde 1998¹⁴⁷, en el marco de la Red de Intercambios de Conocimientos y Experiencias en la Atención a Personas con Discapacidad: consiste en la puesta en marcha de programas experimentales cuyo ámbito de actuación se extienda a más de una Comunidad Autónoma y tengan como objetivo la equiparación de oportunidades y la integración de las personas con discapacidad (intercambio de conocimientos y experiencias sobre las diferentes iniciativas-modelo de cada Comunidad Autónoma, o identificación de proyectos eficaces y buenas prácticas susceptibles de ser generalizados a través de normas técnicas o legislativas).

La iniciativa social adquiere una dimensión que va más allá de las fronteras nacionales, de suerte que se incide asimismo en la implicación del voluntariado a través de la cooperación internacional¹⁴⁸. En la actualidad se pretende prestar mayor atención en España al estatuto del cooperante lo cual, en el ámbito que nos ocupa, es impulsado también con objeto de facilitar la implementación de la CDPD: a título de ejemplo, podemos mencionar la aplicación provisional del Canje de Cartas entre el Reino de España y las Naciones Unidas para la celebración de la reunión de un grupo de expertos titulada «Haciéndolo funcionar: La participación de la Sociedad Civil en la aplicación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad», hecho en Nueva York el 15 y 23 de noviembre de 2007¹⁴⁹.

Por último, el círculo de sujetos obligados puede verse ampliado si reparamos en otros aspectos del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad: así, en el ámbito del empleo, la legislación impone obligaciones de integración a los empleadores: en semejante línea, el artículo 7 de la Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad disciplina el cumplimiento de la normativa sobre integración laboral de personas con discapacidad, a efectos de la concesión de ayudas o subvenciones de la Generalitat.

5.2.3. La cualificación del personal empleado en el ámbito de la atención a las personas con discapacidad

Tanto si la prestación de los servicios deriva de la acción pública como

147. P. ej., BOE de 24 de noviembre de 1998, Sección III.

148. Desde esta perspectiva, ha subrayado BIEL PORTERO (2008, p. 159): «La fuerte vinculación entre discapacidad y pobreza podría representarse a través de "un círculo vicioso", en el que ambas son entre sí causa y consecuencia. Este hecho explica que la tasa de personas con discapacidad llegue a triplicarse en los países en desarrollo. En este contexto, la eficacia y respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad depende en gran medida de la realización del derecho al desarrollo y la cooperación internacional».

149. Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (BOE de 17 de junio de 2008).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

si procede de la actuación privada, es objeto de primordial preocupación la cualificación del personal involucrado. La propia CDPD, en su artículo 4.1.i) obliga a los Estados Partes a «promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos».

Trasladados a nuestras fronteras, la Ley 13/1982 tampoco hizo caso omiso de los elementos formativos: concretamente dedicó la sección segunda del Título IX al «personal de los distintos servicios», estableciendo en el artículo 62 que la atención y prestación de los servicios que requieran las personas con discapacidad en su proceso de recuperación e integración «deberán estar orientadas, dirigidas y realizadas por personal especializado», con el eventual «concurso de diversos especialistas que deberán actuar conjuntamente como equipo multiprofesional». Para ello, coherentemente, el artículo 63 obligó al Estado a adoptar «las medidas pertinentes para la formación de los diversos especialistas, en número y con las cualificaciones necesarias para atender adecuadamente los diversos servicios que los minusválidos requieren, tanto a nivel de detección y valoración como educativo y de servicios sociales».

Esa formación, siquiera menos especializada, no resulta tampoco nada desdeñable cuando se trata de la colaboración del voluntariado, con independencia de la realización de tareas «que no impliquen una permanencia en el servicio ni requieran especial cualificación» (art. 64). Por lo demás, no debe olvidarse que cuando estaba vigente en España la prestación social sustitutoria, ejercida por los objetores de conciencia al servicio militar, una de las opciones que se ofrecían a éstos era la atención a las personas con discapacidad, ya fuera a través de los servicios sociales municipales, ya a través de organizaciones no gubernamentales que trabajan en dicho sector¹⁵⁰.

En fin, esa cualificación del personal implicado en el servicio a las personas con discapacidad no sólo se encauza a través de cursos de formación más o menos regulares o esporádicos, más o menos especializados, sino asimismo a través de la educación formal o reglada en supuestos específicos: tal sería el caso de los intérpretes y profesionales de las lenguas de signos españolas¹⁵¹.

150. La desaparición del servicio militar obligatorio y, con ella, de la prestación social sustitutoria se produjo a través de la DA 13ª de la Ley 17/1999, sobre Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, que suspendía el servicio militar a partir del 31 de diciembre de 2002.

151. Véase DD AA 4ª y 5ª de la Ley 27/2007 de lenguas de signos españolas.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

6.1. FORMALIDADES Y RESTRICCIONES EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DIRIGIDAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La primera formalidad o restricción en el acceso a las prestaciones por razón de discapacidad se reconduce al reconocimiento de la condición de persona con discapacidad, es decir, al acceso a la condición de persona discapacitada como paso previo para el acceso a las prestaciones correspondientes. A tal efecto, tanto la normativa estatal como la autonómica han previsto la creación de los órganos de valoración competentes para evaluar el tipo y grado de discapacidad o de minusvalía, con independencia de la eventual intervención de la jurisdicción social o de otro orden (p. ej., la jurisdicción civil en procesos de incapacitación de personas).

En tal dirección, la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos ya previó en su artículo 7 (*titulares de los derechos*) que el reconocimiento del derecho a la aplicación de los beneficios previstos en la Ley «deberá ser efectuado de manera personalizada por el órgano de la Administración que se determine reglamentariamente, previo informe de los correspondientes equipos multiprofesionales calificadoros» (ap. 2). Cuando entre en juego, además, la situación de dependencia, la más reciente LD, tal como se estudia en el capítulo sobre el derecho al beneficio de los servicios sociales, prevé que el reconocimiento de la situación de dependencia se efectúe mediante resolución por la Administración autonómica correspondiente a la residencia del solicitante. En la práctica, el Defensor del Pueblo español llama la atención sobre las denuncias formuladas por las demoras en la valoración de la discapacidad ante esas Administraciones autonómicas, relacionadas en parte con problemas de plantilla (falta de médicos valoradores)¹⁵², sin perjuicio de la propia complejidad del procedimiento de valoración (regulado mediante el RD 1971/1999, modificado por RD 1856/2009)¹⁵³.

Estas cuestiones no han quedado exentas de conflictividad entre competencias estatales y autonómicas. Así, en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 21 de febrero de 2008 (recurso nº 1329/2005), el Alto Tribunal de la

152. *Informe 2009*, p. 759.

153. Con respecto a esa complejidad procedimental, BLASCO LAHOZ (2001); TUSET DEL PINO (2001); GALLEGU CÓRCOLAS (2003); o ROQUETA BUJ (2007 y 2009). Esta última autora (2007, p. 145 y 2009, pp. 147 y ss.) entiende que el baremo fijado por el RD 1971/1999 presenta una complejidad media, al centrarse básicamente en el examen de las actividades de autocuidado y movilidad, pero recogiendo asimismo información sobre otros aspectos como los factores contextuales y la necesidad de ayudas especiales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

jurisdicción ordinaria se vio llamada a resolver, para unificación de doctrina, si el INSS y posteriormente el orden social de la jurisdicción, cuando están conociendo de una reclamación de reconocimiento de la prestación de Seguridad Social no contributiva por hijo a cargo, pueden modificar la calificación que el órgano de la Comunidad Autónoma que ha recibido la transferencia para la calificación del grado de discapacidad y minusvalía en relación con el reconocimiento de la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida. A lo que responde de manera negativa, salvaguardando las competencias autonómicas en la materia¹⁵⁴.

Son, pues, las Leyes autonómicas respectivas los que regulan los centros de valoración y orientación de las personas con discapacidad, correspondiendo a ellos «la valoración y calificación de la minusvalía, determinando su tipo y grado» a través de los baremos correspondientes (art. 31.2 de la Ley 1/1999 de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía). De

154. Ésta es la respuesta del TS (FJ 2): «el INSS, que tiene atribuida la competencia para reconocer o no la prestación no contributiva que en su caso se discuta (en este caso la prestación familiar por hijo a cargo del art. 184 LGSS y en su caso del complemento por ayuda de otra persona), no la tiene para declarar uno de los elementos constitutivos del derecho a tal prestación, cual es la determinación del grado de minusvalía; de donde se desprende que, si no tiene competencia para ello tampoco puede hacer declaración alguna sobre tal particular y por lo tanto no puede ser objeto de impugnación por vía judicial en un recurso contra su decisión, una cuestión sobre la que ni decidió ni pudo decidir; [...] en cualquier caso, de entrar el INSS a resolver en algo que no le corresponde, o de entrar igualmente a decidir sobre ello se conculcaría el derecho de la Administración Autonómica a participar tanto en el expediente administrativo como en el proceso judicial, con clara conculcación de su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, pues no cabe olvidar que una declaración mayor o menor de minusvalía produciría inmediatamente efectos directos y colaterales en los derechos y obligaciones del afectado, dado que podría reclamar de aquella Administración el reconocimiento de todos los otros derechos que de una declaración de mayor incapacidad puedan derivar tanto de la Ley 13/1982, de 7 de abril, como de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, puesto que el declarado incapaz en un determinado grado no puede serlo sólo a un efecto (cual el de acceder a ser beneficiario de una prestación de la Seguridad Social) sino a todos los efectos legales o a los diversos efectos que de aquella declaración se puedan legalmente deducir. En estos casos, por lo tanto, la declaración de un determinado grado de incapacidad efectuada por el órgano administrativo competente juega como hecho condicionante del derecho a la prestación, correspondiendo al INSS y al posterior control jurisdiccional de su decisión a partir de aquella apreciación, quedando limitado el cometido de ambos a controlar si se cumplen los demás requisitos legales que condicionan el reconocimiento de la prestación reclamada. No se trata en definitiva de una cuestión prejudicial en la que el órgano judicial pueda entrar *incidenter tantum*, sino de una cuestión previa a la que hay que estar una vez decidida por el órgano competente para ello, la cual, como se ha dicho, pudo ser recurrida ante el orden social en proceso independiente pero no por esta vía perifrástica».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

forma más detallada o precisa, en el ámbito regional se ha definido la persona con discapacidad como «aquella que, por causa de una deficiencia en su interacción con el entorno, sufre cualquier restricción o impedimento en la capacidad de realizar una actividad que se considera normal para el ser humano, generando una situación de desventaja para la persona en cuanto limita o impide el cumplimiento de una o varias funciones dentro de la sociedad a la que pertenece, teniendo reconocida la condición de minusválido en un grado igual o superior al 33 por 100 por el órgano competente en materia de valoración de minusvalía» (art. 2.1 de la Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con discapacidad); esa condición se completa con otras (que deben ser igualmente valoradas y calificadas) como la de «persona con discapacidad con movilidad reducida» (art. 2.2) o «persona con discapacidad con necesidad de apoyo generalizado» (art. 2.3). En cualquier caso, el grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento viene confirmado en el plano estatal por la Ley 26/2011 de adaptación a la CDPD, modificando en tal sentido el art. 1.2 de la Ley 51/2003.

En realidad, la mencionada barrera del 33 % suele exigirse como formalidad y restricción no únicamente para el acceso a las prestaciones básicas, sino para participar en procesos de selección laboral o funcionarial (p. ej., art. 1 de la Ley 12/2001, de Acceso de las Personas con Discapacidad a la Función Pública de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), o para obtener determinados beneficios fiscales (Ley 6/2000, por la que se modifica el art. 199 bis de la Ley 27/1997, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad de Madrid, estableciendo, para personas con discapacidad igual o superior al 33 %, la exención del pago de tasa por derechos de examen para la selección del personal al servicio de la Comunidad de Madrid).

Finalmente, cabe aludir a limitaciones de orden procesal en el acceso a las prestaciones dirigidas a las personas con discapacidad, derivadas en ocasiones del llamado entrecruzamiento de jurisdicciones. Efectivamente, el ATC 34/2003, declaró la inadmisibilidad del recurso de amparo, tras no acoger la pretensión del demandante según la cual el órgano judicial civil estaría obligado a aceptar la declaración previa del orden jurisdiccional social según la cual el demandante se encontraba en situación de incapacidad permanente total a consecuencia del accidente de tráfico, «pues no existiendo norma alguna que defiera a un orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial (como es el caso, en el que el denominado baremo se limita a incluir el supuesto de que a consecuencia del accidente se produzca incapacidad parcial) corresponde a cada orden jurisdiccional el ejercicio independiente de la potestad que le confiere el art. 117.3 CE» (FJ 2).

6.2. LIMITACIONES EN EL DISFRUTE DE LAS PRESTACIONES POR DISCAPACIDAD

El ejercicio del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, como sucede con el conjunto de derechos fundamentales, no es ilimitado. En este ámbito, una limitación básica en el acceso a las prestaciones por discapacidad se reconduce a su disfrute antisocial o abusivo, tanto más cuanto que el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad entronca con la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes (art. 10.1 CE). Además, el límite del respeto de los derechos de los demás (igualmente establecido como fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10.1 CE) adquiere tintes especiales si reparamos en la vulnerabilidad de las personas (con discapacidad) potencialmente beneficiarias y el carácter limitado de los recursos susceptibles de ser destinados a la atención de dichas personas, lo cual significa que los beneficios obtenidos ilícitamente por algunas personas perjudicará a quienes realmente necesiten acceder a esos beneficios.

A conjurar ese riesgo y remediar ese pernicioso efecto atiende, entre otras disposiciones, la acción administrativa contra el fraude previsto en el artículo 39 LD. Pero, además, en el caso de las personas con discapacidad, esas limitaciones tienen su reflejo en un sistema específico de infracciones y sanciones, en particular en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Este cuerpo legal considera infracciones administrativas (art. 2) «las acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas, especialmente *cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora*».

7. GARANTÍAS

7.1. GARANTÍAS NO JUDICIALES

7.1.1. Nacionales

De todos es sabido que la garantía por excelencia de los derechos fundamentales es la educación, según la filosofía del artículo 26 DUDH y del ar-

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

título 27.2 CE¹⁵⁵. La educación, que tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los derechos humanos y la democracia se erige así en la primordial garantía preventiva para la efectividad del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad. De manera conexa, con esa intención se introducen en la legislación nacional medidas para la prevención de las discapacidades¹⁵⁶.

La CDPD manda justamente a los Estados Partes en su artículo 33 (*Aplicación y seguimiento nacionales*) mantener, reforzar, designar o establecer a nivel nacional un marco de garantías (jurisdiccionales y no jurisdiccionales) que promueva, proteja y supervise la aplicación de la Convención, poniéndole el énfasis en la participación de «la sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, [que] estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento».

A la luz de esta última disposición, se prevé una importante garantía no jurisdiccional que encauza la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias en el artículo 15 de la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, concretamente el denominado Consejo Nacional de la Discapacidad¹⁵⁷. La propia Ley 51/2003 introduce

155. Para el alcance del mandato constitucional del art. 27.2, acúdase a SÁNCHEZ FERRIZ y JIMENA QUESADA, 1995.

156. Para ilustrarlo, puede mencionarse el art. 15 de la Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad. En particular, su apartado 2 dice: «2. Con el fin de llevar a cabo la política de prevención de la discapacidad, la Generalitat, adoptará las siguientes medidas de actuación: a) Fomentará la orientación, planificación familiar y asesoramiento genético a los grupos de riesgo. b) Fomentará el desarrollo de las capacidades individuales de las personas con discapacidad a cualquier edad y desde la aparición de la discapacidad. c) Realizará campañas de vacunación contra las enfermedades transmisibles que generen riesgos de discapacidad en las personas. d) Realizará campañas de prevención, orientación y asesoramiento de las patologías sobrevenidas».

157. Según el art. 15 de la Ley 51/2003, dicho Consejo «es el órgano colegiado interministerial de carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en el que se institucionaliza la colaboración entre las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, con el objeto de coordinar y definir una política coherente de atención integral a este grupo ciudadano. En particular, corresponderá al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, a cuyo efecto se constituirá en su seno una oficina permanente especializada, con la que colaborarán las asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias». Anteriormente se denominaba «Consejo Estatal de Personas con Discapacidad» (Disposición final segunda de la Ley).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

otras medidas no jurisdiccionales (p. ej., un sistema arbitral voluntario, art. 17¹⁵⁸), delimitándolo de los mecanismos que se articulan a través de la tutela judicial (art. 18).

Al hilo del mencionado Consejo, puede señalarse que el panorama español de los centros públicos puede trazarse en torno a dos grandes ejes: de un lado, los centros de carácter estatal que despliegan, en todo el territorio nacional, competencias de sensibilización, de representación o participación institucional, y de tratamiento o atención especializada; y, de otro lado, los centros que atienden a las personas con discapacidad en áreas geográficas concretas (*territorialización* de los servicios y *ratios* en función del número de usuarios y grado o tipo de discapacidad).

En lo atinente al primer eje, de la función de sensibilización participa el Real Patronato sobre Discapacidad, que creado como Real Patronato de Educación Especial (por RD 1023/1976) y rebautizado más tarde como Real Patronato de Prevención y de Atención a Personas con Minusvalía (RD 1475/1986), pasó a tener su denominación actual en 2001 (RD 946/2001), configurándose como un organismo autónomo (ubicado en la estructura básica del Ministerio de Sanidad y Política Social): entre sus actividades, convoca anualmente los «Premio Reina Sofía» en sus distintas modalidades (de prevención de la discapacidad; de promoción de la inserción laboral de personas con discapacidad; de rehabilitación y de integración; de accesibilidad universal de municipios).

De la segunda función es exponente el citado Consejo Nacional de la Discapacidad (creado en 1999 y regulado en sus perfiles actuales mediante RD 1865/2004), configurado como órgano colegiado interministerial de carácter consultivo adscrito al Ministerio de Trabajo, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral. Más recientemente (RD 1468/2007), en coherencia con el desarrollo normativo en España, se han agregado a dicho Consejo funciones de información, asesoramiento y formulación de propuestas sobre materias de especial interés para el funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), así como funciones de promoción y supervisión de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad.

158. Según el art. 17.3, «los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

La tercera función la ejerce, entre otros, el Centro de Referencia Estatal para la Atención a Personas con Grave Discapacidad y para la Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia, creado en San Andrés del Rabanedo (León) en 2007 (BOE de 30 de noviembre de 2007). Dicho centro se integra en la Red de Centros del SAAD a tenor del artículo 16 LD¹⁵⁹.

En lo que concierne al segundo eje, la referencia viene dada por los *centros, servicios y entidades* de carácter público, pero también privados (*residencias y centros de día y noche para personas con discapacidad física e intelectual*), que se integran en el mencionado SAAD. La acreditación de dichos centros corresponde a las Comunidades Autónomas, si bien se encomienda al Consejo Territorial del SAAD la fijación de criterios comunes de acreditación para garantizar su calidad. Dicho Consejo fijó tales criterios mediante Acuerdo de 27 de noviembre de 2008¹⁶⁰, estableciendo los requisitos y estándares de calidad (sobre la base del número de plazas, la intensidad en la prestación, la tipología de recursos y los servicios ofrecidos) en dos ámbitos de acreditación: a) Recursos materiales y equipamientos que garanticen la prestación del servicio adaptada a las necesidades de las personas en situación de dependencia, a las intensidades, a la seguridad y a la accesibilidad. b) Recursos humanos que aseguren la adecuada prestación del servicio, tanto en número de profesionales, como en su formación y actualización para el desempeño del puesto de trabajo. Por lo demás, el *Ministerio de Ciencia y Tecnología* es competente (a través de su Dirección General de Política Tecnológica) para autorizar a entidades que asuman funciones de normalización en el ámbito de las necesidades y adecuaciones para personas con discapacidad¹⁶¹.

159. Otros Centros de Referencia Estatal (CRE) en funcionamiento son: CRE de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (Ceapat); CRE de Atención al Daño Cerebral (Ceadac); CRE de Atención a Personas con Enfermedad de Alzheimer y otras Demencias (Salamanca); CRE de Atención Sociosanitaria a Personas con Enfermedades Raras y sus Familias (Creer) de Burgos. En proyecto y construcción se encuentran estos otros centros: CRE de Buenas Prácticas para Personas Mayores Dependientes «Ciudad del Mayor» (León); CRE de Atención Sociosanitaria a Personas con Trastorno Mental Grave (Valencia); Centro de Día de Referencia Estatal para Personas Mayores en Situación de Dependencia (Soria); CRE para personas con Discapacidades Neurológicas Stephen Hawking de Langreo (Asturias); Escuela Nacional de Servicios Sociales de Getafe (Madrid).

160. BOE de 17 de diciembre de 2008, Sección III.

161. P. ej., BOE de 6 de junio de 2001, Sección III. En el mismo sentido cabe mencionar la aplicación del Diagrama Estandarizado para la descripción de Servicios de Discapacidad y para la descripción y comparación de servicios en áreas geográficas definidas en una Comunidad Autónoma (BOE de 15 de diciembre de 2004, Sección III).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En este mismo orden de cosas podemos catalogar como garantía no jurisdiccional más específica (por su carácter sectorial) el Centro Español del Subtitulado y Audiodescripción, creado a través de la Ley 27/2007, de lengua de signos, art. 24), la cual instituye además una Comisión de Seguimiento en el seno del Consejo Nacional de la Discapacidad (DA 1ª) y contempla las garantías jurídicas en relación con el arbitraje y la tutela judicial (DA 3ª) remitiéndose a la Ley 51/2003.

En este mismo panorama, no debe olvidarse tampoco la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad, cuya composición, funcionamiento y funciones se determinan (en desarrollo de la Ley 41/2003) mediante Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, modificado mediante Real Decreto 2270/2004, de 3 de diciembre. Esta normativa prevé, junto a la actividad de la citada Comisión, una supervisión institucional a cargo del Ministerio Fiscal; éste recibe información anual del administrador (salvo que éste sea la propia persona discapacitada o sus padres), quien debe rendir cuentas cuando se le requiera; el Fiscal puede, además, siempre que resulte necesario, solicitar al juez el establecimiento de cualquier medida en beneficio de la persona con discapacidad, interviniendo en todas las actuaciones judiciales relativas a este patrimonio protegido.

Llegados a este punto, no puede dejar de citarse la labor del Defensor del Pueblo español en este terreno. Al margen de informes monográficos en el terreno de la discapacidad a los que se ha hecho referencia en el capítulo relativo al derecho al beneficio de los servicios sociales¹⁶², merece la pena ilustrar su cometido a través de un informe anual, correspondiente a 2009. En dicho informe se dedica, en el marco de la «acción social y administración de la Seguridad Social» un apartado específico a las personas con discapacidad¹⁶³, en donde se analizan sucesivamente las siguientes cuestiones: accesibilidad, tarjetas de aparcamiento, centros residenciales, y valoración de minusvalía¹⁶⁴. Por otro lado, cabe destacar igualmente la retroalimentación de la actuación del Ombudsman con la de las garantías jurisdiccionales: así, entre sus investigaciones iniciadas de oficio en 2009, figura la iniciada ante la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, adscrita al Ministerio de Fomento, en relación con las garantías de los derechos de las personas con discapacidades, respecto de su no discriminación y accesibilidad al transporte aéreo, tras conocerse la Sentencia 211/2009, de 6 de mayo, de la Audiencia Provincial

162. De interés resultan los siguientes documentos: DEFENSOR DEL PUEBLO, 1991, 1995 y 2000.

163. *Informe 2009*, pp. 709-759.

164. En el apartado referente a «Seguridad Social» se abordan asimismo las «prestaciones de incapacidad», pp. 799-805.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

de Madrid, que condenaba a dos compañías aéreas por discriminar a pasajeros sordos al denegarles el embarque en sus vuelos¹⁶⁵.

Las Defensorías del Pueblo autonómicas, justamente por la importancia del diseño del estatuto de las personas con discapacidad en el terreno regional, tampoco pueden ser obviadas, tanto más en tiempos de crisis económica, que puede afectar sobremanera a este grupo vulnerable, como ha señalado el Defensor del Pueblo andaluz¹⁶⁶. La tipología de quejas tiene que ver lógicamente con diversidad de materias, entre las que ocupan un lugar relevante las relativas a la inserción laboral y a la accesibilidad física (supresión de barreras arquitectónicas o uso de servicios públicos de transporte)¹⁶⁷.

7.1.2. Internacionales

En el ámbito supranacional descuellan dos garantías que, aunque las ubiquemos en este apartado de garantías no jurisdiccionales, seguramente quedarían mejor encuadradas entre las garantías jurisdiccionales, dado su carácter cuasi-jurisdiccional. Así pues, debemos aclarar que, lejos de restarles entidad con relación a las garantías netamente jurisdiccionales de carácter supranacional (como es el caso ostensible del TEDH), pretendemos al incluirlas autónomamente en este epígrafe subrayar su gran proyección y creciente impacto. Nos estamos refiriendo, de un lado, en el sistema universal de derechos humanos al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad creado por la CDPD, de otro lado, en el sistema europeo al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) instituido mediante la Carta Social Europea de 1961 (CSE).

165. *Informe 2009*, investigación de oficio n° 09012539, pp. 83-84.

166. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Informe al Parlamento 2009*. En la presentación del informe ya se señala: «en el ámbito de nuestra especial preocupación, ante las situaciones sociales que afectan a los colectivos más débiles y precisados de protección en la sociedad andaluza, durante el ejercicio 2009, además de seguir volcando nuestros esfuerzos prioritarios en atender y canalizar las numerosas quejas y consultas recibidas relativas a los efectos que está teniendo en nuestra ciudadanía la crisis económica, se ha prestado una singular atención a la problemática de intervención judicial que presentan las personas con discapacidad derivada de diversos problemas psíquicos en Andalucía. Con ello esta Institución ha querido profundizar en la situación de este colectivo y, de modo especial, en la protección de los derechos de un sector de población especialmente significado por sus circunstancias, como es el de las personas con distintos tipos de discapacidades relacionadas con el funcionamiento psíquico».

167. P. ej., DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REGIÓN DE MURCIA, *Informe anual 2009*, entre otras, pp. 86-87 (quejas relativas al tratamiento de las personas con discapacidad en los procesos selectivos de la función pública regional y del Servicio Murciano de Salud), p. 106 (problemas en líneas de autobús), o p. 130 (ascensor en vivienda antigua).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el ámbito de Naciones Unidas¹⁶⁸, el primer Comité mencionado, compuesto por hasta un máximo de dieciocho expertos independientes elegidos para un período de cuatro años, debe velar por el respeto de los derechos de las personas con discapacidad sobre la base de dos mecanismos: por una parte, el mecanismo de informes presentados por los Estados Partes (art. 35) que concluye con el informe del Comité (el cual puede contener sugerencias y recomendaciones tendentes a la mejora de la aplicación de la Convención en dichos Estados, art. 39); y, por otra parte, el mecanismo de peticiones individuales, instituido a través del Protocolo facultativo a la Convención hecho en Nueva York en la misma fecha que ésta (13 de diciembre de 2006).

El Comité mantuvo su primera sesión, constitutiva, en la Oficina de Naciones Unidas de Ginebra, del 23 al 27 de febrero de 2009¹⁶⁹. En su segunda sesión, también mantenida en la Oficina de Naciones Unidas de Ginebra del 19 al 23 de octubre de 2009, el orden del día y programa de trabajo se centró especialmente en el artículo 12 CDPD, en el marco de dos grupos de trabajo que examinaron, respectivamente, las cuestiones relativas al contenido de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad y a las medidas prácticas para hacer efectivo tal derecho. La tercera sesión tuvo lugar durante los días 22 al 26 de febrero de 2010, en donde las discusiones principales versaron sobre la accesibilidad (art. 9 CDPD) y se adoptaron dos documentos esenciales de trabajo: las Reglas de Procedimiento y los Métodos de Trabajo.

Por otra parte, durante esa tercera sesión el Comité mantuvo una importante reunión con los Estados Partes, agencias de Naciones Unidas y ONGs, en donde se comentaron los diversos aspectos relacionados con la elaboración de los Informes de esos Estados Partes, cuyas Directrices para su presentación fueron publicadas en noviembre de 2009. En igual línea, con el objeto de atender la temática de las comunicaciones individuales de conformidad

168. En la ONU tampoco faltan otros desarrollos que enfocan la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. A título de ejemplo, la OG 5 del Comité DESC, así como algunas Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos (sustituida por el actual Consejo de Derechos Humanos), entre ellas, Resoluciones 1998/31, 2000/51, 2002/61, 2003/49, 2004/52 ó 2005/65, En conexión con la OG 5 dice el Comité DESC en el ap. 26 (*personas con discapacidades*) de su OG 14, sobre el derecho a la salud: «El Comité reafirma lo enunciado en el pár. 34 de su Observación general n° 5, en el que se aborda la cuestión de las personas con discapacidades en el contexto del derecho a la salud física y mental. Asimismo, el Comité subraya la necesidad de velar por que no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades».

169. Téngase presente que la Convención, adoptada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General, entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

con el Protocolo Facultativo de la Convención, se procedió a elegir en el seno del Comité a una Relatora Especial para el cumplimiento de esta tarea, así como a otros representantes para estrechar vínculos con otros organismos internacionales de derechos humanos¹⁷⁰. Y, en otro plano, el Comité formó un grupo de trabajo que efectuará un seguimiento a la situación de las personas con discapacidad en Haití, a consecuencia del terremoto que tuvo lugar en enero de 2010, y que observará también la situación de otros lugares en que se produzcan desastres similares¹⁷¹.

En el ámbito del Consejo de Europa, el CEDS, compuesto por quince expertos independientes, aparece investido asimismo de una doble competencia: la de examinar los informes de los Estados (único mecanismo de control que previó la Carta Social de 1961); y la de analizar reclamaciones colectivas formuladas por sindicatos, asociaciones de empresarios u organizaciones no gubernamentales especializadas en los ámbitos cubiertos por la Carta Social (mecanismo cuasijudicial de supervisión establecido por el Protocolo de 1995). Ilustremos ambos mecanismos brevemente.

En cuanto al sistema de informes, el CEDS ha tenido ocasión de examinar situaciones estatales bajo el ángulo de las medidas de colocación de las personas con discapacidad (art. 15.2 CSE). Analizando la situación en Holanda, se verificó la adopción de dos tipos de disposiciones para favorecer la inserción laboral de los discapacitados: el primero animando a los empresarios a contratar personas con discapacidades (mantener una cuota de trabaja-

170. A este respecto, resulta interesante recordar que la decimotercera sesión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en marzo de 2010, se mantuvo el debate anual sobre los derechos de las personas con discapacidad. La documentación relativa a dicha sesión del Consejo, especialmente su orden del día anotado (A/HRC/13/1), está disponible en la página web de esa decimotercera sesión: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/13session/reports.htm>.
171. A ese respecto, y en tanto se ponen efectivamente en marcha ambos mecanismos de garantía (informes y comunicaciones individuales), el Comité está elaborando una serie de declaraciones en las que, a título de ejemplo, expresa solidaridad con Haití (*Haiti: United Nations Expert body establishes group to advise on the Situation of the Disabled*, 3 de mayo de 2010); con Chile (respecto al terremoto y maremoto ocurrido en la República de Chile, con fecha 27 de febrero del 2010, y sus posteriores réplicas), exhortando al Gobierno chileno y a la comunidad internacional «a incluir en sus planes de reconstrucción, como prioridad, las necesidades de los discapacitados, incluidas la accesibilidad a los espacios públicos, información, comunicaciones, transporte, productos y servicios», añadiendo que «se debe prestar la misma atención al lenguaje de signos y la subtitulación de vídeos de información pública sobre la situación de emergencia» (*Earthquake: «Reconstruction must also become a reality for the disabled»*, says UN expert's committee, 4/14/2010) o con el gobierno y el pueblo de China afectado por el terremoto devastador de 14 de abril de 2010 (*Statement of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in connection with the earthquake in Qinghai China*, 23 de abril de 2010).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dores discapacitados a cambio de beneficios fiscales, etc.), y el segundo tendiente a evitar la pérdida del empleo. El CEDS insiste en la necesidad de proporcionar cifras de examen, tras comprobar un dato cualitativo preocupante, a saber, «que los talleres protegidos han evolucionado hacia un imperativo de rentabilidad que ha tenido como corolario la limitación de las posibilidades de las personas con grandes discapacidades. Paralelamente, los talleres protegidos han devenido accesibles a una población sin minusvalías, pero que encuentra dificultades de inserción en el mercado ordinario de trabajo»¹⁷².

En lo que afecta al sistema de reclamaciones colectivas, ya hemos tenido ocasión de mencionar (*supra*, 2.2), la importante Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003 sobre la reclamación n° 13/2002 (*Asociación internacional Autismo-Europa contra Francia*): en dicha decisión se subrayó (ap. 48) «que el art. 15 de la Carta revisada marca un hito en la evolución del sistema de valores que se ha ido perfilando en todos los países europeos desde hace una decena de años, de suerte que el tratamiento de las personas con discapacidad como un grupo objetivado de manera particular ha dado paso a un enfoque más preocupado por respetarlas como ciudadanos de pleno derecho»¹⁷³. A continuación, el CEDS afirma igualmente (ap. 52) que «en una sociedad democrática no sólo hay que percibir la diversidad humana de manera positiva, sino que además debe reaccionarse de forma apropiada con el fin de garantizar una igualdad real y efectiva. En virtud de ello, el Comité considera que el art. E prohíbe no solamente la discriminación directa, sino también todas las formas de discriminación indirecta, tanto las que se desprenden de los tratamientos inapropiados de ciertas situaciones, como las

172. *Conclusions XIV-2*, Tome II, 1 de enero de 1999, pp. 633-636.

173. La Decisión *Autismo-Europa* del Comité Europeo de Derechos Sociales podría resultar trasladable a otros ámbitos deficitarios que afectan negativamente a las personas con discapacidad. A título de ejemplo, véase DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2005*, esp. p. 480: «Un apartado especial exige también la atención al daño cerebral sobrevenido en España (DCS), que ha motivado en los últimos años un representativo número de quejas ante el Defensor del Pueblo. En un plano de mayor concreción, estas quejas inciden especialmente en dos aspectos: en primer lugar, sobre la práctica inexistencia de unidades o centros específicos de rehabilitación para el tratamiento del DCS, lo que conlleva que la mayoría de las personas afectadas no reciban el tratamiento adecuado que precisan, y ello a pesar de las notables posibilidades de recuperación que tienen, siempre que reciban una rehabilitación temprana y realizada desde postulados neurológicos; y, en segundo término, sobre la necesidad de que las instituciones públicas, con responsabilidad en la gestión de los servicios sociales, modifiquen la precaria situación actual e intensifiquen las acciones para la creación y dotación de centros de día, y otros recursos sociales de apoyo a estas personas y a sus familias, para así reducir el efecto adverso que el daño ha producido en sus vidas».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

que revelan el desigual acceso a las diversas ventajas colectivas de personas que se encuentran en dichas situaciones con respecto a los demás ciudadanos». Y ello lleva al CEDS a considerar probado (ap. 54) «que la proporción de niños autistas con respecto al efectivo total del grupo –concebido extensiva o restrictivamente– escolarizado en los centros de Derecho común o especializados continúan siendo, como las propias autoridades admiten, extremadamente débil y significativamente inferior a la proporción verificada en el supuesto de los demás niños, discapacitados o no; ha quedado igualmente acreditado y no contestado por las propias autoridades que existe una insuficiencia crónica de estructuras de acogida o de apoyo para autistas adultos».

Por último, es preciso mencionar una segunda reclamación colectiva que versa sobre la materia que nos ocupa: la n° 41/2007 (*Centro de Defensa de la Discapacidad Mental contra Bulgaria*). En el núcleo del asunto se denunciaba la vulneración en Bulgaria del derecho a la educación de los niños con discapacidades psíquicas moderadas, severas o profundas. El CEDS declaró en su decisión de fondo de 5 de junio de 2008 que dicho derecho no es efectivo, con vulneración del artículo 17.2 de la Carta revisada (*derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica*)¹⁷⁴, considerado aisladamente (apartado 48 de la decisión de fondo) y en conjunción con el artículo E (*principio de no discriminación*) de la Carta revisada (ap. 54), en la medida en que las tasas de acceso de dichos niños al sistema educativo (en las estructuras del régimen general o, en su defecto, en estructuras especializadas) comporta un agravio comparativo con relación a los demás niños.

Además de la conclusión reseñada, de la Reclamación n° 41/2007 se extrae una doble lectura interesante desde la perspectiva jurídica. De un lado, un dato interesante en la sustanciación de la reclamación, radica en la puesta en práctica de la vía de conexión de derechos: en su decisión de admisibilidad de 26 de junio de 2007, el CEDS rechazó la excepción preliminar *ratione materiae* suscitada por el Gobierno búlgaro, quien argumentaba que la reclamación, en la medida en que versa sobre la situación educativa de los niños con discapacidad, debía ser declarada inadmisibile por no haber aceptado Bulgaria el artículo 15 CSE (*derecho a la autonomía de las personas con discapacidad*) en el momento de su ratificación; sin embargo, el CEDS decide examinar la situación por el cauce del mencionado artículo 17.2 CSE, esto es, a través de uno de los derechos (educación) que constituye una de las

174. El art. 17.2 obliga a los Estados Partes «a garantizar a los niños y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tres implicaciones básicas de la estructura compleja del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad (*supra*, 4.2).

De otro lado, en la fundamentación jurídica de su decisión de fondo de 5 de junio de 2008, el CEDS es coherente con la necesaria interrelación de los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos; a tal efecto, acude al dictar su decisión de fondo (ap. 37) a los criterios de dotación, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad establecidos en este terreno por la Observación General n° 13 sobre el derecho a la educación elaborada por el Comité DESC (documento E/C.12/1999/10 de 8 de diciembre de 1999, párr. 6), en la que se sostiene que los centros de enseñanza y los programas educativos deben ser accesibles a todos, sin discriminación, y que la enseñanza debe ser concebida de tal forma que responda a las necesidades de niños que tengan dificultades específicas.

7.2. GARANTÍAS JUDICIALES

7.2.1. Nacionales

Por motivos de espacio, reconduciremos el análisis de las garantías judiciales a las líneas jurisprudenciales básicas elaboradas en España por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Empezando, pues, por la jurisprudencia constitucional, la STC 269/1994 considera que no se vulneran los principios de interdicción de la arbitrariedad y de no discriminación (arts. 9 y 14 CE) ni los principios de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (arts. 23.2 y 103.3 CE) por la reserva de plazas funcionariales a personas que padezcan discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales iguales o superiores al 33 % (a la sazón, el art. 79 de Ley 2/1987, de la Función Pública de Canarias). Resulta interesante, en primer término, que el Alto Tribunal recuerde que la lista de motivos por los que no cabe discriminación en el artículo 14 CE no es cerrada y, por ende, es igualmente relevante la discapacidad, para a continuación avalar que tal hándicap justifique la adopción de medidas de igualdad real y efectiva con apoyo en el artículo 9.2 en conexión con el artículo 49 CE (FJ 4)¹⁷⁵. En

175. Puede leerse en el FJ 4 de la STC 269/1994: «No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el art. 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la OIT) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

conexión con lo anterior, en la más reciente STC 12/2008 (aunque la cuestión y el recurso de inconstitucionalidad acumulados versaran sobre la modificación de la LOREG por medio LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres con relación a las candidaturas electorales equilibradas por sexos), reviste interés la circunstancia de que el juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, para apoyar sus dudas de la constitucionalidad respecto de las medidas de paridad electoral controvertidas, subrayara correlativamente que el principio de igualdad del artículo 14 sí avala en cambio otras acciones positivas, por referencia precisamente a la reserva de plazas a favor de las personas con discapacidad en la función pública¹⁷⁶.

Para completar las referencias a la jurisprudencia constitucional¹⁷⁷, cabe señalar que no han faltado supuestos en los que la discapacidad ha jugado un papel adjetivo o procesal, habiendo sido la queja principal la vulneración de la tutela judicial efectiva. Buen botón de muestra lo ofrece la STC 276/2006, en donde se estima el amparo (por incongruencia omisiva, con vulneración del art. 24 CE) formulado por los recurrentes en la medida en que los órganos judiciales ordinarios previos no se pronunciaron sobre la pertinencia de factores correctores (edad laboral de la víctima y la situación de

estrecha conexión de estas medidas, genéricamente, con el mandato contenido en el art. 9.2 CE, y, específicamente, con su plasmación en el art. 49 CE. Lógicamente, la legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad».

176. En el Antecedente 3 de la STC 12/2008 se sintetizan algunos de los argumentos del auto de planteamiento de la cuestión de constitucionalidad en estos términos: «recuerda –el Juzgado promotor de la cuestión de inconstitucionalidad– que la igualdad ha de ser real y efectiva por mor del art. 9.2 CE, lo que dota de legitimidad a las acciones positivas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades, práctica que, no obstante, puede colisionar con los derechos de las personas excluidas y con el criterio meritocrático según el cual los bienes o beneficios escasos deben ser asignados según la valía individual de las personas. Lo que no ha sido óbice para que la Ley haya favorecido a las personas con discapacidad mediante la reserva de cuotas en el acceso a la función pública, lo que constituye una discriminación positiva indirecta en méritos del art. 49 CE».
177. A mayor abundamiento, puede señalarse que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y su incidencia en la materia que nos ocupa explica la puesta en práctica del art. 33 de la LOTC, modificado por la LO 1/2000: a tal efecto, puede verse la Resolución de 26 de marzo de 2008, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalitat-Estado en relación con la Ley del Estado 49/2007, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (Ministerio de Administraciones Públicas, BOE de 21 de abril de 2008).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

discapacidad física de su padre) en su día solicitados, concretamente por dejar sin resolver la indemnización debida a los padres de la víctima de un accidente de tráfico al aplicar el baremo legal de lesiones de tráfico¹⁷⁸.

La tutela judicial efectiva fue igualmente la vía que permitió proteger a través del amparo constitucional una situación referente a una situación de discapacidad (en este caso, en el orden social), concretamente en la STC 141/2003: se otorgó el amparo a la recurrente (por vulneración del art. 24 CE, en su vertiente de inmodificabilidad o intangibilidad de las resoluciones judiciales) frente a Autos de la Sala Social de un Tribunal Superior de Justicia que, en pleito de aquélla contra la Junta de Andalucía por pensión de invalidez no contributiva, había modificado mediante aclaración de Sentencia el grado de minusvalía inicialmente reconocido por el propio Tribunal¹⁷⁹. Lo realmente interesante de esta sentencia es la praxis de la vía de conexión o extensión de derechos, de suerte que los susceptibles de amparo propician la protección de aquéllos (normalmente, socio-económicos, excluidos formalmente de esa garantía constitucional): esa vía ha sido practicada asimismo por el TEDH (*infra*, 7.2.2), primero en materia de prestaciones contributivas (entre otras, SSTEDH *Feldbrugge* contra Países Bajos y *Deumeland* contra Alemania, ambas de 29 mayo de 1986, o *Schuler-Zraggen* contra Suiza, de 24 de junio de 1993) y luego en el ámbito de las no contributivas (*Salesi* contra Italia, de 26 de febrero de 1993).

En lo que atañe a las garantías judiciales ordinarias, efectuaremos un breve repaso a los pronunciamientos más relevantes y recientes del Tribunal Supremo en materia de discapacidad, introduciendo las correspondientes pinceladas jurisprudenciales de los órdenes civil, penal, contencioso-administrativo y, por supuesto, en el social como más destacado desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo.

-
178. Concretamente, el baremo de indemnización del daño personal incorporado como anexo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor introducido por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en la versión contenida en la Resolución de la Dirección General, de 2 de marzo de 2000, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante el año 2000 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 24 de marzo de 2000).
179. En sentido análogo, la STC 286/2000, en recurso de amparo promovido por una compañía aseguradora frente a Auto de aclaración de Sentencia dictado por una Audiencia Provincial en un juicio ejecutivo seguido en relación con la muerte de un peatón en un accidente de tráfico. Se declaró la vulneración del derecho a la tutela judicial (intangibilidad de sentencia firme), al haberse procedido a aclaración sobre la minusvalía de la viuda de la víctima, que dio lugar a elevar la indemnización que había sido declarada en un recurso de apelación civil.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

En efecto, la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo ha debido abordar el alcance del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad en conexión con el disfrute del derecho a una vivienda (arts. 49 y 47 CE), efectuando un difícil y ponderado equilibrio entre las reglas procedimentales referentes a la adopción de acuerdos mayoritarios por las comunidades de vecinos en la legislación sobre propiedad horizontal y la modulación sustancial de dichas reglas en el supuesto de verse implicada la eliminación de barreras arquitectónicas (p. ej., STS 256/2007 –Sala de lo Civil, Sección 1ª–, de 28 de febrero [RJ 2007, 1515])¹⁸⁰.

En el ámbito penal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha avalado la

-
180. En el FJ 3 de dicha STS 256/2007, de 28 de febrero, se argumenta, en un caso referente a la denegación por mayoría de la comunidad de propietarios de la autorización de aparcamiento en zonas comunes a dos vecinos con minusvalías: «el art. 47 CE se dice infringido en el segundo, junto con la Ley 15/1995, de 30 de mayo, que se cita en el tercero, porque entiende que el acuerdo impugnado vulnera su derecho a una vivienda desde el momento en que se le ponen "barreras infranqueables que la hacen inservible" por no poder acceder a la misma. Se desestiman. Es cierto que el art. 47 CE consagra el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada y que el art. 49 establece que "los poderes públicos realizarán una política de integración de los disminuidos físicos, a los que ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos", y en este sentido se han orientado las diversas modificaciones que ha ido recibiendo la Ley 48/1960 de 21 de julio sobre Propiedad Horizontal como consecuencia de la atención que ineludiblemente había de prestarse a lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los minusválidos, que se ocupa de la movilidad y barreras arquitectónicas. Ahora bien, la comunidad demandada no ha negado, ni limitado el derecho de propiedad que al recurrente le corresponde sobre su vivienda, sino que simplemente ha tenido en cuenta que, en el autónomo ejercicio de sus propios derechos, se ha sometido libre y voluntariamente a las normas comunes y estatutarias aceptadas, por las que se rige, por lo que lógica y necesariamente habrá de acatar las expresadas normas, lo cual no quiere decir que el marco legislativo creado sobre acuerdos de la Junta para supresión de las barreras que dificulten el acceso a la movilidad de personas con minusvalía permita esta adaptación a una situación física ampliando el ámbito de protección de los minusválidos ya dispensado por la Ley 49/1960 de 21 de julio, con el fin de llegar a hacer efectivo su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, de conformidad con los arts. 47 y 49 CE. Con este fin se dicta la Ley 15/1995, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, en la que se viene a establecer un procedimiento específico que, como señala la recurrida, tiene por objeto, según su Exposición de Motivos, "que el interesado y, como en este caso, la mancomunidad de propietarios lleguen a un acuerdo sobre la forma de ejecución de las obras de adaptación necesarias, a cuya realización en todo caso dicha Ley obliga cuando haya personas que lo necesiten y así lo solicite", lo que permitiría que "el demandante y su compañera gozaran del mismo sistema de movilidad o apertura de los pivotes en cuestión al que tienen acceso los servicios de seguridad (bomberos, ambulancias, etc.)", más ello no es del caso pues no ha sido éste el procedimiento escogido».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

agravación penológica en el caso de la comisión de delitos frente a personas vulnerables, como sucedería en el supuesto de una agresión sexual sufrida por una persona mayor y con discapacidad (p. ej., STS 365/2006 –Sala de lo Penal–, de 24 de marzo [RJ 2006, 2285])¹⁸¹. Con parecido enfoque, la Sala de lo Penal ha confirmado el reproche a individuos que han delinquido a través de conductas con fin lucrativo que afectaban a la salud de personas con discapacidad, concretamente el apoderamiento de datos relativos a dichas personas (revelación de datos personales de miembros de asociación de parapléjicos y grandes inválidos físicos) para utilizarlos en negocios «de contacto» (STS 1532/2000 –Sala de lo Penal–, de 9 de octubre [RJ 2000, 8755]).

En el terreno contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo se ha visto confrontado a delicadas situaciones en las que ha entrado en escena el alcance de la integración laboral (en este caso, acceso a la función pública) de las personas con discapacidad, tanto en la participación de éstas en procesos selectivos abiertos como en procesos con reserva de plazas. En cuanto a lo primero, se ha avalado la exclusión del proceso selectivo de concurso-oposición (para acceder al cuerpo auxiliar postal y de telecomunicación) de un opositor con una minusvalía que no superó las pruebas físicas, declarándose procedente la necesidad de superar la prueba física por todos los participantes, sean o no minusválidos, por ser esencial para el buen desempeño de la función (STS –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª–, de 19 mayo de 2006 [RJ 2006, 2372]). En lo que concierne a lo segundo, de igual manera, en la selección de personal (proceso extraordinario para consolidación de empleo de técnico de laboratorio) en el marco de la reserva de un 3 % de las plazas ofertadas para personas con minusvalía igual o superior al 33 %, no se ha considerado arbitrario el requisito de estar en posesión de

181. En el FJ 6 de esa STS 365/2006, de 24 de marzo se dice: «es necesario partir del pleno respeto del relato de hechos declarados probados por el Tribunal sentenciador, en el que se hace constar que el acusado tenía veinticuatro años de edad y la víctima setenta y ocho, y que ésta padecía "una importante minusvalía física", consecuencia de unas previas dolencias por fractura de cadera izquierda e intervención quirúrgica de hernia discal, desplazándose en el interior de la vivienda apoyándose en las paredes, o valiéndose de un bastón, y fuera, de ella con la ayuda de un "andador", y, además, sufría "un deterioro cognitivo senil de carácter leve moderado que le afecta a la memoria, con dificultades en la expresión oral". Llegados a este punto, no podemos desconocer que el Tribunal de instancia tuvo a su presencia al acusado y a la víctima, escuchando sus distintas versiones acerca de lo sucedido el día de autos, disponiendo lógicamente de todos los elementos de juicio inherentes al principio de inmediación que le han permitido formarse una idea suficientemente fundada del desvalimiento de la víctima, en la que concurrían la edad avanzada, junto con una importante minusvalía física y un deterioro mental leve, todo lo cual compone un cuadro de especial vulnerabilidad de la víctima, como ha estimado la Audiencia Provincial».

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

una capacidad funcional necesaria para tareas derivadas del nombramiento (STS –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª– de 11 de febrero de 2008 [RJ 2008, 1822]).

Por último, en el orden social (Sala Cuarta del Tribunal Supremo), una de las cuestiones relevantes debatidas ha sido el alcance de la introducción en el Estatuto de los Trabajadores de la condición personal de discapacidad como causa legal de discriminación¹⁸². Desde este punto de vista, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria ha otorgado mayor entidad a la condición *especial* de discapacidad delimitándola de la *simple* enfermedad con objeto de determinar si mediaría despido nulo radical por vulneración de derechos fundamentales (discriminación proscrita por el art. 14 CE) o simplemente improcedente: así ha sido declarado, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de enero de 2008 (RJ 2008, 1621), en donde se recuerda la doctrina previa del propio Tribunal Supremo y el giro jurisprudencial producido como consecuencia de la asunción de la postura del Tribunal de Justicia comunitario¹⁸³. Por lo demás, esa misma Sala y Sección del

182. Con la entrada en vigor de la Ley 62/2003, que ha dado nueva redacción al art. 4.2.c), párrafo 2º, ET («Los trabajadores [...] en la relación de trabajo [...] tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate»).

183. En el FJ 5 de esa STS de 22 de enero de 2008 se razona: «ni en el lenguaje ordinario ni en el lenguaje técnico de la ley, los conceptos de enfermedad y discapacidad son coincidentes o equiparables». Y así se rechaza esa equiparación afirmando que «la enfermedad, sin adjetivos o cualificaciones adicionales, es una situación contingente de mera alteración de la salud, que puede y suele afectar por más o menos tiempo a la capacidad de trabajo del afectado. Como es de experiencia común, el colectivo de trabajadores enfermos en un lugar o momento determinados es un grupo de los llamados efímeros o de composición variable en el tiempo. *La discapacidad es, en cambio, una situación permanente de minusvalía física, psíquica o sensorial, que altera de manera permanente las condiciones de vida de la persona discapacitada. En concreto, en el ordenamiento español la discapacidad es considerada como un "estatus" que se reconoce oficialmente mediante una determinada declaración administrativa, la cual tiene validez por tiempo indefinido.* [...] Como ha recordado STS 22-11-2007 (citada) la diferencia sustancial en el alcance de los conceptos de enfermedad y discapacidad ha sido apreciada también por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en sentencia de 11 de julio de 2006 (asunto Chacón Navas), en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid. De acuerdo con esta sentencia, la Directiva comunitaria 2000/78 excluye la "equiparación" de ambos conceptos, corresponsiendo la discapacidad a supuestos en que "la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período", por lo que "una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78". A ello se añade que "ninguna disposición del Tratado CE contiene una prohibición de la discriminación por motivos de enfermedad" y que "no cabe deducir que el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 deba ampliarse por analogía a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter

Tribunal Supremo ha interpretado con una orientación progresiva y favorable el régimen de prestaciones no contributivas introducido en su día por la Ley 26/1990, reconociendo de tal suerte la prestación familiar por hijo a cargo (con posterioridad incluso al fallecimiento de los padres) a un huérfano absoluto mayor de dieciocho años y con un grado de minusvalía igual o superior al 65 % (STS –Sala de lo Social, Sección 1ª– de 4 de julio de 2007 [RJ 2008, 104])¹⁸⁴.

7.2.2. Internacionales

La garantía judicial por excelencia hemos de reconducirla necesariamente a la jurisprudencia del TEDH que, como se indicó, nos ha ofrecido apuntes jurisprudenciales interesantes por la técnica de la conexión de derechos, en la medida en que el CEDH o sus Protocolos no reconocen como tal el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad¹⁸⁵; ni existe por el momento en el Consejo de Europa, un tratado específico sobre derechos de las personas con discapacidad análogo al adoptado en el seno de la Organización de Estados Americanos¹⁸⁶.

Para empezar, conviene traer a colación la STEDH *Koua Poirrez* contra Francia, de 30 de septiembre de 2003. El demandante padecía una discapacidad física, y le había sido reconocido un porcentaje de incapacidad del 80 % por las autoridades francesas. Al solicitar el reconocimiento de «la prestación para los adultos discapacitados», le fue denegada por no tener nacionalidad francesa o, alternativamente, la nacionalidad de un Estado con el que Francia hubiera suscrito un acuerdo de reciprocidad. Pues bien, el Tribunal Estrasburgo entendió que la diferencia de trato de la que fue víctima el demandante fue claramente constitutiva de una discriminación en el disfrute de un derecho patrimonial (art. 14 CEDH en conexión con art. 1 del Protocolo nº 1), siendo el criterio de la nacionalidad el único obstáculo que impedía al demandante disfrutar de dicha prestación. A este respecto, se ha destacado en la doctrina, poniendo en énfasis la creciente armonización de las jurisprudencias respectivas del TEDH y del CEDS¹⁸⁷ que, para declarar el obstáculo de la nacionalidad como no conforme con el artículo 14 CEDH (y ello particularmente en presen-

exhaustivo en el art. 1 de la propia Directiva (discapacidad, edad, religión o creencia, orientación sexual)».

184. Léase especialmente el FJ 3 de la citada STS de 4 de julio de 2007 (dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina nº 338/2006).

185. Como referencia aislada puede citarse el art. 5.1.e) del texto convencional europeo, que se refiere al derecho a la libertad y la seguridad de los «enajenados mentales».

186. Con un enfoque de Derecho internacional comparado de los derechos humanos, en referencia al sistema interamericano, PAVÓN, 2001.

187. En tal sentido, CHATTON, 2007, p. 66.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

cia de una persona con discapacidad), el Tribunal se apoyó expresamente en las Conclusiones del CEDS adoptadas en el marco del procedimiento de examen de informes¹⁸⁸.

Si en el asunto mencionado la vía de conexión ha sido el artículo 14 CEDH (no discriminación), a continuación tenemos que aludir a un asunto en donde, si bien el TEDH no ha declarado la violación del texto convencional, sí ha evocado la aplicabilidad del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) en supuestos relacionados directamente con el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad, concretamente en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas. Así, en la STEDH *Botta* contra Italia, de 24 de febrero de 1998, no se consideró vulnerado el citado artículo 8 CEDH: el señor Botta había solicitado en vano a las autoridades italianas que adoptaran las medidas oportunas para que los establecimientos privados situados en la playa cercana a donde él residía durante sus vacaciones aplicasen efectivamente la legislación nacional que les obligaba a disponer un acceso a la playa para las personas con discapacidad. En opinión de la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, y después del TEDH, el derecho social de las personas con discapacidad a la participación en la vida de la comunidad se desprendería más bien del artículo 15 CSE revisada. Para llegar a tal conclusión, el TEDH entendió que el derecho reivindicado por el señor Botta (a saber, el de poder acceder a la playa y al mar lejos de su residencia habitual durante las vacaciones) «afecta a relaciones interpersonales de un contenido tan amplio e indeterminado que no puede acogerse la existencia de una relación directa entre las medidas exigidas al Estado para

188. En el ap. 39 de la Sentencia puede leerse: «tratándose, por lo demás, de una prestación destinada a una persona que padece una discapacidad, el Tribunal remite igualmente, a título indicativo, al texto de la Recomendación del Comité de Ministros n° R (92) 6, adoptada el 9 de abril de 1992 (apartado 27, *supra*), que tiende al establecimiento de una política y de medidas adaptadas para las personas con discapacidad, así como a las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales (apartado 29, *supra*)». La citada Recomendación de 9 de abril de 1992, relativa a una política coherente para las personas con discapacidad, establece entre sus objetivos y directrices generales el compromiso de los Estados de «asegurar a las personas con discapacidad un nivel de vida digno a través de prestaciones económicas y servicios sociales apropiados», dado que las prestaciones sociales continúan siendo «en numerosos sectores un medio esencial, ya sea para estimular y facilitar la autonomía, ya sea para poner en marcha e incentivar esta puesta en práctica de los procesos de readaptación e integración». La referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales lo es a las Conclusiones relativas al art. 12 CSE respecto de Francia (15° informe, período de referencia 1997-1998, Conclusiones XV-1, Tomo I, p. 227, 2000), en donde se declaró que la condición de reciprocidad en este tipo de prestaciones era discriminatoria y contraria a la citada disposición de la Carta.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

poner remedio a las omisiones de los balnearios privados y la vida privada del interesado. Por tanto, no resulta aplicable el art. 8» (aps. 28 y 35)¹⁸⁹.

Más tarde, en la decisión de inadmisibilidad dictada en el caso *Jitka Zehnalova y Otto Zehnal contra República Checa*, de 14 mayo de 2002, el TEDH debió pronunciarse acerca de si la supuesta infracción del Estado checo consistente en no suprimir las barreras arquitectónicas que impedían el acceso de las personas con discapacidad a los centros públicos o abiertos al público en la ciudad en la que tenían su domicilio era constitutiva de una violación de la vida privada de los demandantes. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina¹⁹⁰, el TEDH se interrogó sobre la frontera entre el campo de aplicación de la CSE y del CEDH, precisando que el artículo 8 CEDH sólo cabe aplicarlo en los casos excepcionales en donde la falta de accesos a los centros públicos o abiertos al público pueda impedir a la parte demandante vivir su vida de tal manera que el derecho al desarrollo de su personalidad o su derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior queden en entredicho. Ahora bien, sobre haber entendido que los demandantes no habían demostrado la relación especial entre el carácter inaccesible de los centros mencionados y las necesidades particulares derivadas de su vida privada, y dado el elevado número de establecimientos denunciados, el artículo 8 fue declarado inaplicable¹⁹¹.

El TEDH se ha debido enfrentar a algunos otros supuestos relevantes a propósito de demandas relativas al derecho de acceso de personas con discapacidad a infraestructuras públicas (art. 8 CEDH). En particular, en la decisión de inadmisibilidad dictada en el caso *Molka* contra Polonia, de 11 de abril de 2006, el demandante (en silla de ruedas) denunciaba la ausencia de acceso a la cabina para votar. Su demanda fue declarada manifiestamente infundada (si bien el art. 8 CEDH fue considerado aplicable), en la medida en que habría tenido la posibilidad de solicitar ayuda a otros votantes para acceder a dicha cabina. Además, Polonia (cuyo margen de apreciación era grande en razón de los costes generados por la construcción de accesos a los edificios públicos) se prestaba a aprobar su nueva legislación sobre la edificación, previendo el establecimiento de accesos para las personas con discapacidad.

189. Al contrario, una minoría de los miembros de la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos había considerado que se había producido violación del EDH, tras entender que las autoridades italianas habían omitido aplicar su propia legislación y que el art. 8 cubría el acceso de todos a los lugares públicos o abiertos al público (Comisión Europea de Derechos Humanos, Decisión *Botta* contra Italia, de 15 octubre de 1996, DR 84-A, p. 34).

190. De nuevo, CHATTON, 2007, p. 72.

191. Decisión del TEDH *Jitka Zehnalova y Otto Señal*, título I *in fine*.

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

Por lo demás, el TEDH ha ofrecido otros apuntes jurisprudenciales referentes a personas con discapacidad acudiendo a otros derechos convencionales. Así, en la STEDH *Vincent* contra Francia, de 24 de octubre de 2006, entendió que había violación del derecho a no ser sometido a un trato degradante (art. 3 CEDH), como consecuencia de las condiciones de detención de personas con discapacidad. Del mismo modo, los Países Bajos habían sido condenados por vulneración del derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH) en el *caso X e Y*, de 26 de marzo de 1985, por cuanto una laguna del Código Penal holandés había impedido a una niña con discapacidad mental, así como a su padre en nombre de la hija, que formularan una querrela criminal contra el presunto culpable de la violación sufrida en un domicilio privado.

El presente apartado quedaría incompleto sin una referencia, siquiera somera, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por lo pronto, el Tribunal de Luxemburgo, justamente en un asunto planteado desde España (STJUE de 11 de julio de 2006, *caso Chacón Navas*, asunto C-13/05), se ha visto llamado a delimitar las nociones de enfermedad y discapacidad, de modo que: de un lado, una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad; y, de otro lado, la citada Directiva «se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate». Por otro lado, como ya estudiamos al analizar el fundamento del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad en relación con la dignidad (*supra*, 3.1), la citada Directiva 2000/78/CE protege asimismo frente al despido de un trabajador que no es una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo es (STJUE de 17 de julio de 2008, *caso Coleman*, asunto C-303/06)¹⁹².

Desde otro punto de vista, el TJUE ha avalado que la normativa nacional

192. Un enfoque diferente, en este caso positivo, puede verse en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (*caso Roderich Weissenfels*, asunto C-135/06 P), en donde se avala que la asignación por hijo a cargo percibida por un funcionario del Parlamento Europeo («asignación estatutaria») sea acumulable con un complemento del mismo tipo percibido de otra fuente («el subsidio luxemburgués», concretamente un subsidio especial para personas gravemente discapacitadas abonado con arreglo al Derecho luxemburgués).

austríaca ponga a disposición de las personas con discapacidad viñetas de peaje anual gratuitas, es decir, para hacer uso gratuito de determinados tramos de autopista sujetos a peaje, y más precisamente «a las personas discapacitadas que tengan su domicilio o residencia habitual en el territorio de dicho Estado miembro, incluyendo también a las que se desplazan regularmente a dicho Estado por motivos profesionales o personales» (STJUE de 1 de octubre de 2009, *caso Gottwald*, asunto C-103/08). Con tal interpretación, que se sustenta en el art. 12 TCE (actual art. 18 TFUE), relativo a la ciudadanía de la Unión, el TJUE da por buena una acción afirmativa que parece reforzar la idea de ciudadanía plena a favor de las personas con discapacidad, poniendo el acento en la libre circulación de personas. En cambio, mediante la STJUE de 11 de septiembre de 2007 (*caso Hendrix*, asunto C-287/05) se matiza el alcance de la libre circulación de personas al entenderse que una prestación neerlandesa para jóvenes con discapacidad, al tratarse de una prestación de carácter no contributivo, no entraría en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1048/71 sobre Seguridad Social de trabajadores migrantes y, por ende, no tendría carácter exportable.

8. CONSIDERACIONES FINALES: DISCAPACIDAD, INCLUSIÓN SOCIAL Y PEDAGOGÍA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Al acometer las garantías del derecho a la autonomía de las personas con discapacidad hemos anticipado que el mejor remedio preventivo es la educación (*supra*, 7.1.1). Con tal propósito pedagógico, la CDPD establece en su artículo 8 (*Toma de conciencia*) el compromiso de los Estados Partes de adoptar «medidas inmediatas, efectivas y pertinentes» tendentes a «fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad», incluyendo asimismo otras medidas de sensibilización social¹⁹³.

193. Concretamente, en el art. 8 CDPD se prevé asimismo: a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas; b) luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida; promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad; c) poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a: i) fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad; ii) promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad; iii) promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral; d) alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con

Capítulo XII. El derecho a la autonomía de las personas...

Con idéntica filosofía, ya nuestra Ley 13/1982 de Integración Social de Minusválidos estableció en su artículo 5 la obligación de los poderes públicos de promover «la información necesaria para la completa mentalización de la sociedad, especialmente en los ámbitos escolar y profesional, al objeto de que ésta, en su conjunto, colabore al reconocimiento y ejercicio de los derechos de los minusválidos, para su total integración». Dicha obligación se retomó en la Ley 51/2003 de accesibilidad universal de personas con discapacidad, cuyo artículo 12 (*Medidas de sensibilización y formación*) impuso a las Administraciones Públicas el desarrollo y promoción de «actividades de información, campañas de sensibilización, acciones formativas y cuantas otras sean necesarias para la promoción de la igualdad de oportunidades y la no discriminación»; la propia Ley 51/2003 previó la implicación de la Universidad en tal cometido, obligando a promover en su artículo 14 (*Medidas de innovación y desarrollo de normas técnicas*) «la investigación en las áreas relacionadas con la discapacidad en los planes de investigación, desarrollo e innovación (I+D+I)».

A lo anterior cabe añadir que la legislación autonómica tampoco ha sido ajena a esa apuesta por la *cultura de los derechos humanos* en lo que concierne a las personas con discapacidad. Así, la Ley valenciana 11/2003 sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad contiene varios preceptos en la materia: de un lado, el artículo 5 (*competencias de la Generalitat*) impone a la Administración autonómica «investigar, formar, sensibilizar y difundir en la realidad que presenta el sector social de las personas con discapacidad, prestando especial atención a sus características específicas y necesidades». Y, de otro lado, el artículo 44 obliga a la Administración regional a que lleve a cabo «en los medios de comunicación social o en otros soportes, campañas de sensibilización de la sociedad en la prevención de las discapacidades, respeto de los derechos de las personas con discapacidad y solidaridad con los mismos, ofreciendo una visión positiva de las personas con discapacidad como sujetos activos de la sociedad, al objeto de que ésta, en su conjunto, colabore en su total integración. En dichas campañas se prestará especial atención al fomento del voluntariado social en la realización de actividades contempladas en la presente ley y al refuerzo de la presencia de la mujer con discapacidad en el seno de la sociedad».

Por último, las disposiciones mencionadas son coherentes con uno de los propósitos fundamentales (*pedagogía en y para la libertad*) que persigue la citada Ley valenciana (según su Preámbulo), a saber: «conseguir que cual-

discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención; y e) promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

quier ciudadano pueda, fácilmente, tener un conocimiento de los derechos más importantes que asisten a las personas con discapacidad», con el fin último (podemos añadir) de hacer más visible el derecho a la autonomía de las personas con discapacidad. Porque, como bien se ha destacado en la doctrina, «la discapacidad es una cuestión de primer orden, muchas veces ignorada, y otras tantas minusvalorada. La lucha por superar la *invisibilidad* adjudicada a las personas con discapacidad abarca todos los órdenes. En este contexto, hace tiempo que se habla de los derechos humanos como proyecto de *visibilidad*»¹⁹⁴. Por tal razón, no resulta desdeñable mencionar la Placa de Honor de la Orden del Mérito Constitucional concedida al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en virtud del Real Decreto 1778/2011, de 2 de diciembre, «en premio a su actividad al servicio de la Constitución y de los valores y principios en ella establecidos».

194. BIEL PORTERO (2008, p. 135).

Capítulo XIII

El derecho a los servicios sociales^{*}

1. FUENTES

1.1. PRECISIÓN PRELIMINAR SOBRE DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

El derecho a los servicios sociales constituye una manifestación paradigmática del Derecho constitucional de la protección social. En estrictos términos, nuestro texto constitucional español de 1978 no contiene una cláusula autónoma de reconocimiento del derecho al beneficio de los servicios sociales, que presenta un carácter multifacético en cuanto a su contenido y unos perfiles complejos en lo que atañe a sus titulares. De hecho, no contamos con una ley estatal integral de desarrollo del derecho a los servicios sociales, lo cual se explica en buena medida: por una parte, por quedar diluida su ubicación inicial en el más amplio marco del sistema de Seguridad Social, y, por otra parte, por quedar embebido su desarrollo ulterior en un acervo normativo autonómico integrado por leyes de servicios sociales que han desarrollado una competencia territorial apoyada en una difusa materia referente a la asistencia social que, a su vez y dicho sea de paso, tampoco cuenta con rasgos claramente definidos en su desarrollo constitucional inicial, al quedar la asistencia social fluctuante e igualmente ubicada en el sistema de Seguridad Social.

Si acaso, como sucedáneo de disposición estatal integral en la materia resulta insoslayable mencionar, ya en estas primeras líneas, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a

* Por Luis JIMENA QUESADA,. El presente trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto concedido en la convocatoria 2008 del Programa Consolider-Ingenio 2010 del Ministerio de Ciencia e Innovación, siendo el título del Proyecto «The Age of the Rights» (código 09I060).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las personas en situación de dependencia (LD). Resulta asimismo interesante recordar que esta Ley fue aprobada con el apoyo prácticamente unánime de todas las fuerzas con representación parlamentaria, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, un consenso nada desdeñable si se tiene presente que la medida legislativa habilita a los poderes públicos para intervenir en el marco del Estado social. A decir verdad, se trataría de una profundización o de un nuevo avance de nuestro Estado social, en el escenario más pujante de la globalización económica que propende a la inhibición del Estado. De tal coyuntura se hace eco la Exposición de Motivos de la LD cuando alude a la «necesidad de garantizar» un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia, «y su progresiva importancia lleva ahora al Estado a *intervenir* en este ámbito con la regulación contenida en esta Ley, que la configura como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social».

Y añade la parte expositiva de la LD que «se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española, potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales». Con ello, es fácil constatar que el derecho a los servicios sociales entronca de lleno con la fórmula del Estado social (art. 1.1) y con la cláusula de progreso (art. 9.2) establecidas en la Carta Magna española¹. En todo caso, la mención de estas dos importantísimas disposiciones constitucionales no pretende ser retórica sino que, antes bien, denota el dinamismo que encierran ambas, a su vez acentuado por la cláusula de apertura internacional establecida en el artículo 10.2 en combinación con el artículo 96 de la Norma Suprema: en otras palabras, la mejor garantía del derecho a los servicios sociales no sólo deriva de la adopción de leyes que comportan el desarrollo de elementos endógenos (la fórmula del Estado social y la cláusula de progreso recién mencionadas), sino asimismo de la asunción de normativa internacional de desarrollo (factores exógenos). Y no se olvide, también se impone recordarlo, que España tiene a este respecto la gran asignatura pendiente de vincularse por el instrumento internacional más relevante en la actualidad en materia de derechos sociales y, entre ellos, del derecho a al beneficio de los servicios sociales, a saber, la Carta Social Europea (CSE) revisada de 1996 del Consejo de Europa.

1. Vid. CARMONA CUENCA, 2000.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Es claro que el derecho a los servicios sociales en España se ve irremediablemente impregnado por el espíritu neocapitalista o neoliberal que marca la pauta de la integración en la Unión Europea (UE), ésta a su vez inserta en el escenario (sobre todo, económico) de la globalización. Como es sabido, la realidad del Estado internacionalmente integrado tiene su inexorable trasunto en una mundialización que no es sólo política sino, ante todo, económica (como modelo de desarrollo emergente que forma parte de esa tendencia más amplia conocida como «mercantilización»²). No por casualidad, en la ya frustrada Constitución europea (Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004), reemplazada por el Tratado de Lisboa suscrito el 13 de diciembre de 2007 (en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), lo social quedaba relegado ante el libre mercado y, más exactamente, los servicios sociales sólo aparecían mencionados en ella en dos ocasiones: así, el reconocimiento del derecho de acceso a los servicios sociales en la Carta de los derechos fundamentales (art. 34) que figuraba como Parte II del Tratado constitucional (art. II.94) se veía compensado «a la baja» en su Parte III al referirse al «ámbito del *comercio de los servicios sociales*, educativos y sanitarios» [art. III.315.4.b)], que se insertaba en el marco de la «política comercial común» [actual art. 207.4.b) TFUE].

En este escenario, si la Europa de los mercaderes basada en las cuatro clásicas libertades de signo eminentemente económico (libre circulación de capitales, mercancías, personas y servicios) abrió el paso a la Europa de la ciudadanía exclusivamente política merced al Tratado de Maastricht de 1992, es de hacer notar que ya entonces se pusieron obstáculos a *una Europa de servicios sociales* en la que se estableciese una especie de sufragio en clave económica o unas condiciones de participación en la democracia social³. De todos modos, este panorama poco halagüeño acabado de esbozar, pese a ser en buena medida expresión de la realidad, peca sin embargo: de una visión alicorta de lo que en verdad sea Europa (que es más que la Unión Europea, en especial si consideramos el foro continental por excelencia que es el Consejo de Europa); y de un enfoque sesgado del sistema europeo de derechos fundamentales⁴ (que acoge asimismo al derecho a beneficiarse de los servicios sociales, sobre todo en el instrumento esencial en la materia, esto es, la CSE como verdadero *Pacto europeo de la democracia social*)⁵. En congruencia con este planteamiento, ensayaremos una definición constitucional del derecho a los servicios sociales a la luz de los parámetros supranacionales (*infra*, 2.2).

2. MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, 2002, p. 96.

3. Véase en tal sentido MORLEY-FLETCHER, 1989.

4. Una visión integrada de dicho sistema en JIMENA QUESADA, 2006.

5. Así lo hemos calificado en JIMENA QUESADA, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

1.2. ANTECEDENTES

Como es conocido, el *constitucionalismo social* se introduce en España merced a la *Constitución de 1931*. Por tanto, resulta vano cualquier intento de hallar una referencia, explícita o implícita, al derecho a los servicios sociales en los textos constitucionales españoles anteriores al aprobado por la Segunda República.

En cuanto a la Constitución de 1931, lo mismo que ocurre en la Constitución vigente de 1978, tampoco aparece formulado el derecho a los servicios sociales como tal con entidad autónoma. Figura, en cambio, parcialmente reconocido por referencia a los titulares en el artículo 43 y, si acaso, deducible del gran espectro del derecho a la Seguridad Social reconocido en el artículo 46.

En lo concerniente al artículo 43, su quinto párrafo disponía que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a la maternidad y a la infancia, haciendo suya la "Declaración de Ginebra" o tabla de los derechos del niño». Por su parte, el artículo 46 efectuaba un diseño *laboralizado* del derecho a la Seguridad Social, al establecer en el segundo párrafo que «la República asegurará a todo *trabajador* las condiciones necesarias de una existencia digna. Su legislación social regulará los casos de seguro de enfermedad, accidente, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte; [...] las condiciones del obrero español en el extranjero [...]»; este último inciso se asemeja a la actual formulación del artículo 42 CE⁶.

En cualquier caso, y pese al limitado alcance de los compromisos internacionales en aquel período (anterior al nacimiento del *Derecho internacional de los derechos humanos* tras la Segunda Guerra Mundial), resulta interesante la apertura a las normas supranacionales en el mencionado artículo 43 por referencia a la protección de la infancia, lo mismo que la remisión más general de carácter sectorial a los *tratados internacionales sociales* en el artículo 15.1^a de la propia Constitución de 1931.

Más tarde, en el contexto del aislamiento internacional del régimen de Franco y del paternalismo de la dictadura, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 recogió curiosamente en su artículo 28 una cláusula muy similar al artículo 46 de la Constitución de la Segunda República⁷. Con anterioridad, el Fuero del Trabajo de 9 de marzo de 1938, en la cláusula X había

6. Como ha recordado TORRES DEL MORAL, 2004, p. 191.

7. A tenor del art. 28 del Fuero de los Españoles: «El Estado español garantiza a los trabajadores la seguridad de amparo en el infortunio y les reconoce el derecho a la asistencia en los casos de vejez, muerte, enfermedad, maternidad, accidentes del trabajo, invalidez, paro forzoso y demás riesgos que pueden ser objeto de seguro social».

establecido una disposición análoga de protección social, con referencia especial a las personas de edad avanzada⁸.

1.3. TEXTO CONSTITUCIONAL Y BLOQUE DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Si la filiación normativa genérica del derecho a los servicios sociales se encuentra en los citados artículos 1.1 y 9.2 CE, el fundamento constitucional, igualmente genérico, para el desarrollo de dicho derecho cabe situarlo en el artículo 149.1.1ª de nuestra Carta Magna. Así lo recuerda tanto la Exposición de motivos como la DF 8ª LD. En particular, el texto preambular señala que «la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1 CE), justifica la regulación, por parte de esta Ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas», agregándose que ello se lleva a cabo «con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del art. 148.1.20 CE».

Al hilo de este último inciso, se constata una cierta dificultad de delimitación del derecho a los servicios sociales con respecto a otro derecho (el derecho a la asistencia social). Es más, servicios sociales y asistencia social vienen a confundirse en gran medida en el desarrollo que del derecho que nos ocupa efectúan las Comunidades Autónomas. Si esto es así en el momento actual, en el debate constituyente que, a la postre, condujo al texto constitucional de 1978, el derecho a los servicios sociales quedaba concebido como parte del derecho a la salud y del derecho a la Seguridad Social, como refleja asimismo la Exposición de Motivos de la LD⁹.

8. De conformidad con la cláusula X del Fuero del Trabajo: «1. La previsión proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio. 2. Se incrementarán los seguros sociales de vejez, invalidez, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, tuberculosis y paro forzoso, tendiéndose a la implantación de un seguro total. De modo primordial se atenderá a dotar a los trabajadores ancianos de un retiro suficiente».
9. En dicha Exposición de Motivos se señala que «si en 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social de nuestro país desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con colaboración especial del tercer sector, como cuarto pilar del sistema de bienestar, para la atención a las situaciones de dependencia».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El caso es que, en ausencia de una base habilitante constitucional específica del derecho a los servicios sociales, la reiterada LD pretende ubicar nuestro derecho, cuando menos, en los artículos 49 y 50 CE, al declarar que ambas disposiciones se refieren, respectivamente, «a la atención a personas con discapacidad y personas mayores y a un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos».

Reseñado lo anterior, y antes de pasar a efectuar un balance de las leyes autonómicas referentes al derecho a los servicios sociales (*infra*, 1.4), debe hacerse referencia a un elemento básico del bloque de constitucionalidad, esto es, a los Estatutos de Autonomía, con alusión particular a las más recientes reformas estatutarias (valenciana, catalana, balear, andaluza, aragonesa y castellano-leonesa). Como aproximación general inicial debe apuntarse que en el ámbito autonómico se ha producido formalmente una evolución del diseño de los servicios sociales desde una concepción de éstos como materia de *competencia regional* hacia una reformulación conexas de ellos como *derecho*. Pues, como sabemos, uno de los rasgos característicos de las reformas estatutarias de inicios del siglo XXI ha consistido en la introducción de catálogos de derechos en esos *nuevos* Estatutos, una novedad que ha venido avalada por el Tribunal Constitucional en sus primeros pronunciamientos sobre el alcance de esas reformas, concretamente mediante la SSTC 247 y 249/2007, relativas al Estatuto valenciano¹⁰.

Empezando, pues, por el nuevo Estatuto valenciano (LO 1/2006) no se incluye en él una formulación autónoma del derecho a los servicios sociales, una formulación que seguramente sí se introducirá en la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana que debe elaborar una Ley de les Corts (art. 10.2). En realidad, del apartado 3 del propio artículo 10 del Estatuto se deduce una formulación amplia del derecho a los servicios sociales por referencia, especialmente, a sus titulares, encomendándose a la Generalitat que vele por la protección específica y tutela social del menor; la no discriminación y derechos de las personas con discapacidad y sus familias a la igualdad de oportunidades, a la integración y a la accesibilidad universal en cualquier ámbito de la vida pública, social, educativa o económica; la participación y protección de las personas mayores y de los dependientes; la asistencia social a las personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social; la protección social contra la violencia, especialmente de la violencia de género; o los derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana. Resulta interesante que sea en

10. Un análisis exhaustivo acerca de los catálogos de derechos en las recientes reformas estatutarias en APARICIO, CASTELLÀ ANDREU y EXPÓSITO, 2008.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

el preciso marco de los derechos sociales en los que el Estatuto valenciano integre la cláusula de progreso equivalente al artículo 9.2 CE, cuando aquél establece en su artículo 10 (ap. 4) que la Generalitat «promoverá las condiciones necesarias para que los derechos sociales de los ciudadanos valencianos y de los grupos y colectivos en que se integren sean objeto de una aplicación real y efectiva». Por lo demás, el artículo 49.1 del Estatuto valenciano sí menciona explícitamente como competencia exclusiva de la Generalitat la materia (24^a) «servicios sociales».

El nuevo Estatuto catalán (LO 6/2006), en su artículo 24 establece una pormenorizada regulación del derecho a los servicios sociales bajo la rúbrica compleja «derechos en el ámbito de los servicios sociales». Por su parte, el artículo 42 introduce un mandato estatutario de política pública en esta materia, en clave de cohesión y bienestar sociales, de modo que «los poderes públicos deben promover políticas públicas que fomenten la cohesión social y que garanticen un sistema de servicios sociales, de titularidad pública y concertada, adecuado a los indicadores económicos y sociales de Cataluña», así como «políticas preventivas y comunitarias y deben garantizar la calidad del servicio y la gratuidad de los servicios sociales que las leyes determinan como básicos». El Estatuto catalán incide más tarde en el principio de subsidiariedad, al acometer las competencias locales (art. 84) y establecer una interesante relación «de los servicios sociales públicos de asistencia primaria» y el «fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes». Estas interesantes formulaciones en clave de derechos fundamentales y de políticas públicas se ven desafortunadamente empañadas por una defectuosa delimitación del derecho a los servicios sociales al incluirlos en el amplio espectro de las competencias en materia de Seguridad Social (art. 155), si bien a continuación se repara dicha falla técnica en el artículo 166 al reconocer de manera detallada la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de servicios sociales junto a otras materias (voluntariado, menores y promoción de las familias). Las disposiciones referentes a servicios sociales del Estatuto catalán se completan con aspectos relativos a la financiación, con objeto de que la Generalitat reciba recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad para la prestación de los «servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado» (art. 206)¹¹.

11. Sobre la conflictiva financiación del Estado de las Autonomías se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al analizar diferentes partidas de los Presupuestos Generales del Estado, mostrando (entre otros aspectos) la complicada articulación del sostenimiento financiero de los servicios sociales en función del desarrollo asimétrico de ellos en las diferentes Comunidades Autónomas. Así, en la STC 13/1992 se analizan los recursos de inconstitucionalidad 542/88 y 573/89, planteados por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente a un amplio número de partidas presupuestarias junto a algunos preceptos de las Leyes de Presupuestos Generales del

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El nuevo Estatuto balear (LO 1/2007), lo mismo que el Estatuto valenciano, no recoge una formulación autónoma del derecho a los servicios sociales, sino que: de un lado, en el Título I (*disposiciones generales*) se refiere, entre los «principios rectores de la actividad pública» (art. 12), al aseguramiento a toda la ciudadanía del acceso «a los *servicios públicos* y el derecho a la salud, la educación, la vivienda, la *protección social*, el ocio y la cultura». Y, de otro lado, en el catálogo de derechos y libertades (Título II), y más precisamente en el marco de los derechos sociales (art. 16), se diseña una formulación compleja del derecho a los servicios sociales por referencia a sus titulares similar a la incluida en el artículo 10 del Estatuto valenciano; pero, en todo caso, sí queda delimitado el derecho a los servicios sociales con respecto al derecho a la asistencial, el cual en cambio sí goza de una formulación específica (art. 21, *pobreza e inserción social*). El Estatuto balear, por el contrario, es más explícito a la hora de reconocer la competencia propia de los Consejos Insulares en materia de servicios sociales, lo que hace en el artículo 70.4, si bien metiéndolos en el mismo cajón que la asistencia social: «Servicios sociales y asistencia social. Desarrollo comunitario e integración. Política de pro-

Estado para 1988 y 1989; consistiendo la tacha de inconstitucionalidad, de una parte, en el no respeto del orden constitucional de distribución de competencias, y, de otra, en la vulneración de la autonomía financiera de la Generalidad de Cataluña en la vertiente del gasto y, más concretamente, de la que se consideraba una manifestación específica de dicha autonomía consistente en la territorialización de determinadas partidas del Presupuesto del Estado; y, en fin, en la conculcación del sistema de financiación autonómico diseñado para el período 1987/1991 en el Acuerdo 1/1986 del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 7 de noviembre. En particular, en relación con una partida sobre servicios sociales [Sección 19 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), Servicio 01 (Ministerio, Subsecretaría y Secretarías Generales), Programa 313.B (Servicios Sociales), Concepto 721, subvención del INSERSO para financiar su Plan de Inversiones] el Tribunal Constitucional se cuestiona «si tiene algún sentido que el Estado mantenga un Ente de gestión en una materia –los Servicios Sociales– que ha sido descentralizada prácticamente por entero por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Los Servicios del INSERSO, integrados en la estructura y régimen económico de la Seguridad Social, no han sido transferidos a todas las Comunidades Autónomas, por lo que es lógico que en los Presupuestos Generales del Estado se incluya una partida como la que ahora se impugna. Desde este punto de vista, la pretensión de la Generalidad de Cataluña carece de fundamento, pues se trata de una dotación que no afecta por sí misma a Cataluña, que sí tiene transferido el INSERSO, de manera que la misma Ley de Presupuestos prevé ya específicamente la cuantía de las transferencias en favor de la Comunidad Autónoma de Cataluña con cargo al Presupuesto del INSERSO, en la que hay que entender incluido el coste efectivo del Servicio y lo necesario para que Cataluña desarrolle las inversiones que considere pertinentes. No obstante, si el Plan de Inversiones del INSERSO al que se destina la partida impugnada incluyera actuaciones en el territorio de Cataluña, es evidente, conforme a nuestra doctrina general, que la gestión de las mismas habría de corresponder a la Generalidad, conforme a lo dispuesto en el art. 17 del EAC» (FJ 12).

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

tección y atención a personas dependientes. Complementos de la Seguridad Social no contributiva. Voluntariado social. Políticas de atención a las personas y a los colectivos en situación de pobreza o necesidad social». Completa el Estatuto balear su regulación de los servicios sociales por referencia, como lo hacen los Estatutos catalán y andaluz al sistema estatal de financiación, insistiendo en la garantía de la nivelación y la solidaridad entre las Comunidades Autónomas, «con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar».

El nuevo Estatuto andaluz (LO 2/2007) también reconoce explícitamente el derecho a los servicios sociales en una disposición sobre prestaciones sociales que consagra igualmente el derecho a la asistencia social o a una renta mínima (art. 23)¹². Desde la óptica competencial, el artículo 61 reconoce la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de servicios sociales, voluntariado, menores y familias (en una formulación análoga a la del art. 166 del Estatuto catalán). Como complemento de lo anterior, el artículo 84 (*organización de servicios básicos*) atribuye competencia a Andalucía para organizar y administrar todos los servicios relacionados con educación, sanidad y servicios sociales, y ejercer la tutela de las instituciones y entidades en estas materias, sin perjuicio de la alta inspección del Estado. Al tiempo, en clave de principio de subsidiariedad, el artículo 92 del Estatuto andaluz reconoce como competencia propia de los municipios la «gestión de los servicios sociales comunitarios». Y, en el marco de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, se ocupa de la financiación del sistema de servicios sociales, al establecer en el artículo 175, en conexión con la garantía del principio de igualdad «en el acceso y prestación de servicios y bienes públicos en todo el territorio español», la «garantía de la financiación de los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del estado de bienestar para alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre que se lleve a cabo, un esfuerzo fiscal similar expresado en términos de la normativa y de acuerdo con el art. 31 CE».

El nuevo Estatuto de aragonés (LO 5/2007) reconoce el derecho a los servicios sociales con arreglo a una sistemática que recuerda en buena me-

12. El art. 23 (*prestaciones sociales*) presenta la siguiente redacción: «1. Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales. 2. Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley».

dida la de la Constitución española de 1978, es decir: en su Título I («Derechos y principios rectores») distingue un capítulo I en el que incluye básicamente derechos civiles y políticos bajo la rúbrica «derechos y deberes de los aragoneses y aragonesas» y un capítulo II en el que reconoce derechos económicos y sociales bajo la rúbrica «principios rectores de las políticas públicas»: es en este segundo capítulo en el que se reconoce el derecho a los servicios sociales junto al derecho a la asistencia social (art. 23, con el intitulado *bienestar social y cohesión social*)¹³, seguido de los derechos a la protección personal y familiar (art. 24) y a la promoción de la autonomía personal (art. 25). En el terreno de las competencias exclusivas regionales, el artículo 71.34^a incluye la materia «acción social, que comprende la ordenación, organización y desarrollo *de un sistema público de servicios sociales* que atienda a la protección de las distintas modalidades de familia, la infancia, las personas mayores, las personas con discapacidad y otros colectivos necesitados de protección especial». Y completa el Estatuto aragonés su regulación de los servicios sociales introduciendo la cláusula referente a las transferencias, mecanismos de nivelación y solidaridad con respecto a otras Comunidades Autónomas, «a fin de que los servicios públicos de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por las diferentes Administraciones autonómicas a sus ciudadanos se sitúen en niveles similares, siempre que se lleve a cabo un esfuerzo fiscal similar» (art. 107.2).

Por último, el nuevo Estatuto castellano-leonés (LO 14/2007), reconoce explícitamente el derecho de acceso a los servicios sociales dentro del detallado catálogo de derechos sociales de su artículo 13, concretamente en su apartado 3, en el que añade que «los ciudadanos de Castilla y León tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad al Sistema de Acción Social de Castilla y León y a recibir información sobre las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública». En ese catálogo se incluyen otros derechos sociales estrechamente relacionados, por razón de sus titulares, con el derecho a los servicios sociales, como son los derechos de las personas mayores (ap. 5), los derechos de las personas menores de edad (ap. 6), los derechos de las personas en situación de dependencia y de sus familias (ap. 7) o los derechos de las personas con discapacidad (ap. 8)¹⁴. Completa

13. Según el art. 24 del Estatuto aragonés: «1. Los poderes públicos de Aragón promoverán y garantizarán un sistema público de servicios sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica en los términos previstos por la ley. 2. Los poderes públicos aragoneses promoverán las condiciones necesarias para la integración de las minorías étnicas y, en especial, de la comunidad gitana».
14. Entre los derechos sociales del art. 3 del Estatuto castellano-leonés se consagran otros que, si bien deben quedar delimitados con relación al derecho a los servicios sociales,

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

el tratamiento de los servicios sociales el Estatuto de Castilla y León en la disposición referente a las competencias exclusivas autonómicas (art. 70), entre las que figura en su apartado 1.10º la de «asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario. Promoción y atención de las familias, la infancia, la juventud y los mayores. Prevención, atención e inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad, la dependencia o la exclusión social. Protección y tutela de menores».

1.4. NORMATIVA INTERNACIONAL

Si comenzamos el repaso a la normativa internacional por el primer instrumento internacional al que se remite la Constitución española en materia de derechos fundamentales (art. 10.2), comprobamos que la DUDH de 1948 consagra explícitamente en su artículo 25 el derecho de toda persona «a los servicios sociales necesarios» junto con otros derechos sociales importantes como el derecho a la asistencia social y médica (se incluye la alimentación, el vestido o la vivienda). El artículo 11 del PIDESC retoma prácticamente la redacción del artículo 25 de la Declaración, pero curiosamente «olvida» cualquier referencia a los servicios sociales.

Ante el carácter enunciativo de estas bases normativas universales, es preciso acudir a la normativa supranacional europea para constatar si ésta dota de mayor contenido al derecho a los servicios sociales. Y, en efecto, el parámetro europeo por antonomasia en materia de servicios sociales no es sino el instrumento emblemático del Consejo de Europa en materia de derechos sociales (la Carta Social Europea, CSE). Tanto la Carta de 1961 como la Carta revisada de 1996 reconocen el *derecho a los beneficios de los derechos sociales* en su artículo 14, que conviene transcribir: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las Partes se comprometen: 1. a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social; 2. a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios».

Si nos trasladamos al ámbito de la Unión Europea, es un hecho que la Europa de las velocidades ha condicionado igualmente la problemática de

también se encuentran conectados con él: así, el derecho a la salud (ap. 2), algunos derechos laborales relativos a la garantía de la salud, la seguridad y la dignidad (ap. 4), o el derecho a una renta garantizada de ciudadanía (ap. 9).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

las prestaciones sociales¹⁵. El instrumento de la Unión más significativo que reconoce el derecho a los servicios sociales es el artículo 34 CDE, bajo la rúbrica *Seguridad Social y ayuda social*, y cuyo tenor literal es el siguiente: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales».

Esta disposición reviste un contenido amplio, que no sólo abarca el derecho al beneficio de los servicios sociales consagrado en el artículo 14 CSE, sino asimismo otros derechos prestacionales de carácter social que se contemplan en el instrumento de democracia social del Consejo de Europa (en su versión de 1961 o en su versión revisada de 1996) como el propio derecho a la Seguridad Social (art. 12), el derecho a la asistencia social y médica (art. 13), el derecho de las personas de edad avanzada a la protección social (art. 23), el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30), o el derecho a la vivienda (art. 31).

El *Derecho comunitario derivado* no cuenta con instrumentos específicos que se ocupen de los servicios sociales, dado que la política social, desde que irrumpió por vez primera en el ámbito de las Comunidades Europeas con ocasión del Acta Única Europea en 1986 hasta el diseño que se efectúa en el Tratado de Lisboa de 2007 se ha configurado como competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros¹⁶: así se desprende tanto de la configuración «funcional» del reparto de competencias establecida con anterioridad a la Constitución europea, como del modelo de «listados competenciales» típico de los Estados políticamente descentralizados asumido en el texto constitucional europeo de 2004, que en buena medida ha sido asumido y «rescatado sustancialmente» por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre

15. Cfr. la idea de crear nuevos modelos europeos de bienestar en los que se cree un nivel de protección social mínimo común a todos los Estados, en FERRERA, 1993. Un análisis crítico similar en ABRAHAMSON, 1995.

16. *Vid.* EZIONI, 2001, y con carácter más amplio, MORENO, 1997.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

de 2007¹⁷ (en particular, en las modificaciones introducidas en el Tratado de la Comunidad Europea, TCE, que pasa a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE)¹⁸.

La reseñada ausencia viene matizada por algunos instrumentos normativos recientes de la Unión relativos a competencias transferidas en fechas cercanas por los Estados miembros a aquélla, y que introducen previsiones destacables en materia de servicios sociales. Así ha sucedido en el ámbito del «acervo de Schengen», comunitarizado a través del Tratado de Ámsterdam de 1997, sobre todo en materia de inmigración y asilo: un supuesto significativo viene suministrado por la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros, cuya adaptación al Derecho nacional debía efectuarse antes del 6 de febrero de 2005 según su artículo 26. Entre otras disposiciones, el artículo 13 de esta Directiva contiene normas generales en materia de condiciones de acogida y atención sanitaria, que lógicamente no pueden reconducirse en exclusiva a la atención sanitaria y a la asistencia social, sino asimismo al acceso a los servicios sociales. Ello lo confirma nuestra reciente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en cuyo Preámbulo se señala que «la Ley sanciona al máximo nivel jurídico la obligación de proporcionar servicios sociales y de acogida a las personas solicitantes en estado de necesidad».

1.5. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Sin lugar a dudas, el texto legislativo estatal «estrella», tanto desde el punto de vista procedimental (aprobado prácticamente por unanimidad en ambas Cámaras de las Cortes Generales tras un largo proceso de gestación¹⁹)

17. *Vid.* ALDECOA LUZARRAGA y GUINEA LORENTE, 2008.

18. Se incluye en dicho Tratado un Título II bajo la rúbrica «Categorías y ámbitos de competencias de la Unión», dentro del cual el art. 2 habla de competencias exclusivas de la Unión (apartado 1) y de competencias compartidas entre ésta y los Estados miembros (apartado 2). En nuestro objeto de estudio se inserta un nuevo art. 188.C (art. 207 TFUE) que sustituye al anterior art. 133 TCE, incluyendo en el marco de la política comercial común de la Unión (acuerdos negociables por unanimidad en el seno del Consejo) «el comercio de servicios sociales, educativos y sanitarios» (se retoma así el contenido del art. III.315 del Tratado constitucional).

19. El punto de arranque de ese proceso puede situarse en la modificación de las recomendaciones del Pacto de Toledo en 2004, considerándose entonces la protección frente a la dependencia como una de las prioridades del futuro inmediato; a finales de 2004 se publicó el *Libro Blanco de Atención a la Dependencia* acogiendo las investigaciones y experiencias desarrolladas por diversas entidades, organizaciones y organismos naciones e internacionales; y, con carácter previo a la presentación por el Gobierno el 26 de abril de 2006 ante la Mesa del Congreso del «Proyecto de Ley de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

como sustancial (se erige en una especie de *ley marco estatal de servicios sociales*, que de alguna forma establece un encuadre de las acciones paralelas de las Comunidades Autónomas)²⁰ es la reiterada LD²¹. Es cierto que la LD no se ha diseñado bajo un ángulo subjetivo desde una noción amplia y moderna de la concepción de los servicios sociales (que abarque no sólo a personas pertenecientes a grupos vulnerables, sino a cualquier persona que precise de la atención y acceso a los servicios sociales). Ahora bien, dicha Ley, pese a acotar el ámbito subjetivo de sus destinatarios (atención a las personas en situación de dependencia), sí introduce en el plano de los objetivos una aproximación moderna al derecho al beneficio de los servicios sociales, por cuanto no acomete tal derecho de modo paternalista (las personas especialmente vulnerables como mero objeto de protección), sino en clave de permitir a dichas personas (según la Exposición de Motivos) «alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía», esto es, la configuración de «un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad del fenómeno de la dependencia», «con la participación activa de toda la sociedad».

Para completar este epígrafe, como se decía, y dado que, más allá del

Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», se suscribió el 21 de diciembre de 2005 entre el Gobierno y los agentes sociales (UGT, CC OO, CEOE y CEPYME) el «Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia».

20. Desde esta óptica, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, y GONZÁLEZ DE PATTO, 2007, pp. 19, 31 y 227: dichos autores han afirmado que la LD habría venido a introducir una protección específica de situaciones de dependencia que con anterioridad sólo se cubría mediante técnicas jurídicas de protección indiferenciada dentro del sistema público de protección social (así destacan, p. ej., que se cubriría un vacío en la protección diferenciada de la dependencia de las personas mayores), puesto que nuestro ordenamiento jurídico carecía de una protección específica e integral de esta situación de necesidad social. Con la LD se vendría a paliar un déficit consistente en prestar una protección social de manera descoordinada, dispersa y generalmente de modo inespecífico a las personas dependientes, con un carácter residual y periférico por parte del Estado, pero sobre todo por parte de los servicios sociales de las Comunidades Autónomas, entes locales y entidades del tercer sector que habrían acusado preocupantes niveles de insuficiencia cualitativa y cuantitativa, además de proyectar una reproducible situación de desigualdad territorial.
21. La LD contó con un pronto desarrollo reglamentario mediante el RD 504/2007, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, el RD 614/2007, sobre nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado, el RD 615/2007, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, y el RD 727/2007, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y cuantía de las prestaciones económicas de la LD. El RD 504/2007 ha sido derogado por el más reciente RD 174/2011, de 11 de febrero. Por su lado, el RD 727/2007 ha sido modificado mediante el RD 570/2011, de 20 de abril.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

«marco básico estatal» fijado por la reciente LD, la regulación por antonomasia del ejercicio del derecho a los servicios sociales se lleva a término en las Comunidades Autónomas, es preciso referirse a las leyes aprobadas por ellas. Así, en el ámbito regional, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han adoptado leyes en materia de servicios sociales²². Aunque, en esencia, el consabido mimetismo institucional conduzca a un bloque normativo más o menos homogéneo en el diseño de todas esas leyes autonómicas, los títulos de cada texto legal evocan una concepción que pone más o menos énfasis en la vertiente dogmática de los servicios sociales (como derecho multifacético, esto es, que agrupa otros derechos o subderechos), en la vertiente orgánica de ellos (como política pública), o sencillamente en una formulación aséptica (según la cual se recoge en el título la expresión «de servicios sociales» *tout court*).

De la primera concepción participaría la Ley cántabra 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales²³. En la aproximación segunda (concepción organizativa y de política pública) se aglutinarían la Ley balear 14/2001, de 29 de octubre, de atribución de competencias a los Consells Insulars en materia de servicios sociales y Seguridad Social²⁴; la Ley madrileña 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; la Ley murciana 3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia; la Ley riojana 3/2007, de 1 de marzo, de Calidad de los Servicios Sociales; o la Ley valenciana 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el sistema de servicios sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana. Y, en tercer lugar, la formulación aséptica del título vendría recogida en la Ley asturiana 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales; la Ley madrileña 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; la Ley foral de Navarra 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales; la Ley catalana 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales; la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia; la Ley vasca 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales; la Ley 4/2009, de 11 de junio,

22. Las peculiaridades de Ceuta y Melilla comportan la aprobación de otro tipo de normas: a título de ejemplo, la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 2455/2007, de 7 de agosto (BOE del 10 de agosto de 2007), por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo en el año 2007, de los RR DD desarrollan la LD, en las Ciudades de Ceuta y de Melilla.

23. Ésta a su vez deroga (disposición derogatoria única) la Ley de Cantabria 5/1992, de Acción Social, y la Ley de Cantabria 6/2001, de Atención y Protección a las Personas en Situación de Dependencia. Con carácter más reciente se aprobó la Ley 3/2009, de creación del Instituto Cántabro de Servicios Sociales.

24. Modificada mediante Ley balear 6/2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de servicios sociales de las Illes Balears; la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; o la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja²⁵.

Como complemento del panorama legislativo regional mencionado, deben traerse a colación algunos otros textos legales que inciden directa o indirectamente en la garantía efectiva de los derechos sociales, al versar sobre los derechos y deberes de las personas usuarias de dichos servicios y su régimen de control o supervisión. En esta línea se inscribirían textos normativos como la Ley balear 4/1999, de 31 de marzo, reguladora de la Función Inspectora y Sancionadora en materia de Servicios Sociales; la Ley catalana 16/1996, de 27 de noviembre, reguladora de las actuaciones inspectoras y de control en materia de servicios sociales y de modificación del Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre; o la Ley riojana 5/1998, de 16 de abril, de derechos y deberes de las personas usuarias, autorizaciones administrativas, infracciones y sanciones e inspección en el ámbito de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma de la Rioja.

Si, de la normativa autonómica, damos un salto impregnado por el principio de subsidiariedad, es menester aludir asimismo la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, según la cual es en los municipios en donde recae en última instancia la responsabilidad del establecimiento de los servicios sociales, en el marco de la legislación nacional y regional²⁶.

Y no puede cerrarse la exposición de la normativa interna pertinente sin una primera alusión a otras leyes estatales que, ya sea regulando derechos de personas extranjeras, ya disciplinando derechos de españoles en el exterior, recogen igualmente el derecho de acceso a los servicios sociales: desde la primera perspectiva, cabe mencionar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que reconoce específicamente el derecho a los servicios sociales en su art. 14 (*derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales*), mientras que la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, hace lo propio en su art. 30 (*derechos sociales genera-*

25. Ésta abroga la anterior Ley riojana 1/2002, de Servicios Sociales.

26. Según el art. 25 LBRL, «1. El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. 2. El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias: [...] k. *Prestación de los servicios sociales* y de promoción y reinserción social».

les)²⁷. Desde el segundo punto de vista, debe citarse la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, en particular su art. 20 (*servicios sociales para mayores y dependientes*), sin perjuicio de la explícita extensión del derecho al beneficio de los servicios sociales por algunas de las Leyes equivalentes aprobadas en las Comunidades Autónomas²⁸.

2. CONCEPTO

2.1. CONCEPTUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES

Sin temor a caer en exageraciones, no parece descabellado afirmar que la conceptuación constitucional de los servicios sociales es susceptible de propiciar, como pocos conceptos, un interesante ejercicio de ponderación del diseño sistemático de nuestra Carta Magna. Así, por de pronto, los servicios sociales admiten una lectura integradora de la fórmula del Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que (y basta poner la mirada en la LD), de un lado, se erigen en el «cuarto pilar» del Estado social como Estado del bienestar; de otro lado, el acceso a los servicios sociales debe facilitarse con sometimiento pleno de la Administración al principio de legalidad, es decir, con arreglo a un procedimiento administrativo con todas las garantías para el ciudadano o ciudadana que pretenden dicho acceso; y, con carácter añadido, los servicios sociales ya no pueden concebirse como un beneficio aleatorio derivado de la acción estatal paternalista de una democracia populista, sino ante todo como un derecho que constituye el reflejo de esa sociedad democrática avanzada cuyo establecimiento propugna el Preámbulo de la Constitución española de 1978.

En segundo lugar, los servicios sociales son trasunto directo de la cláusula de progreso consignada en el artículo 9.2 CE, puesto que pocos derechos como éste dan pie para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, así como para que toda la ciudadanía esté en condiciones de participar en la vida política, económica, cultural y social. En puridad, el artículo 9.2 consa-

27. En conexión con dicha disposición, el art. 36.1.f) de la propia Ley 12/2009 (*efectos de la concesión del derecho de asilo o de protección subsidiaria*) reconoce expresamente el derecho de acceso a los servicios sociales.
28. *Vid.*, p. ej., art. 14 de la Ley 18/1996, de las comunidades catalanas en el exterior, o art. 7.d) de la Ley 6/2005, de la comunidad riojana en el exterior. Completan el elenco de leyes autonómicas en la materia las siguientes: la Ley 6/2009, del Estatuto de los extremeños en el exterior; la Ley 11/2007, de Comunidades de Valencianos en el Exterior; la Ley 3/2002, de constitución del Instituto de Promoción Exterior de Castilla-La Mancha; o la Ley 5/2000, de Relaciones con las Comunidades Aragonesas del Exterior.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

gra la cláusula de igualdad real, efectiva, material o sustancial, y, desde este punto de vista, el derecho a los servicios sociales se perfila asimismo como paradigmático derecho de inclusión social, en tanto en cuanto buena parte de sus titulares sufren discriminación por la circunstancia de ser personas dependientes, ya sea por su edad (personas mayores), por sus afecciones físicas o psíquicas (personas con discapacidad) o (como bien expresa el art. 14 CE) por cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A continuación, con lo acabado de exponer, no puede sino conceptuarse el beneficio de los servicios sociales como un *derecho fundamental social* que, pese a su denominación y ubicación «oficiales» como «principio rector de la política social y económica» (al menos, en congruencia con las bases explícitas mencionadas, o sea, los arts. 49 y 50 CE), despliega sus efectos como *derecho subjetivo* reconocido en la LD y en las leyes autonómicas sobre servicios sociales²⁹; en suma, se trata de un derecho directamente exigible por los ciudadanos ante los poderes públicos y, a la vista de esa legislación de desarrollo (estatal y autonómica) que corrobora dicha subjetivización, el contenido del artículo 53.3 CE no comporta obstáculo alguno a semejante consideración³⁰. Sobre este punto, procede dejar sentadas algunas consideraciones *dogmático-jurídicas*, que pasan por efectivamente afirmar sin ambages el carácter *fundamental* del derecho al beneficio de los servicios sociales:

- a) primeramente, apoya semejante fundamentalidad nuestra adhesión al principio de indivisibilidad de todos los derechos humanos, no sólo como posición metajurídica consistente en defender que todos ellos se encuentran en pie de igualdad, sino asimismo como convicción jurídica en torno a sus iguales posibilidades de realización práctica.
- b) en segundo lugar, el argumento clásico y fácilmente recurrente basado en el coste económico y la compleja justiciabilidad de los derechos sociales para restarles el calificativo de fundamentales ignora tendenciosamente que la efectividad de todos los derechos funda-

29. En lo relativo a la concepción constitucional de los servicios sociales, ha reflexionado en estos términos CAICEDO CAMACHO, 2009, pp. 463-464: tras recordar que la regulación de la asistencia social en el texto constitucional de 1978 «es leve» (pues la «única referencia a los servicios sociales se encuentra en el art. 50», referente a las personas mayores), añade que «el concepto de servicios sociales ha de extraerse de una interpretación conjunta con otros postulados sociales incluidos en la norma constitucional y en los estatutos de autonomía».

30. Según CRUZ VILLALÓN (2007, p. 18), la conjunción del carácter público del Sistema y del principio de universalidad desemboca en la configuración legal de un auténtico y estricto derecho subjetivo de aquellos que se encuentren en la situación de dependencia definida legalmente.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

mentales es gravosa en términos monetarios³¹, y que la justiciabilidad deficiente es asimismo un problema que afecta a todos los derechos fundamentales³². A decir verdad, el pretexto de la *factibilidad* (coste económico) no puede ser ya el trasunto de una falta de *voluntad política*, sino que refleja un problema de buena y eficiente gestión de los recursos públicos que debe generar la correspondiente responsabilidad; del mismo modo, el pretexto de la *justiciabilidad* tampoco cabe reconducirlo a una ausencia de *voluntad jurisdiccional*, sino que proyecta asimismo elementos relacionados con la difusión entre la Judicatura de los instrumentos normativos (sobre todo, internacionales) sobre derechos sociales, lo que debe poner en marcha el correspondiente sistema de recursos procesales.

- c) en tercer término, lo anterior no es incompatible con el hecho de que los derechos sociales sean susceptibles de *una mayor apariencia fundamental* al ponerlos en conexión con derechos fundamentales clásicos de libertad e intentar visibilizar o extraer igualmente de los derechos sociales «un haz de posiciones individuales iusfundamentales» que, en el caso del beneficio de los servicios sociales puede ir desde la garantía de un ámbito de libertad y autonomía al aceptar determinada intervención social (conexión con el derecho a la integridad personal del art. 15 CE), hasta el derecho a una determinada prestación sociosanitaria (conexión con el art. 43 CE), pasando por la existencia de un derecho a acciones positivas dirigidas especialmente a categorías vulnerables de personas (art. 50 CE)³³. En contrapartida, ese *aprovechamiento conexo* de la estructura de los derechos de libertad para favorecer la defensa de los derechos sociales (incluida, eventualmente, la vía del recurso de amparo)³⁴ no debe llevar corre-

31. ABRAMOVICH y COURTIS, 2002, P. 23, así como BRILLAT, 2009, pp. 41-42.

32. ALEX Y así lo ha afirmado, añadiendo que ni el carácter gravoso de los derechos sociales puede comportar su inexistencia, ni la existencia de un derecho puede depender únicamente de su justiciabilidad (2002, pp. 494-501).

33. Léase, *mutatis mutandis*, la interesante reflexión efectuada, en torno al derecho a la protección de la salud como un haz de posiciones individuales, por LEÓN ALONSO, 2010, pp. 157 y ss.

34. Piénsese en las posibilidades de defensa en amparo de uno de los catalogados como «principios rectores de la política social y económica» (el derecho al medio ambiente, art. 45 CE) a través de los arts. 15 y 18 de la Carta Magna (derecho a la integridad personal y derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio), a tenor de la jurisprudencia del TEDH (sobre todo, desde la sentencia dictada el 9 de diciembre de 1994 en el caso *López Ostra* contra España), reticentemente aceptada por el TC: al respecto, léase así, QUERALT JIMÉNEZ (2008, pp. 345-347). Otra aportación interesante en torno al aprovechamiento de la estructura de los clásicos derechos de libertad (derecho al respeto del domicilio del art. 18 CE) para mejor satisfacción de los

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

lativamente a deducir que, sin articular esa conexión, los sociales dejarían por ello de ser fundamentales, máxime cuando (según las dimensiones y vínculos acabados de mencionar) los servicios sociales responden a esa idea de sistema unitario y no jerarquizado de derechos fundamentales que la doctrina identifica según la función determinada constitucionalmente para cada derecho y a la luz del orden de valores positivado por la propia Carta Magna³⁵.

- d) a continuación, lo precedente tampoco es inconciliable, ni con la estructura prevalente de las normas que contienen derechos sociales ni con su denominación ambivalente como principios³⁶, tanto más cuanto que todos los derechos fundamentales tienen una vertiente objetiva y otra subjetiva lo cual, dicho sea de paso, es perfectamente predicable del derecho al beneficio de los servicios sociales, y de manera más ostensible (señaladamente la faceta subjetiva) tras la LD³⁷. Como es conocido, la denominación como «principios» en la Constitución española de 1978 respondió a una opción política del constituyente³⁸, opción que desafortunadamente ha sido acogida con técnica similar en la CDF.
- e) a renglón seguido, debe añadirse que ese juego técnico-terminológico, de conferírsele un peso excesivo, podría resultar paradójico y no precisamente siempre en detrimento de los derechos sociales: así,

derechos sociales (derecho a la vivienda) en el trabajo de GARCÍA MACHO, 1992, y 2009, pp. 67-95.

35. Así, p. ej., los servicios sociales no son ajenos a esas funciones que, para los derechos constitucionalizados, ha identificado y analizado FREIXES SANJUÁN (1992, pp. 9 y ss.): la citada autora cifra esas funciones constitucionales en la acotación de esferas de autonomía privada, la determinación de ciertos grados de participación y la configuración de prestaciones públicas.
36. Tras reconducir básicamente las normas constitucionales sobre derechos sociales a su estructuración como principios, define éstos ALEXY (2002, p. 86): «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las condiciones jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en distinto grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas».
37. PRIETO SANCHÍS (1990, p. 189): los derechos sociales presentan una predominante dimensión objetiva sobre la subjetiva; ahora bien, ello no es más que una cuestión de grado, pero no un elemento esencial que propicie una dicotomía nítida entre los diferentes derechos. De tal suerte que las libertades habrían operado tradicionalmente como derechos subjetivos, identificando más tarde en ellas normas objetivas y pautas hermenéuticas; en sentido diverso, los derechos sociales habrían emergido como exigencias objetivas impuestas por el Estado social y sólo a continuación habrían ido consolidando su articulación como derechos subjetivos.
38. Como ha subrayado acertadamente PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 190.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

llama la atención que el Preámbulo del Tratado de Ámsterdam de 1997 aludiera a los «principios» consagrados en el CEDH y a los «derechos» reconocidos en la CSE.

- f) en fin, todo lo reseñado conduce a que mantengamos la denominación de derecho fundamental social con relación al derecho a los servicios sociales y, consecuentemente, a suscribir la más extensiva de las posturas que catalogan a los derechos constitucionales como fundamentales (todos los del Título I³⁹ y, más aún, todos los reconocidos en el conjunto del texto constitucional)⁴⁰; por cierto, ésa es la rúbrica de todo el Título I de la Carta Magna española, de la misma manera que «derechos fundamentales» de la Unión Europea es el título de la Carta incorporada por ésta, toda ella.

Por añadidura, los anteriores elementos aparecen combinados si no se pierde de vista que los servicios sociales forman parte integrante asimismo de la «Constitución económica» pues, además de su condición de principios rectores de la política social y económica, constituyen un sector económico de amplia iniciativa pública en su calidad de «servicios sociales de interés general»⁴¹: no por casualidad quedan excluidos del régimen general de la libre prestación de servicios y de la libre competencia. Adicionalmente, a la participación genérica que se desprende del artículo 9.2 CE debe entenderse que se suma otra modalidad participativa específica por mandato constitucional, a saber, la «participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienes general» (art. 129.1 CE)⁴².

39. Con esa visión amplia, que compartimos, PECES-BARBA MARTÍNEZ (1995, pp. 367-369) o PÉREZ LUÑO (1998, pp. 72-75). Con enfoque más restrictivo, que reconduce los derechos fundamentales a los del Capítulo segundo del Título I, entre otros, CRUZ VILLALÓN (1989, pp. 36-41). Y con un sentido todavía más restringido, que establece la equivalencia entre derechos fundamentales y susceptibilidad del recurso de amparo (o más exactamente, los consagrados en la Sección 1ª del Capítulo segundo del Título I), DE OTTO PARDO, y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1988, pp. 65 y ss.).

40. Téngase en cuenta que algunos otros derechos aparecen reconocidos en disposiciones (arts. 105, 106, 119, 121, etc.) ubicadas fuera del Título I de la Carta Magna, como ha puesto de manifiesto, al estudiar las características del catálogo constitucional español de derechos y libertades, SÁNCHEZ FERRIZ (1995).

41. Según el *Rapport sur les services sociaux d'intérêt général* (Bruxelles, le 2 juillet 2008, MEMO/08/465, accessible en http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/ssgi_fr.htm) se trata de «servicios esenciales en la vida cotidiana de los ciudadanos, clasificados como de interés general por las autoridades públicas y que se someten a obligaciones específicas de servicio público»; dicho aspecto no debe perderse de vista, dado que el citado informe hace notar asimismo un especie de tendencia de dejación «de la planificación pública hacia una mayor regulación por el mercado».

42. Recuérdese que el art. 129.1 se encuentra en el Título VII de la Constitución («Economía y Hacienda»).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Para completar este epígrafe, debe quedar sentado que los servicios sociales suministran un ejemplo paradigmático del juego del principio de subsidiariedad en nuestro ordenamiento constitucional, tanto desde un enfoque público como privado. Desde la perspectiva pública, cabalmente, a la técnica *bases* (el Estado, en este caso con apoyo en el art. 149.1.1ª CE, como expresamente reclama la LD) *más desarrollo* (las Comunidades Autónomas, con soporte en el art. 148.1.20 CE asimismo referenciado en la LD) debe agregársele una intervención nada despreciable de las entidades locales como espacios más próximos a la ciudadanía. En realidad, el papel reservado a las entidades locales en la LD (art. 1.2 *in fine* y art. 12) y en las leyes autonómicas sobre la materia, así como en la LBRL, es de primer orden, puesto que son ellas las que elaboran los censos de personas dependientes o beneficiarias de los servicios sociales, y son también los servicios sociales municipales los que informan de modo determinante en el procedimiento de reconocimiento de las prestaciones de atención a la dependencia.

En fin, en lo que atañe a la vertiente privada, un aspecto relevante que ha sido objeto de interés en las instancias europeas tiene que ver con la participación de los usuarios en la creación o el mantenimiento de los servicios sociales. Así, en algunos países europeos existen «consejos de prestación social» con una composición o representación plural cuya función esencial radica en velar por la garantía de una prestación eficaz de los servicios sociales⁴³.

2.2. DEFINICIÓN PROPUESTA A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS SUPRANACIONALES

Como ya se avanzó, en la medida en que el reconocimiento más explícito en el terreno supranacional del derecho a los servicios sociales se contiene en el artículo 14 CSE, parece justificado proceder a una definición constitucional del derecho que nos ocupa tomando como referente esa disposición internacional⁴⁴, desde el momento en que ésta cuenta con la juris-

43. A título de ejemplo, en el *Rapport sur la participation des usagers aux services sociaux fournis aux particuliers* (Comité européen pour la cohésion sociale, Conseil de l'Europe, mars 2007, p. 34) se mencionan como principales responsabilidades de los consejos de protección social las siguientes: coordinar los reglamentos internos de las instituciones; formular propuestas para mejorar los resultados de la institución; estudiar los conflictos que enfrentan a los clientes y a la administración de la institución; y participar en la evaluación de la calidad de los servicios prestados por la institución.

44. Este enfoque es sugerido por ESCOBAR ROCA (2005, p. 145): «desde el ámbito de los Estados es todavía mucho lo que queda por hacer para reforzar la vinculación de los textos internacionales, todo ello en la línea de la necesaria *constitucionalización del Derecho internacional*: p. ej., abriendo vías de apertura del catálogo de los derechos

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

prudencia más cualificada y elaborada en la materia, la emanada del órgano de control independiente de la CSE (Comité Europeo de Derechos Sociales, CEDS), como pasamos a exponer.

Efectivamente, el citado precepto, como tal, no aclara totalmente el alcance objetivo y subjetivo del derecho a los servicios sociales, para lo cual se ha requerido su desarrollo jurisprudencial por medio de la tarea desempeñada por el citado Comité, como instancia básica de garantía instituida en la CSE de 1961⁴⁵ (revisada en 1996 –todavía no ratificada por España⁴⁶–). ¿Qué ha dicho éste? Con carácter preliminar, debe advertirse que ese desarrollo jurisprudencial, por el momento, se ha efectuado en el marco del denominado *sistema de informes*, siendo por el momento aisladas las decisiones en la materia adoptadas sobre la base del mecanismo judicial de *reclamaciones colectivas*⁴⁷ (*infra*, 7.1.2).

Pues bien, en su jurisprudencia⁴⁸, el CEDS ha perfilado el ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de los servicios sociales cubiertos por el artículo 14 de la Carta. En este sentido, de entrada, el Comité señala que «el derecho al beneficio de los servicios sociales previsto por el art. 14.1 obliga a los Estados Partes a establecer un conjunto de servicios sociales que permitan alcanzar o preservar un cierto nivel de bienestar social y resolver eventuales problemas de adaptación social. En virtud del art. 14.1 el Comité examina, desde un punto de vista general, la organización y el funcionamiento de los servicios sociales».

A renglón seguido, el Comité delimita en sentido positivo el alcance concreto de los servicios sociales bajo la óptica del contenido prestacional y del personal que trabaja en ellos, afirmando: «Los servicios sociales abarcan, en particular, los servicios de orientación, asesoramiento, readaptación u otras formas de apoyo facilitadas por trabajadores sociales, servicios de ayuda a domicilio (asistencia en las tareas domésticas, higiene personal, entrega de

fundamentales hacia los derechos humanos, fomentando una interpretación integrada de los derechos fundamentales» (cursivas nuestras, LJ).

45. Ratificada por España el 6 de mayo de 1980; el Protocolo adicional de 1988 fue ratificado por nuestro país el 24 de enero de 2000.

46. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero sigue sin ratificarla.

47. Las líneas básicas del *corpus* jurisprudencial del sistema de informes y del mecanismo de reclamaciones colectivas son accesibles a través del *Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales* en la página web de la CSE (www.coe.int/socialcharter), en las versiones oficiales del Consejo de Europa y en la última edición de septiembre de 2008 (en francés *Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux* y en inglés *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*).

48. En concreto, para la jurisprudencia relativa al art. 14 CSE, véanse pp. 105-107 de la versión francesa, y pp. 107-109 de la versión inglesa del *Digesto*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

comidas), la admisión en residencias u otros centros diurnos o nocturnos de estancia temporal y el servicio o socorro social de urgencia (centros o casas de acogida)».

A continuación, el Comité acomete la proyección de los servicios sociales por referencia a las personas potencialmente beneficiarias, abarcando un amplio espectro subjetivo. En esta línea, se subraya que «la oferta de servicios sociales debe dirigirse a toda persona en estado de necesidad, en particular los grupos vulnerables y los individuos confrontados a un problema social. Los grupos que son vulnerables –los niños, la familia, las personas ancianas, las personas con discapacidad, los jóvenes con dificultades, los jóvenes delincuentes, los refugiados, los sin techo, los alcohólicos y los toxicómanos, las víctimas de actos de violencia doméstica y los ancianos privados de libertad– deben poder, en la práctica, ser beneficiarios de los servicios sociales»⁴⁹.

Sentado lo anterior, el Comité advierte que esas categorías de personas están cubiertas igualmente por disposiciones más específicas de la Carta, de manera que bajo el ángulo del artículo 14 se examina la virtualidad general de los servicios sociales, reservándose el análisis más detallado de esos servicios en relación con esas personas en el marco de aquellas disposiciones concretas. De este modo, el examen general se efectúa por el Comité con arreglo a unos criterios que tienen que ver con el acceso igual y efectivo a los servicios proporcionados, la calidad de dichos servicios, y las cuestiones que afectan a los derechos y a la participación de los usuarios. Todo ello con la finalidad de que el derecho a los servicios sociales sea garantizado de Derecho y de hecho.

49. Algunos de estos beneficiarios (así, entre otros, los menores, o las personas con problemas de drogodependencia) son objeto de regulación específica en el ámbito regional: en lo que atañe a los primeros, podemos mencionar la Ley 1/2006, de protección de menores de La Rioja, cuyo art. 3 (competencias en materia de protección de menores) dispone en su apartado 1 que «corresponde a la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a través de la Consejería competente en materia de Servicios Sociales, la declaración de las situaciones, la tramitación de los procedimientos y la adopción y ejecución de las medidas de protección que regula esta Ley, así como la coordinación general de la atención a los menores, la planificación de la misma y la evaluación de los programas». En cuanto al segundo grupo de personas mencionado, a título de ejemplo podemos citar Ley aragonesa 3/2001, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias; o la Ley 3/2007, por la que se modifica la Ley 3/1994, de prevención, asistencia e integración social de drogodependientes de Castilla y León, cuya Exposición de Motivos observa que «las normas específicas dedicadas a la prevención del consumo de drogas y a la asistencia a drogodependientes en Castilla y León traen causa de la competencia asumida estatutariamente a través de distintos títulos competenciales, entre los que hay que destacar, necesariamente, las competencias exclusivas en materia de asistencia social, servicios sociales y desarrollo comunitario».

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Resumiendo: con apoyo en la jurisprudencia del CEDS, el derecho a los servicios sociales contiene los siguientes elementos definitorios:

- a) *el criterio general de acceso a los servicios sociales ha de ser la incapacidad personal y la imposibilidad material de gobernarse por sí mismo.* Los servicios sociales persiguen el objetivo de asegurar el bienestar del individuo, así como el de permitirle que pueda actuar con autonomía y que esté en condiciones de adaptarse a su medio social.
- b) *un derecho de acceso individual a una orientación y a un asesoramiento dispensado por los servicios sociales ha de quedar garantizado a toda persona que los necesite.* El acceso a otros tipos de servicios puede ser organizado según criterios discrecionales, que no deben ser demasiado restrictivos y tienen que asegurar en cualquier hipótesis una atención en caso de necesidad urgente.
- c) *los derechos de los usuarios han de ser protegidos:* cualquier decisión debe ser adoptada siguiendo un procedimiento de concertación con los usuarios, y no contra la voluntad de éstos, que deben disponer de medios para hacer valer sus argumentos y poder recurrir ante una instancia independiente cuando aleguen una discriminación o un atentado contra su dignidad humana.
- d) *los servicios sociales deben poder estar sujetos a una contraprestación (fija o variable), sin que no obstante puedan suponer una carga tal que impida el acceso efectivo a ellos;* así, para los que no dispongan de recursos en el sentido del artículo 13.1 (derecho a la asistencia social o a recursos mínimos garantizados)⁵⁰, esos servicios deberán ser en todo caso gratuitos.
- e) *el reparto geográfico de estos servicios ha de ser lo suficientemente amplio,* criterio que, desde luego, en el caso español debe resultar compatible (en términos de igualdad básica en todo el territorio nacional según el artículo 139.1 en combinación con el art. 149.1.1ª CE) con las asimetrías propias (*protección multinivel*)⁵¹ de un Estado de las Autonomías en donde la competencia en materia de servicios sociales corresponde a los entes regionales.
- f) *el recurso a los servicios sociales no ha de comportar una injerencia en el*

50. Para un análisis exhaustivo de este derecho, además de *infra*, XIV, puede acudirse a JIMENA QUESADA, 1997, pp. 277-308.

51. Esta expresión es utilizada por BLASCO LAHOZ (2007, p. 40): con dicha expresión alude a que el acceso a los servicios sociales ha de ser en condiciones de igualdad y no discriminación, con independencia del territorio donde resida el ciudadano, pero «sólo en el nivel mínimo».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

derecho a la vida privada, incluida la protección de los datos de carácter personal.

- g) en fin, *los recursos destinados a los centros de servicios sociales deben estar a la altura de sus responsabilidades, adaptándose a la evolución de las necesidades de los usuarios*. Lo cual supone que: el personal sea cualificado y suficientemente numeroso; las decisiones sean adoptadas de la manera más próxima a los usuarios; y se establezcan mecanismos para verificar el carácter adecuado de los servicios, tanto públicos como privados.

2.3. CONCEPTO DE SERVICIOS SOCIALES Y SU VINCULACIÓN CON LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

Si anteriormente hemos catalogado la LD como una especie de «ley marco o básica estatal de servicios sociales» (*supra*, 1.5 e *infra*, 4.2), parece coherente conceptuar los servicios sociales (y, con ello, el derecho que nos ocupa) a la luz de lo prescrito por dicha ley, una vez analizados sus perfiles constitucionales e internacionales. En particular, la dependencia se define en el artículo 2.2 LD como «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». Dicha definición se ve complementada por otras en el mismo precepto, como la noción de «actividades básicas de la vida diaria» o las «necesidades de apoyo para la autonomía personal»⁵².

La virtud de esta aproximación a los servicios sociales, asociados a la situación de dependencia, radica en que con la LD se establece «un concepto unitario de dependencia, que será aplicable en todos los casos, con independencia de que la causa que la haya provocado sea la vejez, la enfermedad o

52. Según el propio art. 2.2 LD, las actividades básicas de la vida diaria se refieren a «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas», mientras que necesidades de apoyo para la autonomía personal son «las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad».

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

la discapacidad»⁵³. Desde esta perspectiva, resulta positivo que la situación de dependencia se refiera a cualquier persona como potencial beneficiaria. Sin embargo, el carácter permanente de la situación de dependencia no puede ser asumido sin matices como elemento definitorio del derecho al beneficio de los servicios sociales. Es comprensible que la LD, que persigue el establecimiento de un nivel de protección social mínimo en todo el territorio español, reconduzca su ámbito de aplicación a situaciones de dependencia permanentes y, además, a los supuestos más necesitados de atención, tanto de grupos de personas como de grados de dependencia.

Ahora bien, el derecho al beneficio de los servicios sociales se extiende asimismo, en la filosofía del artículo 14 CSE y en el desarrollo del «contenido adicional» operado por la legislación autonómica, a situaciones que podríamos denominar de «dependencia no permanente», en donde la intervención de los servicios sociales derive, por ejemplo, de una coyuntura personal o familiar que se prolongue durante un período de tiempo limitado y que requiera apoyo, asesoramiento o mediación a causa de una enfermedad de corta duración, de un conflicto familiar generado por violencia doméstica o por adiciones de algún miembro de la unidad familiar, etc. Por tanto, también esas situaciones, que materialmente serían de dependencia aunque formalmente quedarían fuera del espectro de la LD, integran el contenido del derecho al beneficio de los servicios sociales, al conectar con ese objetivo de asegurar el bienestar del individuo y permitir a éste actuar con autonomía en su medio social, en la línea del artículo 14 CSE.

Así pues, el ejercicio del derecho al beneficio de los servicios sociales, en el marco de la LD, se enfoca prevalentemente hacia situaciones personales «derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad». Pero dicho ejercicio puede derivar asimismo de una situación de dependencia relacionada con «las condiciones de vida u otros factores asociados» (como prevé, p. ej., el art. 62.2 de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid) que requieran la puesta en práctica del catálogo de servicios sociales. Al contrario, personas mayores, enfermas o con discapacidad no habrán de ejercer el derecho al beneficio de los servicios sociales cuando la cobertura de sus necesidades no derive de una situación de depen-

53. ROQUETA BUJ (2009, p. 143): prosigue la citada autora añadiendo que «todos los sectores de la población y no sólo las personas mayores de una cierta edad, podrán estar afectados por la situación de dependencia, aunque las necesidades de atención puedan variar en función de la edad, el grado de dependencia, las condiciones de vida y otros factores asociados. La situación de dependencia puede hacerse efectiva en cualquier momento del devenir vital de las personas y, en consecuencia, amenaza potencialmente a toda la población».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dencia o se trate de contingencias articulables a través de otros derechos fundamentales: así, el tratamiento médico ordinario de una persona enferma estará relacionado con el derecho a la protección de la salud; una persona con discapacidad no será dependiente si existen condiciones de accesibilidad que aseguren su autonomía; una persona en situación precaria desde el punto de vista económico y sanitario que requiera una intervención urgente eludirá las más formales condiciones de ejercicio del derecho al beneficio de los servicios sociales para disfrutar de la mayor inmediatez del derecho a la asistencia social y médica.

3. FUNDAMENTO

3.1. SERVICIOS SOCIALES Y DIGNIDAD

La evolución en la concepción y diseño de los servicios sociales ha comportado una visión avanzada y no peyorativa del acceso a ellos. Esto significa que los servicios sociales, por más que visible y realmente se dirijan en mayor medida a grupos de personas vulnerables, ya no se conciben como prestaciones para gente que sufre precariedad ni se diseñan «a la medida» de los más pobres. El ejercicio del derecho de acceso y beneficio de los servicios sociales resulta entonces ser tan digno como el ejercicio de cualquier otro derecho fundamental, como pueda ser el derecho de acceso a la jurisdicción (eventualmente de forma gratuita en caso de insuficiencia de recursos, a tenor el art. 119 CE; derecho que, dicho sea de paso, en el mismo contexto evolutivo, ya ha dejado de denominarse y diseñarse como *derecho al beneficio de pobreza*).

Esta lectura, que evidentemente viene impuesta por el principio de indivisibilidad e igual importancia de todos los derechos humanos, ha sido recalcada por la acción del Defensor del Pueblo español: sin perjuicio de la gratuidad, un aspecto fundamental de la asistencia jurídica puesto de manifiesto por el Ombudsman español es que el letrado de la persona extranjera vele por que se respeten las condiciones legales de los lugares de internamiento, que deben estar dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, pudiendo únicamente estar privados los extranjeros internados del derecho ambulatorio (art. 60.2 de la LO 4/2000)⁵⁴.

Por otra parte, la referida evolución quizá diste de estar totalmente presente en nuestra ciudadanía, que todavía sigue percibiendo parcialmente a los beneficiarios de los servicios sociales como a aquellos que viven de la *cultura del parasitismo social y del subsidio*, cuando en buena *cultura democrática*

54. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2005, pp. 459-460.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

en el acceso a los servicios sociales puede verse implicada cualquier persona con independencia de su fortuna o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Así pues, los servicios sociales deben alinearse en esa aspiración propugnada por el Preámbulo de la Constitución española de «promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida».

En este ambiente, merece la pena subrayar que el primer texto internacional que hizo mención expresa a la dignidad humana (como núcleo axiológico de todos los derechos y libertades) estuvo relacionado con los derechos sociales, en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁵⁵. En lo que atañe al sistema constitucional español de derechos, no cabe olvidar que la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) impregna todo el catálogo de «Derechos y deberes fundamentales» (Título I, arts. 10 a 55) y, por ende, coloca sustancialmente en igual plano los derechos socio-económicos⁵⁶, pese a denominarlos «principios rectores de la política social y económica» y dotarlos formalmente de menores garantías judiciales al excluirlos del recurso de amparo constitucional; todo ello sin perjuicio de que, afortunadamente, la jurisprudencia constitucional española se ha alejado de la restrictiva intención del constituyente español de 1978 respecto a los derechos fundamentales sociales⁵⁷. El caso es que, de un lado, la opción política del constituyente no tiene nada que ver con una especie de inexistente «alergia» de los derechos sociales a su defensa jurídica⁵⁸; y, de otro lado, precisamente en lo que afecta a la estructura de los derechos sociales, hay que tener en cuenta que su objeto no puede reconducirse a un bien (guardería de niños, alimento o vivienda, p. ej.), sino a la articulación jurídica de ese derecho de suerte que procure una relación digna susceptible de permitir al sujeto la adquisición de los bienes necesarios para una digna calidad de vida⁵⁹.

Adicionalmente, y en la línea de los textos internacionales, recuérdese que la propia DUDH (a unos y a otra se adhiere explícitamente el art. 10.2 CE) en su artículo 22 proclama de modo emblemático que toda persona tiene derecho «a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

55. Concretamente, la *Declaración de Filadelfia* adoptada por unanimidad el 17 de mayo de 1944 en el seno de la OIT, tal como ha traído a colación MAURER, 1999, p. 74.

56. Véase ALEGRE MARTÍNEZ, 2005.

57. Así lo puso de manifiesto DE CASTRO CID (1980, p. 141). Para analizar el desarrollo de esa jurisprudencia, acúdase a MARTÍNEZ ESTAY (1997). Un estudio exhaustivo y sistemático de esos principios rectores en TAJADURA TEJADA, 2005.

58. VERDIER, 1992.

59. MEYER-BIRSCH, p. 1998, p. 113.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Con estos presupuestos, como no podía ser de otro modo, la LD cita *expressis verbis* la dignidad en diversas ocasiones. Así, en su artículo 4.2.a) (*derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia*) dispone que los beneficiarios de los servicios sociales disfrutarán, con carácter especial, entre otros, del derecho «a disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su *dignidad* e intimidad». En su artículo 13.b) (*objetivos de las prestaciones de dependencia*) establece como objetivo a conseguir el de «proporcionar un *trato digno* en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social, facilitando su incorporación activa en la vida de la comunidad». Y en su artículo 43.g) introduce como infracción la de «conculcar la *dignidad* de las personas en situación de dependencia».

3.2. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO PRINCIPIO RECTOR

Ya se ha apuntado anteriormente que las dos bases habilitantes constitucionales que expresamente se ponen en conexión de forma específica con los servicios sociales (en la Exposición de Motivos de la LD) se ubican entre los principios rectores de la política social y económica (arts. 49 y 50, dentro del Capítulo III del Título I). Que se denominen formalmente «principios rectores» en lugar de «derechos» en ese Capítulo III o, incluso, que eventualmente se llamen formalmente «derechos» en el articulado de ese Capítulo III sin adjetivarse «fundamentales», entendemos que no pasa de ser hoy en día un debate meramente nominal. Si a la catalogación de «derechos fundamentales» por referencia a los servicios sociales se opone su exclusión del bloque protegido por el recurso de amparo constitucional, tal argumento ya sabemos que es fácilmente superable por el hecho de que el Título I califica de «fundamentales» a todos los derechos incluidos en él y, por ende, también al derecho a los servicios sociales.

A mayor abundamiento, a favor de la consideración de «derecho fundamental» en beneficio de los servicios sociales operan, además del principio de indivisibilidad consagrado por la comunidad internacional, instrumentos supranacionales europeos de obligada referencia, como son la Carta de los derechos fundamentales de la UE⁶⁰ y la CSE (tanto la de 1961 como la revisada de 1996 y, en desarrollo de ellas, la jurisprudencia del CEDS⁶¹).

60. Mediante el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 se incluye con carácter vinculante la CDF («tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados»), lo mismo que el mandato a la Unión de que se adhiera al CEDH (art. 6 TUE).
61. En especial, Reclamación n° 14/2003 (*Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*), decisión de fondo del CEDS de 7 de septiembre de 2004, párr. 28. En el ámbito de la Unión, la frustrada Constitución Europea se refería a los «derechos sociales fundamentales», concretamente en su art. III.209, actual art. 151 TFUE.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Expresado lo anterior, por encima de esa disquisición académica debe prevalecer la aproximación sustancial al derecho a los servicios sociales, una aproximación que se comprueba en la LD, cuando ésta reconoce en su artículo 4.1 el *derecho subjetivo* a acceder a los servicios sociales, participando así del alcance y efectos previstos en el artículo 53.3 CE, y especialmente de la posibilidad de alegar tal derecho ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo establecido en la propia LD. De forma meridiana lo establece, a renglón seguido, el artículo 4.2 LD, al incluir en la letra j) el derecho específico «a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo».

3.3. SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Como enfoque complementario de lo anteriormente expuesto y de lo que se reseñará más tarde sobre la libertad real como elemento fundamental, el derecho a los servicios sociales presenta asimismo una clara dimensión como derecho social o de igualdad, lo cual es coherente con el enfoque moderno tendente a reducir y paliar las discriminaciones mediante acciones positivas que propendan a la lucha contra la exclusión social o, si se prefiere, a favor de la integración y la inclusión sociales.

Si el valor y la filosofía que impregnan la realización efectiva del derecho al beneficio de los servicios sociales es la igualdad, el derecho que nos ocupa engarza directamente con ese valor superior establecido en el artículo 1.1 CE, así como con el principio de igualdad material consignado en el artículo 9.2 CE. De hecho, en la lógica del derecho al beneficio de los servicios sociales está proteger antes y prioritariamente las situaciones de dependencia más acuciantes: desde este punto de vista, el artículo 26 LD distingue tres grados de dependencia (ap. 1)⁶², que a su vez clasifica en dos niveles «en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere» (ap. 2), y estableciéndose un calendario de implantación progresiva y gradual en función de dichos grados en el apartado 1 de la disposición final 1ª.

62. El citado art. 26.1 clasifica los grados de dependencia en los siguientes: «a) *Grado I. Dependencia moderada*: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. b) *Grado II. Dependencia severa*: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. c) *Grado III. Gran dependencia*: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La segunda disposición constitucional citada (art. 9.2 CE) adquiere un especial vigor en el caso del derecho a los servicios sociales, bastando para corroborarlo con reparar en los titulares *privilegiados* y principales destinatarios (*infra*, 5.1.3), puesto que éstos (entre ellos, personas mayores y personas con discapacidad) son los que justifican de manera más intensa el alcance de las obligaciones que pesan sobre los poderes públicos bajo la forma de medidas de acción positiva y de discriminación positiva⁶³: no se olvide, justamente, que la no discriminación por razón de edad y por razón de discapacidad constituyen dos de los motivos antidiscriminatorios en los que se ha puesto el acento más recientemente en el ámbito internacional⁶⁴. Con tal espíritu, la disposición final primera de la LD obliga al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que realice una evaluación de los resultados de la puesta en marcha de la Ley, mandando igualmente de modo particular que se efectúe un «informe de impacto de género sobre el desarrollo de la Ley». Y, con unos perfiles más amplios, repárese asimismo en que la propia LD menciona explícitamente como una de sus bases habilitantes fundamentales la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1ª CE)⁶⁵. El uso adecuado de esta competencia constitucional de igualdad básica quizá forje una percepción menos negativa acerca de esa especie de *ciudadanía social dual* existente en España.

En fin, como se dijo anteriormente (*supra*, 2.1) el derecho al beneficio de los servicios sociales se perfila en nuestras sociedades modernas como un baluarte del valor superior igualdad que sirve de manto al Estado social o, en palabras que utiliza la propia LD, como el *cuarto pilar del Estado del bienestar*. La Exposición de Motivos de dicha Ley enfatiza explícitamente que «el Sis-

-
63. Buen ejemplo de lo expuesto lo ofrece específicamente la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
64. A tal corriente reciente respondió la nueva redacción introducida por el Tratado de Ámsterdam de 1997 en el art. 13 TCE (actual art. 19 TFUE tras la vigencia del Tratado de Lisboa de 2007).
65. Con respecto a dicha disposición, se ha afirmado por PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL (2007, pp. 59 y ss.): el art. 149.1.1ª CE «constituye un auténtico título competencial y que a su amparo puede el Estado "regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales", entendiendo por derechos y deberes también los contemplados en el Capítulo II del Título I», y el Tribunal Constitucional ha avalado la utilización de tal disposición constitucional para incluso «dictar regulaciones mínimas sobre derechos prestacionales».

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

tema de Atención de la Dependencia es uno de los instrumentos fundamentales para *mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país*, respondiendo a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la *igualdad de oportunidades*. En coherencia con ello, entre las infracciones establecidas por la LD figura la de «tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia» [art. 43.f)].

3.4. SERVICIOS SOCIALES, LIBERTAD Y SOLIDARIDAD

Junto a la consideración del derecho al beneficio de los servicios sociales como un derecho de igualdad (y, ante todo, de igualdad real y efectiva), el carácter indivisible de todos los derechos fundamentales conduce a que la efectividad de los servicios sociales sólo se entienda en conjunción con el valor de la libertad (art. 1.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), teniendo presente que esa libertad ha de ser necesariamente real y efectiva (art. 9.2 CE).

Efectivamente, si en la actualidad, y pese a hallarnos en la era de la globalización económica, cualquier Estado social que se precie de ser tal no puede dejar de poner el acento en el establecimiento de un sistema público de servicios sociales, no por ello debe obviar que la satisfacción del moderno derecho al beneficio de los servicios sociales se ha sustentado en su evolución en obras de iniciativa particular o ámbito privado y en la solidaridad (fraternidad) de personas comprometidas (que, en algunos casos, han hecho de ese compromiso su profesión)⁶⁶. Pero, más allá de las virtudes de la caridad en dicha evolución⁶⁷, la LD opta por reafirmar el carácter de derecho fundamental subjetivo del derecho al beneficio de los servicios sociales reconduciendo su fundamentación en gran medida en la libertad real, puesto que el disfrute de los servicios sociales debe coadyuvar a que las personas beneficiarias puedan ejercer realmente la libertad (art. 9.2 CE) y los concretos derechos de libertad: con tal filosofía, ya la STEDH *De Wilde, Ooms y Versyp* contra Bélgica, de 18 de junio de 1971⁶⁸, puso de manifiesto que la ausencia de

66. En tal dirección, JIMENA QUESADA, 2009, p. 56: en dicho estudio, analizamos el cambio de estatuto de los trabajadores sociales, «que pasan de una *situación de hecho*, consistente en una lucha contra la pobreza inspirada en una justicia social paternalista (*caridad*), a una *situación de derecho*, que reconoce su papel indiscutible a favor de una defensa de los derechos fundamentales (sobre todo el acceso a los servicios sociales) guiada por el respeto de la dignidad humana (ejercicio de derechos subjetivos y *justiciabilidad*)».

67. *Vid.* DEN UYL, 1993, y con carácter más específico, AGNEW, 2004.

68. En tal asunto, el TEDH consideró que el procedimiento administrativizado de internamiento de vagabundos, sin garantías procesales, utilizado frente a los demandantes era contrario al derecho a la libertad personal reconocido por el art. 5.4 CEDH, no

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

libertad económica representa un peligro para el efectivo disfrute de la libertad política⁶⁹.

En este orden de consideraciones, no extraña que la propia LD, a pesar de plantearse como objetivo primordial la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), regula igualmente la cobertura privada de las situaciones de dependencia, así como la participación libre y solidaria de personas que trabajen en el sector del voluntariado. Así, es ilustrativo que en la «Red de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» (art. 16 LD) se incluyan no sólo los centros públicos (estatales, autonómicos y locales), sino también los centros y servicios privados (concertados y no concertados) y la promoción por parte de los poderes públicos de «la *colaboración solidaria* de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector».

Al hilo de esto último, la misma LD define con carácter previo la noción de «tercer sector» en su artículo 2.8, reconduciéndolo a «las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a *criterios de solidaridad*, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales». En sentido crítico, el auge de estas organizaciones y movimientos sociales se ha visto como una consecuencia del avance de la globalización del neoliberalismo⁷⁰, que explicaría esa «progresiva e intensa retirada del Estado», atisbándose incluso en esa especie de cesión de competencias una «debilitación de la misma idea de "derecho", puesto que las diversas prestaciones adquieren carácter graciable y dejan de ser consideradas como instrumentos de garantía de derechos reconocidos»⁷¹.

Pese a lo anterior, en clave de lectura positiva, el título de la LD consti-

aceptando la renuncia (irrenunciabilidad de derechos fundamentales) a la libertad por personas que ejercían la mendicidad.

69. En esta línea, tras afirmar que «el argumento principal de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad», sostiene ALEXY (2002, pp. 486-487): la primera tesis en apoyo de dicho argumento mantiene que «la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor». Y el mismo autor cita a LORENZ VON STEIN: «La libertad es sólo real cuando se poseen las condiciones de la misma, los bienes materiales y espirituales en tanto presupuestos de la autodeterminación».
70. Para GÓMEZ GIL (2004, p. 2) «se ha creado una compleja simbiosis entre el mercado, la caridad, la mercadotecnia y la representación política. De esta forma, se ha pulverizado la idea de los Estados como espacios de compensación y solidaridad social, siendo sustituidos por esta gama de actores que aparecen como organizaciones sociales».
71. MORA CASTRO, 2007, pp. 28-29.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

tuye un buen botón de muestra de la indivisibilidad de los derechos humanos cuando incluye la noción de «autonomía personal»: el objetivo de irrenunciable igualdad material que se encuentra en la base del ejercicio efectivo del derecho al beneficio de los servicios sociales, tiene su trasunto en la consecución de mayores cotas de libertad personal (o de autonomía personal) por parte de las personas titulares o beneficiarias de aquel derecho. En este sentido, el artículo 2 LD incluye como primera definición la de «autonomía», entendida como «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria».

Como complemento de lo anterior, aunque la LD no lo mencione expresamente, es obvio que la referida solidaridad entre personas exige, en el caso del derecho a los servicios sociales como posiblemente en ningún otro, una solidaridad entre los poderes públicos y, en particular, entre todas las Administraciones territoriales⁷². Pues no se olvide que la problemática principal de la efectividad del derecho a los servicios sociales reside en su financiación⁷³, dado su carácter prestacional. Con todo, uno de los elementos claves del éxito de la LD radica, no por casualidad, en el establecimiento y éxito de un régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas para hacer realidad las prestaciones y servicios sociales previstos por la Ley. Por supuesto, la evitación de asimetrías injustificadas conllevará asimismo que no se produzca una especie de «dumping» de protección social entre Comunidades Autónomas (ya sea entre ciudadanos españoles, ya sea entre personas de nacionalidad extranjera), en función de lo más o menos atractivas que resulten éstas según el nivel de servicios sociales que ofrezcan. Sin embargo, en la praxis, se ha criticado que las Comunidades Autónomas han ejercido de manera muy desigual sus competencias exclusivas en materia de asistencia social y servicios sociales, lo que ha comportado que ciudadanos en idéntica situación de dependencia reciban un tratamiento diferente en función de la Comunidad Autónoma de residencia, así como notables desequilibrios en la distribución territorial de los recursos⁷⁴.

72. Como es sabido, el art. 2 CE, tras establecer el principio de unidad de la Nación española, «reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la *solidaridad* entre todas ellas».

73. En la Exposición de Motivos de la LD podría verse una referencia implícita a la solidaridad en este pasaje: «La propia naturaleza del objeto de esta Ley requiere un compromiso y una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones públicas, por lo que la coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas es un elemento fundamental».

74. En tal sentido, RODRÍGUEZ CABRERO, 2004, p. 41, así como BARCELÓN COBEDO y QUINTERO LIMA, 2006, pp. 19 y ss.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

4.1. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO DERECHO DE ESTRUCTURA COMPLEJA

Primeramente, conviene insistir en que la estructura jurídica de los derechos sociales y, en particular, del derecho al beneficio de los servicios sociales, no es óbice para su consideración como derecho fundamental o como derecho subjetivo susceptible de justiciabilidad en términos comparables a como lo son los derechos civiles y políticos⁷⁵. Ahora bien, en su calidad de derecho prestacional que conlleva una intervención de los poderes públicos, el derecho a los servicios sociales presenta una estructura compleja que guarda conexión con el requisito de articular jurídicamente el ejercicio efectivo de tal derecho sin menoscabo del principio de no discriminación, esto es, sin generar agravios comparativos entre los potenciales beneficiarios. La complejidad es todavía mayor si se repara en que el derecho a los servicios sociales tiene que ver con una diversa panoplia de titulares o beneficiarios (personas mayores, personas con discapacidad, emigrantes retornados, personas demandantes de asilo, etc.), así como con un variopinto catálogo de prestaciones.

Con semejantes premisas, el propio acceso a los servicios sociales o, en su caso, el reconocimiento de la situación de persona dependiente, está condicionado a un complejo procedimiento de valoración en el que, por más que se persiga un examen objetivo fundado en baremos, el subjetivo peso de la discrecionalidad y de potenciales riesgos de arbitrariedad es considerable. La complejidad de la valoración de la dependencia queda patente con tan sólo echar un vistazo al ya citado artículo 26 LD, que clasifica la situación de dependencia en tres grados (dependencia moderada o grado I, dependencia severa o grado II y gran dependencia o grado III), que a su vez se clasificarán en dos niveles en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere; pero, a su vez, los grados y niveles se determinarán con arreglo a unos intervalos establecidos en un baremo⁷⁶.

La cuestión no es baladí, de forma que la compleja valoración de la situación de dependencia implica un intenso grado de articulación entre los diversos niveles administrativos (art. 27 LD). Así, aunque las Comunidades Autónomas sean las competentes para determinar los órganos de valoración, es conjuntamente el órgano de cooperación de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas (el Consejo Territorial del Sistema para la

75. En tal dirección, PISARELLO, 2007, pp. 111-138.

76. *Vid.* el Baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia aprobados por el RD 174/2011, de 11 de febrero.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Autonomía y Atención a la Dependencia) el que debe acordar los criterios comunes de composición y actuación de dichos órganos, así como el baremo, que debe ser aprobado por el Gobierno mediante Real Decreto teniendo entre sus referentes la *Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud* adoptada por la Organización Mundial de la Salud. Tampoco debe sorprender que la composición y funcionamiento del propio Consejo Territorial no haya estado exenta de conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁷⁷.

En última instancia, la estructura compleja del derecho a los servicios sociales deriva de la propia complejidad de la situación de la persona beneficiaria. De manera que el baremo pretende adecuar las concretas prestaciones al perfil de esa persona, valorando su grado de autonomía, su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia y la eventual necesidad de apoyo y supervisión, así como el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas. De la reitera complejidad da fe la circunstancia de que la valoración no sólo va acompañada del mencionado dictamen del órgano autonómico competente, sino asimismo de «los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas» (art. 27.5 LD).

4.2. DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO RESPECTO DE OTROS DERECHOS SOCIALES FRONTERIZOS

Aunque las prestaciones concretas «en especie» (servicios en sentido estricto) comprendidas en el ámbito del derecho a los servicios sociales han ido diseñándose y delimitándose paulatinamente con respecto a las prestaciones análogas incluidas en otros derechos sociales (como el derecho a la salud y el derecho a la Seguridad Social, o el derecho a la asistencia social), la mayor dificultad de delimitación del contenido entre todos estos derechos sociales tiene que ver con la vertiente económica de su efectividad, esto es, con las prestaciones «pecuniarias». Desde esta perspectiva, la *ley básica o ley*

77. A tal efecto, léase la reciente STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) dictada el 23 de junio de 2010 en el recurso de casación nº 91/2007 interpuesto por la Administración de la Comunidad Autónoma de Madrid contra Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 24 de septiembre de 2004 desestimatorio del recurso formulado por dicha Administración regional contra la constitución del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia creado por LD y contra la aprobación de su Reglamento de funcionamiento en la reunión de dicho órgano adoptado en su sesión constitutiva de 22 de enero de 2007. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

marco estatal de servicios sociales (si se nos permite nuevamente la expresión, por referencia a la LD) efectúa un esfuerzo de delimitación al regular las prestaciones económicas incluidas en el campo de aplicación del derecho a los servicios sociales, de modo que las concibe (art. 17) como «prestación económica *vinculada* al servicio», es decir, una prestación que se reconocerá «únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado» (ap. 1), estando «en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio» (ap. 2). Esa misma vinculación se predica de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18), así como de la prestación económica de asistencia personal (art. 19).

El hecho de que las prestaciones económicas relativas al derecho a los servicios sociales queden delimitadas (tanto en cuanto a su gestión orgánica como en su cuantía) respecto a prestaciones económicas conectadas con el derecho a la Seguridad Social o con el derecho a la asistencia social, no constituye un obstáculo para que la valoración de situaciones efectuada en el marco de estos otros derechos sociales pueda ser equiparada u homologada automáticamente a las valoraciones susceptibles de ser realizadas en el ámbito del derecho a los servicios sociales. En esta línea, la propia LD contempla en su disposición adicional 9ª la efectividad del reconocimiento de las situaciones vigentes de gran invalidez y de necesidad de ayuda de tercera persona efectuado en el contexto de la Seguridad Social contributiva, o en su disposición 16ª la compatibilidad con las pensiones no contributivas.

Sea como fuere, la delimitación del contenido del derecho a los servicios sociales adquiere perfiles más matizados cuando se examinan las leyes autonómicas sobre servicios sociales, y especialmente las prestaciones económicas previstas en ellas. ¿En qué sentido? Pues en la medida en que esas leyes de servicios sociales normalmente se han dictado en ejercicio de la competencia autonómica atribuida por la Constitución en materia de asistencia social (art. 148.1.20), lo que en ocasiones conduce a una regulación conjunta de esas prestaciones pecuniarias referentes al derecho a los servicios sociales y al derecho a la asistencia social: por ejemplo, en la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales, como parte del contenido mínimo de las carteras de servicios sociales (art. 27) se incluye entre las prestaciones económicas, en primer lugar, «la renta social básica», que realmente es expresión del derecho a la asistencia social, pues en dicha disposición se establece que su finalidad es «hacer efectivo el derecho de protección social en situación de carencia de recursos económicos». Con similar orientación, en Navarra, la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de servicios sociales establece como parte de ese contenido mínimo de la cartera de servi-

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

cios sociales (art. 20) «la prestación de renta básica». Por su parte, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid incluye como prestación económica del sistema público de servicios sociales la «renta mínima de inserción» (art. 17), si bien a renglón seguido añade –en un intento delimitador con respecto al derecho a la asistencia social– que a dicha renta «tendrán derecho todas aquellas personas que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid».

Al hilo de este último inciso, debe observarse que se ha venido consolidando una tendencia técnicamente más correcta según la cual se delimitan esas rentas básicas o mínimas (derecho a la asistencia social) con respecto a las prestaciones propiamente integrantes del derecho a los servicios sociales, recogiendo esas rentas en leyes regionales específicas: así lo pone de manifiesto, además de la mencionada Ley madrileña 15/2001, las más reciente Ley 9/2007, de 12 de marzo, de renta garantizada de ciudadanía de la Comunitat Valenciana, que a su vez ha ido precedida por otras normas autonómicas como la Ley asturiana 6/1991, de 5 de abril, de ingreso mínimo de inserción, la Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, de renta mínima de inserción, la Ley vasca 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social⁷⁸, o la Ley 1/2007 de 17 de enero, por la que se regula la prestación canaria de inserción.

4.3. LA PROBLEMÁTICA DE LA CONEXIÓN DE DERECHOS

En la jurisprudencia del CEDS se delimita el derecho al beneficio de los servicios sociales de otros derechos prestacionales consagrados en la CSE conectados con aquél. Así, se subraya por el Comité que «cuestiones tales como el cuidado de niños (estructuras de guardería y servicios de canguro), los actos de violencia familiar o doméstica, la mediación familiar, la adopción, la decisión sobre si ubicar a un niño en una familia de acogida o bajo el cuidado de una institución, los servicios que se ocupan de los malos tratos infligidos a los niños, así como los destinados a las personas ancianas, quedan principalmente cubiertos por los arts. 7.10, 16, 17, 23 y 27. Las medidas de coordinación tendentes a la lucha contra la pobreza y la exclusión social son

78. La Ley vasca 12/1998 fue modificada posteriormente, entre otras, por las Leyes 8/2000, 9/2000 y 8/2008. La modificación incorporada por la Ley 8/2000 permitió la extensión de la protección ofrecida por la renta básica a las personas mayores de 60 años, hasta entonces excluidas del acceso a este instrumento. Por su parte, la Ley 8/2008 persigue dos objetivos principales: por un lado, recoger explícitamente el carácter de unidad de convivencia para pensionistas, incluso cuando convivan con otros familiares y, por otro, incrementar la cuantía máxima de la prestación en estos supuestos, dada la imposibilidad para estas personas de ver incrementado su nivel de ingresos mediante su incorporación al mercado laboral.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tratadas bajo el ángulo del art. 30 CSE revisada, en tanto que los servicios dedicados a las viviendas sociales y los dispositivos tendentes a luchar con el fenómeno de los "sin techo" se abordan en el marco del art. 31»⁷⁹.

Dicho lo anterior en clave teórica, y aun cuando ese criterio sirva para analizar la conformidad o no de la situación de un país con las disposiciones de la CSE (y, en nuestro caso, con su art. 14), lo bien cierto es que la dinámica real del funcionamiento de los servicios sociales conduce a que, en la práctica, éstos se ocupen asimismo (y no de manera necesariamente colateral) de estas cuestiones conexas principalmente cubiertas por otras disposiciones de la Carta. En efecto, por más que se pretenda una delimitación precisa de competencias entre las instituciones públicas (del ámbito territorial que sea) y los actores privados implicados en la satisfacción de los servicios sociales, la realidad es que nuestros mandatos constitucionales sobre el *Estado social* (art. 1.1) y sobre la acción positiva a que propende la *cláusula de progreso* tendente a hacer que los derechos de los individuos y grupos en que se integran sean reales y efectivos (art. 9.2), así como las *obligaciones positivas* impuestas desde instancias supranacionales como el TEDH (*infra*, 7.2.2) o, cómo no decirlo, el propio *espíritu de solidaridad* de que se ve imbuido el personal (funcionario, contratado, voluntario) que trabaja en este ámbito, conducen a lo que podríamos catalogar como una *concepción expansiva de la acción de los servicios sociales*.

Posiblemente la conexión más notoria venga dada por el artículo 4 del Protocolo adicional de 1988 a la CSE, que recoge el derecho de las personas de edad avanzada a una protección social⁸⁰. Sin duda, la vigencia efectiva de la LD podrá facilitar la conformidad de España con la citada disposición del Protocolo adicional de 1988⁸¹. ¿Qué aspectos de la jurisprudencia del Comité resultan de interés para nuestro objeto de estudio? Por ejemplo, y en conexión con lo acabado de expresar sobre la ley de dependencia, el Comité llama la atención a los Estados contratantes de la CSE cuando no disponen de una legislación antidiscriminatoria tendente a proteger a las personas ancianas contra las discriminaciones basadas en la edad, más allá de la cláusula general de igualdad que incluyan en sus disposiciones constitucionales respectivas⁸².

79. *Digesto de la Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, art. 14 (p. 105 versión francesa y 107 versión inglesa).

80. Véase SEIJAS VILLADANGOS, 2004.

81. Otra disposición reciente que contribuye a satisfacer los compromisos de España en el marco de la CSE es la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

82. *Digesto de la Jurisprudencia del Comité...*, art. 23 (p. 149 versión francesa y 147 versión inglesa).

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Trasladándonos ahora al Derecho de la Unión, la CDF recoge algunos derechos conectados con el derecho a los servicios sociales consagrado en el artículo 34: en especial, al margen de los derechos de las personas mayores (art. 25), de los derechos de las personas con discapacidad (art. 26) y del derecho a la protección de la salud (art. 35), el derecho de acceso a los servicios económicos de interés general «con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión» (art. 36). Bien es cierto que la fallida Constitución europea enfocaba el cometido de estos servicios desde una perspectiva más funcional (respeto de las normas de competencia y del comercio en el seno de la Unión) que final (el cometido de dichos servicios, especialmente cuando se trate de servicios sociales o relacionados con la protección social). Así se desprendía del art. III.166.2 (actual art. 106 TFUE), que se ocupaba de las empresas encargadas de la gestión de este tipo de servicios⁸³ y que, de manera significativa, se ubicaba sistemáticamente entre las «normas de competencia» previstas por la Constitución europea (arts. III.161 a III.169; actuales arts. 101 a 109 TFUE)⁸⁴; y de esa misma filosofía se veía impregnado el art. III.122 (actual art. 14 TFUE, sobre los servicios de interés económico general), cuando conminaba a la Unión y a los Estados miembros a que velaran «por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido». Todo lo cual, por cierto, estaba, y sigue estando, en la línea de la controvertida Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida en la opinión pública como *Directiva Bolkestein*), que deja pocos reductos de intervención estatal⁸⁵.

4.4. EL CONTENIDO DEL DERECHO

4.4.1. Alcance o extensión: el catálogo de prestaciones

El *contenido básico* a nivel estatal del derecho al beneficio de los servicios sociales viene establecido en el artículo 14 LD, que lleva por rúbrica «prestaciones de atención a la dependencia», a tenor del cual pueden tener «la

83. El art. III.166.2 establecía (y con casi idéntica redacción el art. 106.2 TFUE) que «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal estarán sujetas a las disposiciones de la Constitución, en particular a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas disposiciones no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo del comercio no deberá verse afectado de forma contraria al interés de la Unión».

84. Al respecto, puede leerse JIMENA QUESADA, 2005.

85. LLOBERA VILA, 2010, p. 305.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria». Por su lado, el artículo 15 concreta ese contenido en el marco del llamado «catálogo de servicios», que «comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia» que siguen: a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal. b) Servicio de Teleasistencia. c) Servicio de Ayuda a domicilio: (i) Atención de las necesidades del hogar. (ii) Cuidados personales. d) Servicio de Centro de Día y de Noche: (i) Centro de Día para mayores. (ii) Centro de Día para menores de 65 años. (iii) Centro de Día de atención especializada. (iv) Centro de Noche. e) Servicio de Atención Residencial: (i) Residencia de personas mayores en situación de dependencia. (ii) Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

Y, nuevamente, en una pretensión de delimitación del contenido del derecho a los servicios sociales, esta vez no por referencia a las prestaciones económicas sino a las prestaciones en especie, el artículo 14.2 LD dispone que los mencionados servicios sociales se regulan sin perjuicio de los servicios atinentes al derecho a la salud, es decir, «sin perjuicio de lo previsto en el art. 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud». Con todo, la imbricación entre servicios sociales y salud es clara y creciente, como lo pone de manifiesto la joven categoría profesional de los mediadores sociosantarios⁸⁶.

Como desarrollo del contenido reseñado, las Leyes autonómicas reguladoras del derecho al beneficio de los servicios sociales perfilan el contenido de éste detallando y ampliando ese catálogo de servicios, a través de un *contenido adicional*. A título de ejemplo, el artículo 27 de la Ley cántabra 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales, establece el «contenido mínimo de la Cartera de Servicios Sociales», cifrando las prestaciones de servicios en las siguientes: a) Servicio de información general y especializada. b) Servicio de evaluación y diagnóstico. c) Servicio de orientación individual y familiar. d) Servicio de teleasistencia domiciliaria. e) Servicio de ayuda a

86. Como indica PÉREZ (2008, p. 277), «La mediación sociosanitaria se define como las intervenciones en el ámbito sanitario de la mediación social. Las actuaciones de la mediación en este campo, que desde la práctica se están llevando a cabo por la figura del mediador dentro de los Servicios Sociales de Base, se sustentan en el derecho a la salud y al acceso a la asistencia sanitaria de todos los españoles y extranjeros. Por ello, para entender tanto el significado, como las acciones y los ámbitos mediadores, será necesario contextualizar el concepto de esta joven disciplina y su categoría profesional».

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

domicilio. f) Servicio de comida a domicilio. g) Servicio de centro de día y centro de noche. h) Servicio de atención residencial. i) Servicio de intervención familiar. j) Servicio de centro de día y de centro de noche para menores en situación de riesgo o desprotección moderada. k) Servicio de acogimiento residencial para personas menores de edad en situación de desamparo o de desprotección grave. l) Servicio de Transporte Adaptado desde el domicilio habitual a los Centros de Día/Noche, de Empleo y Ocupacionales. ll) Servicio de Atención temprana. m) Servicio de Atención domiciliaria a las personas en situación de dependencia por Fisioterapeutas y Trabajadores Sociales de los Equipos de Atención Primaria de Salud. n) Servicio de promoción de la autonomía y supresión de las barreras de la comunicación en su relación con la Administración autonómica, en materia de Servicios Sociales (que incluye servicio gratuito de intérprete de lengua de signos española para personas con grave discapacidad auditiva, así como servicio gratuito de mediador en lengua extranjera para personas con grave dificultad de comprensión de la lengua española).

Por último, teniendo presente que la responsabilidad última en la prestación de los servicios sociales recae en los municipios a tenor de la Ley 7/1985 (art. 25), es preciso referirse sumariamente a la oferta de servicios sociales de nivel local. Concretamente, los *servicios sociales de base* engloban la asistencia esencial dispensada a aquellos que se encuentren en situación de necesidad: información y orientación, ayuda a domicilio y otras formas de ayuda doméstica; soluciones alternativas de alojamiento; promoción de la solidaridad y de la cooperación social; o asistencia financiera (en particular, con prestaciones como el salario mínimo a los demandantes de empleo). Las intervenciones de este tipo vienen aseguradas por la llamada «red de base de los servicios sociales municipales», que forma parte del sistema de protección social. Las facilidades disponibles en este terreno se articulan sobre la base de centros de servicios sociales (que ofrecen comidas populares, oficinas de información, estructuras de acogida durante el día, y alojamiento en albergues protegidos), centros de acogida (destinados a personas en situación crítica) y centros de asistencia (residencias para personas en dificultades).

4.4.2. Disponibilidad: el problema de la financiación

La LD afronta con realismo el problema de la financiación de los servicios sociales y, por ende, de la efectividad del derecho al beneficio de los servicios sociales, cuando en su Exposición de Motivos declara de forma lógica que «la financiación vendrá determinada por el número de personas en situación de dependencia y de los servicios y prestaciones previstos en esta Ley, por lo que la misma será estable, suficiente, sostenida en el tiempo y

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

garantizada mediante la corresponsabilidad de las Administraciones Públicas. En todo caso, la Administración General del Estado garantizará la financiación a las Comunidades Autónomas para el desarrollo del nivel mínimo de protección para las personas en situación de dependencia recogidas en esta Ley».

De manera que el derecho a los servicios sociales, lo mismo que la LD, participan ostensiblemente de la filosofía marcada por el artículo 28 DUDH, referente al derecho de toda persona a que «se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos», entre los que se encuentra precisamente el derecho a «los servicios sociales necesarios» (art. 25.1)⁸⁷. Por la misma senda, pero de un modo más matizado, dispone el artículo 2.1 PIDESC que los Estados Partes se comprometen «a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, *hasta el máximo de los recursos de que disponga*, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos». En esta línea se inscribe en cierta medida la propia LD cuando en la disposición final 1ª prevé la «aplicación progresiva de la ley».

El problema, empero, en el caso del Pacto resulta más complejo dado que, pese a su carácter específico y sectorial en materia de derechos sociales, paradójicamente no incluye *expressis verbis* entre los derechos reconocidos el derecho a los servicios sociales. De hecho, llama la atención que el artículo 11 del Pacto, que viene a ser el equivalente al artículo 25 DUDH, omita explícitamente la referencia que éste efectúa al derecho a «los servicios sociales necesarios», por más que ellos sean susceptibles de conexión con el derecho a la Seguridad Social (art. 9 del Pacto), el derecho a la asistencia social (art. 11 del Pacto), o el derecho a la salud (art. 12 del Pacto). Lo que revela esa omisión es precisamente que la financiación de los servicios sociales constituye un verdadero problema.

Ahora bien, la LD, lo mismo que otras Leyes estatales (p. ej., la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior) y las Leyes autonómicas sobre servicios sociales y materias conexas (p. ej., las equiparables en el terreno regional a las Leyes 39 y 40/2006), comparan ese compromiso establecido en el artículo 2 PIDESC consistente en lograr la plena efectividad del derecho a los servicios sociales «por todos los

87. Esta disposición es resaltada por el Comité DESC en su OG 4 («El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud», ap. 2).

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

medios adecuados, incluso, en particular, la adopción de medidas legislativas». Esa misma disposición modera el alcance de tal compromiso en función del «máximo de los recursos de que disponga» cada Estado, cláusula que en los tiempos que corren de crisis económica y financiera es susceptible de ser utilizada como exagerado e irresponsable pretexto para un palmario incumplimiento. Incluso medidas impositivas para afrontar la crisis pueden repercutir directamente en el coste de los servicios sociales y, por ende, proyectar efectos negativos sobre los beneficiarios y sus familiares⁸⁸.

En esta crítica escena, si bien será difícil que el contenido (o, más exactamente, algún contenido o algún subderecho) del derecho a los servicios sociales se haga acreedor en su plenitud de la doctrina de la *irreversibilidad de las conquistas sociales ya conseguidas* (STC 81/1982, FJ 3), sí debe entenderse que deben arbitrarse los mecanismos para que se hagan efectivas las obligaciones financieras de satisfacción de los servicios sociales establecidas en las leyes. En otras palabras, aunque la irreversibilidad de las conquistas sociales parezca lamentablemente hoy por hoy quedar al socaire de las reformas fiscales, lo cierto es que debe, cuando menos, satisfacerse el mandato constitucional de solidaridad entre Comunidades Autónomas y de financiación de éstas⁸⁹.

En congruencia con ello, el no respeto de los compromisos financieros establecidos en la LD, ya sea por parte del Estado, ya por parte de algunas Comunidades Autónomas y, en su consecuencia, el no dar cauce a las pretensiones de aquellos titulares que reúnan los criterios y requisitos para ser beneficiarios de los servicios sociales (o, en su caso, más estrictamente de las prestaciones de dependencia), debe entenderse como una flagrante inconstitucionalidad por omisión, máxime cuando está en juego un derecho subjetivo, como la propia LD lo califica y reconoce: a este respecto, el abusivo silencio de la Administración no podrá jugar en perjuicio de la ciudadanía

88. Léase MORÁN: «La subida del IVA costará 130 millones más a los dependientes», diario *El País*, 10 de marzo de 2010 (<http://www.elpais.com/archivo>): «La subida de un punto del IVA encarecerá las residencias geriátricas, los centros de día, la teleasistencia y la ayuda a domicilio. Todos ellos son servicios que se prestan por la Ley de Dependencia, por los cuales el usuario paga una parte. Ahora pagará más. El sector de la Dependencia ha criticado, además, el ahogo que eso supondrá para los empresarios, cuando estas prestaciones sociales suponen una inmensa cantera de empleo». En la misma línea, es interesante la lectura del reportaje de PRADES, J.: «La dependencia se come la herencia», diario *El País*, 1 de julio de 2010 (<http://www.elpais.com/archivo>): «La larga vida de los ancianos les lleva a invertir el patrimonio en sus cuidados». [...] «Necesitamos casi 3.000 euros mensuales para mantener dignamente a nuestros padres. ¿De dónde los sacamos?».

89. Para una comprensión de los parámetros constitucionales de solidaridad en materia de financiación autonómica, acúdase a VIDAL PRADO, 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

y, por ende, habrá de jugar la figura del silencio positivo, sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración y su obligación de dictar resolución expresa (arts. 42 y ss. LPC). Desde este prisma, el número de expedientes *en stock* constituye uno de los indicadores esenciales (junto a otros como el número de personas atendidas o el montante de las prestaciones concedidas) tomados en consideración por los métodos de evaluación de la calidad de los servicios sociales⁹⁰.

En este caso, las diferencias regionales en la asignación y gestión de los recursos y en el tratamiento de las solicitudes de beneficio de los servicios sociales (especialmente para reconocer y determinar el grado de dependencia) constituyen verdaderos agravios comparativos⁹¹; y, en el caso del derecho a recibir una respuesta dentro de un plazo razonable (como mínimo, según el régimen común previsto en los citados arts. 42 y ss. LPC), además de una exigencia esencial del derecho a una buena administración (art. 41 CDF y algunos preceptos análogos en las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía⁹²), afecta en nuestro caso al contenido mínimo del derecho al acceso y beneficio de los servicios sociales. Se trata, en suma, de un derecho fundamental de la ciudadanía, y de una correlativa obligación de buena administración para los poderes públicos, exigible como parte del derecho fundamental al beneficio de los servicios sociales ante la jurisdicción conten-

90. Véase el monográfico *La qualité dans les services publics sociaux/Quality in public social services*, Luxembourg, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2001.

91. Véase el artículo «Un posible recorte de las ayudas a la Dependencia divide a las Autonomías», diario *El País*, 24 de marzo de 2010 (<http://www.elpais.com/archivo>): «la Ley de Dependencia nació con una memoria económica para 2007, su primer año de aplicación, de 400 millones, justo los que se ejecutaron finalmente. Pero el resto de los ejercicios hubo que superar esa cantidad, porque las previsiones de los dependientes que entrarían en el sistema se vieron desbordadas, no tanto en número, cuanto en grado de dependencia. Había que pagarles más porque eran grandes dependientes. En 2010, los 1.160 millones de la memoria económica han pasado a 1.671. Y las Comunidades están obligadas a cofinanciar. La ley se redactó en un momento de superávit, pero la crisis se le ha echado encima y con ella, las críticas a su financiación. Los planes de recorte en servicios sociales planteados en el Consejo de Política Fiscal renuevan ese conflicto y encuentran enfrente la opinión de sus colegas de Asuntos Sociales. Pero el debate volverá quizá a ser baldío, porque se desconocen datos básicos como son los recursos que cada comunidad ha aportado a este nuevo sistema de protección social desde su implantación».

92. A título de ejemplo, art. 9 del nuevo Estatuto valenciano (LO 1/2006), o art. 31 del nuevo Estatuto andaluz (LO 2/2007). En la doctrina, SÖDERMANN, 2001. De manera más exhaustiva, TOMÁS MALLÉN, 2004. Siguiendo el ejemplo del Código europeo de buena conducta administrativa, algunos Defensores del Pueblo autonómicos en España han impulsado análogos códigos en el ámbito regional respectivo (p. ej., el 17 de diciembre de 2004, el *Valedor do Pobo* de Galicia).

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

cioso-administrativa: de hecho, al margen del recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo frente a la ley autonómica valenciana que configuró el silencio como negativo en este tipo de solicitudes en contraste con la idea de derecho subjetivo previsto por la LD y los efectos positivos del silencio en procedimientos iniciados a solicitud de interesado según el artículo 43.2 LPC⁹³, ya ha habido un Tribunal Superior de Justicia que ha reconocido ese silencio positivo en aplicación de la LPC (solución que en buena lógica debería ser confirmada en casación por el Tribunal Supremo y servirá eventualmente para unificar doctrina en todo el territorio estatal): en particular, la Sentencia del TSJ de Madrid de 9 de octubre de 2009⁹⁴.

A nuestro entender, la idea de irreversibilidad de las conquistas sociales o de *progresividad de los derechos sociales* debe jugar, siquiera, con carácter relativo, en el sentido de que las pretensiones que ha originado el legislador (sobre todo, tras la LD) y la práctica administrativa o judicial congruentes con el mandato legislativo, cuando menos impedirá la supresión de dichas pretensiones, admitiendo a lo sumo una modulación no arbitraria (vedada por el art. 9.3 CE)⁹⁵.

-
93. En concreto, la norma autonómica objeto de controversia es la Ley 15/2007, de la Generalitat, de Presupuestos para el ejercicio 2008, que establece en su DA 11ª la desestimación por silencio administrativo de las solicitudes de reconocimiento de la situación de dependencia y de las prestaciones pertinentes para las personas dependientes. Además de las críticas dirigidas por organizaciones de la sociedad civil, el Defensor del Pueblo español formuló en marzo de 2008 contra la polémica disposición el citado recurso de inconstitucionalidad (pendiente de resolución al concluir el presente estudio) y, por su lado, el Comité Económico y Social de la Comunitat Valenciana instó en octubre de 2008 al Ejecutivo autonómico a promover una modificación legislativa que hiciera imperar el silencio positivo.
94. STSJ de Madrid nº 1848 (Sala contencioso-administrativa, Sección 8), de 9 de octubre de 2009, dictada en el recurso nº 76/2009 formulado por la Asociación de Minusválidos de Alcorcón contra la Orden 2386/2008, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades. En dicha Sentencia, el TSJ de Madrid falla estimar parcialmente el recurso, anulando y dejando sin efecto el art. 5 de la Orden litigiosa al regular el «plazo para resolver el procedimiento de reconocimiento de grado y nivel de dependencia» y disponer que «transcurrido este plazo sin resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada», entendiéndolo que ello es contrario «a lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, debiendo entender estimada la solicitud en tal circunstancia».
95. Aun cuando el mandato social de configuración sea compatible con cierto grado de modificación o reducción, en contra de esa supresión de las pretensiones originadas sobre la base de los derechos sociales se pronuncia BÖCKENFÖRDE (1993, p. 78). Entre nosotros, ya a los pocos años de vigencia de la Constitución de 1978 se apuntó que los niveles de protección reconocidos a determinados sectores sociales (a través de los diversos institutos diseñados y puestos en marcha por la Seguridad Social o la legislación laboral, p. ej.) constituirían pasos hacia una meta futura y, por tanto, su

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En estas coordenadas, la LD establece unos mecanismos de financiación del sistema de servicios sociales (art. 31), del mismo modo que lo hacen las leyes autonómicas⁹⁶. En realidad, en materia de servicios sociales, la cuidadosa redacción de las leyes (desde la perspectiva de la técnica legislativa) se impone con especial rigor en términos de *factibilidad* (coste económico de las leyes para su real aplicabilidad). Cuando no se prevea el suficiente soporte financiero, ya sea según las previsiones de la Ley estatal o autonómica sobre servicios sociales, ya sea en las partidas de las leyes (estatal o autonómicas) de presupuestos⁹⁷, quedará justificado con creces cuando esté en juego el derecho al beneficio de los servicios sociales el recurso al establecimiento mediante ley de créditos adicionales al efecto: verbigracia, la Ley extremeña 3/2000, de 29 de junio, de Concesión de Suplemento de Crédito, para la financiación de la campaña de vacunación masiva contra la meningitis C y de otros gastos en materia de servicios sociales.

En el fondo del problema de la financiación, como es fácil deducir, subyace un considerable riesgo de politización, que guarda relación con el carácter asimétrico de nuestro Estado de las Autonomías y la necesidad de «articular una política protectora universal con el marco competencial actual de servicios sociales y sanitarios», habiéndose sugerido una política estatal consensuada de servicios sociales similar al consenso que se alcanzó en política de pensiones⁹⁸. Ese consenso en materia de servicios sociales, como se

modificación debería efectuarse en sentido favorable a las personas afectadas y en el marco de los mandatos constitucionales; teniendo presente, a estos efectos, que la Constitución abogaría por la irreversibilidad de las medidas del progreso social: así, LÓPEZ GUERRA, 1983, p. 348.

96. Véase el estudio de UTRILLA DE LA HOZ, 2007, pp. 135-160.

97. A título de ejemplo, la DA 61^a (aps. 1 y 2) de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, estableció la creación de un Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia cuyo objeto es prestar apoyo financiero a las empresas que lleven a cabo actividades en el sector, con una dotación para el ejercicio 2009 aportada por el Ministerio de Sanidad y Política Social, y desembolsada y transferida a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI); dicho Fondo se establece sin personalidad jurídica y por un plazo de diez años (apartados 5 y 6 de la citada DA de la Ley 2/2008).

98. Al respecto, DEFENSOR DEL PUEBLO, 2000, esp. pp. 298-300: «hay que constatar, como en otros aspectos de la política social, las diferencias existentes en el desarrollo de los programas asistenciales para personas dependientes en las comunidades autónomas objeto de análisis tanto en lo que se refiere a sus orígenes (sanitario en unos casos, social en otros) como en lo tocante a los recursos y madurez de los programas y al distinto papel del sector público y privado en la gestión del problema. La consolidación de sistemas autonómicos de servicios sociales y la transferencia de los servicios sanitarios aumentan esas diferencias y dificulta la materialización de una política de Estado deseable en un problema como el de la dependencia. [...] En este punto hay que asumir la inevitable diferencia entre programas y modelos, que responden a

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

dijo, fue prácticamente unánime en sede parlamentaria estatal con motivo de la aprobación de la LD. Sin embargo, el consenso en la aprobación de la ley a nivel estatal no ha ido de la mano de una paralela aceptación unánime en el ámbito autonómico⁹⁹, ni en su aplicación efectiva, a cuenta de la politización de la financiación del sistema de servicios sociales: así, el cumplimiento de la LD ha tropezado con las tensiones entre los colores políticos diversos de los Gobiernos estatal, autonómicos y locales. Por ello, se incide en la necesidad de corresponsabilidad como inspiradora del modelo de financiación¹⁰⁰. A tal efecto, mediante la Resolución de 15 de junio de 2011 del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se publicó el Acuerdo por el que se actualizan las variables previstas en el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2010-2013 del nivel acordado previsto en la LD.

En última instancia, la regresión vulneradora del derecho fundamental al beneficio de los servicios sociales en España se percibe, no tanto en ausencia de recursos disponibles, sino en la falta de equidad territorial con la que

cursos históricos e institucionales de muy distinto origen y, sobre este hecho, llegar a definir una política general que haga del derecho a la protección de la dependencia un derecho subjetivo en toda España. Ello supondría la elaboración y aprobación de una ley básica de protección social con arreglo a la cual se desarrollen los diferentes modelos territoriales, a la vez que se reforman las actuales leyes de servicios sociales para asumir el citado derecho subjetivo. Ello, sin duda, exige una decidida política de consenso al mismo nivel que lo es la política de pensiones en el Pacto de Toledo».

99. También es cierto que la politización se manifiesta no sólo en la conflictividad, sino en negociaciones (con peso financiero nada despreciable) conducentes, p. ej., a la retirada de recursos jurisdiccionales: baste mencionar, para ilustrarlo, los AATC 22/2008 y 79/2008, en donde se acuerda el desistimiento de sendos recursos de inconstitucionalidad (n° 2250 y 2313 de 2007, respectivamente) planteados inicialmente por la Comunidad Foral de Navarra y por el Parlamento de Navarra frente a diversos preceptos de la LD. Véase asimismo la Resolución de 17 de noviembre de 2009, de la Secretaría General de Política Social, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Política Social, a través del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, y la Comunidad Foral de Navarra, por el que se transfieren créditos previstos en el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo regulado por Real Decreto-ley 9/2008, destinados a actuaciones vinculadas con la atención a la dependencia.
100. Para MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, y GONZÁLEZ DE PATTO (p. 245): el modelo de financiación debe tener como principio cardinal el de corresponsabilidad a partes iguales de los ingentes costes del Sistema, entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los titulares del derecho, de forma que el sistema tenga garantizadas tres exigencias que, en el plano financiero, son inexorables para su implantación: suficiencia del sistema de financiación para cubrir la intensidad protectora requerida por la población estimada a asistir, estabilidad del sistema y continuidad de la provisión.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

se distribuyen o no las partidas presupuestarias con destino a las personas beneficiarias de dichos servicios¹⁰¹. En esta línea, y a tenor del artículo 149.1.1ª CE, la Administración General del Estado debe hacer efectivas a las Comunidades Autónomas las cantidades que procedan en concepto de nivel mínimo de protección garantizado, en función del número de beneficiarios reconocidos en situación de dependencia con derecho a prestaciones, teniendo en cuenta para ello su grado y nivel y la fecha de efectividad de su reconocimiento¹⁰².

4.4.3. Universalidad

La universalidad constituye, junto a la alta calidad y la sostenibilidad en el tiempo de los sistemas de protección social, uno de los tres criterios básicos a tener en cuenta en este terreno, según decidió la Unión Europea en 2002 bajo presidencia española (así se recuerda en la Exposición de Motivos de la LD). En una primera aproximación, la universalidad se asocia a la titularidad del derecho a los servicios sociales, que pueden ser disfrutados por toda persona. Si el derecho a la Seguridad Social ha dejado en su evolución de ser tributario de una *visión laboralizada* (por referencia exclusiva a los trabajadores en un primer momento) para devenir un derecho de titularidad universal, los servicios sociales han caminado por esa misma senda, dejando de ser servicios de *concepción precarizada* para convertirse en *servicios de calidad* para el conjunto de la sociedad en una democracia avanzada¹⁰³.

La LD es consistente con esta idea, al proclamar expresamente en el artículo 3.b) que se inspira, entre otros principios, en «la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley». Con análogo enfoque, entre los derechos de las personas en situación de dependencia, el artículo 4.2.k) LD reconoce el derecho «a la igualdad de

101. En este contexto, puede leerse la Resolución de 15 de julio de 2010, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de julio de 2010, por el que se aprueba el marco de cooperación interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2010-2013 del nivel acordado, previsto en la LD (BOE nº 176 de 21 de julio de 2010).

102. Art. 4.1 del RD 614/2007, en la redacción dada por el RD 99/2009.

103. ROLDÁN, y GARCÍA GIRÁLDEZ, 2006: las autoras se muestran críticas con el sistema de servicios sociales en clave de universalidad, pues entienden que las políticas públicas en este terreno no han conseguido crear un verdadero sistema universal que además sea equitativo y con la suficiente autonomía financiera para proporcionar una cobertura real a determinados sectores de la población, mostrándose en suma muy reticentes con respecto a la influencia de las corrientes neoliberales y privatizadoras.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

oportunidades, no discriminación y *accesibilidad universal*, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley».

Las leyes regionales en la materia también participan de esa idea. Así, si nos fijamos en tres de las más recientes, constatamos que la Ley Foral navarra 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales declara en su parte expositiva que se acomete «una nueva regulación a través de una norma que reconozca la universalidad en el acceso a los servicios sociales». La Ley cántabra 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales expresa que con ella se pretende «la universalización de la protección social, lo que supone extender las actividades de prevención, promoción, tutela, intervención, incorporación e inclusión a todas las clases sociales. La Ley propugna un cambio paradigmático que, inspirado por la ciencia del trabajo social, sustituye los criterios de beneficencia por criterios de reconocimiento de nuevos derechos de ciudadanía alentados en los valores del texto Constitucional, y supera el ámbito de actuación dedicado prioritariamente a las situaciones de pobreza, exclusión y desprotección, marcándose el objetivo de contribuir al bienestar de todas las personas y el pleno desarrollo comunitario». Y la Ley vasca 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales expresa en el Preámbulo que su elemento central es la declaración del derecho subjetivo a los servicios sociales, constituido en un derecho de ciudadanía, creándose al mismo tiempo el «Sistema Vasco de Servicios Sociales», que pretende constituirse en un pilar de lo que la Ley decide denominar «Estado de Bienestar vasco» al configurarse como un mecanismo de responsabilidad pública y de cobertura universal, dirigido a toda la población.

Expresado lo cual, la problemática más delicada suscitada por la cuestión de la universalidad tiene que ver con la extensión del derecho al beneficio de los servicios sociales a las personas extranjeras (*infra*, 5.1.1), especialmente a la hora de salvaguardarlo en condiciones de igualdad en el contexto actual de crisis económica y financiera. En este sentido, se ha observado que el análisis «acerca del acceso, utilización y eficacia de los servicios públicos por parte de la población inmigrante, remite a una cuestión directamente relacionada con la garantía de los derechos sociales», puesto que «las personas inmigrantes conforman un grupo que, generalmente, accede en menor medida al ejercicio de estos derechos, debilitados también para la población autóctona en un contexto de crisis de legitimidad del Estado de Bienestar»¹⁰⁴.

4.4.4. Accesibilidad y coste de los servicios

La accesibilidad económica o asequibilidad está en estrecha relación con

104. MORA CASTRO, pp. 26-27.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el coste de los servicios sociales, a lo que atiende no sólo la regulación de la financiación del sistema, sino sobre todo a la medida en que los titulares del derecho deben contribuir a sufragar las prestaciones pertinentes. En otras palabras, la accesibilidad efectiva a los servicios sociales depende no sólo de las condiciones personales de los beneficiarios, sino también de la capacidad económica de éstos, lo cual guarda conexión a su vez con la realización de la justicia redistributiva que es consustancial al principio de igualdad material. Realmente, el reconocimiento de un derecho (incluso con la nota de universalidad, como sucede con el derecho al beneficio de los servicios sociales) no debe comportar inexorablemente su gratuidad, sino más exactamente su asequibilidad. Hasta el presente, no ha sido fácil consensuar y arbitrar una fórmula equitativa (copago por nivel de renta u otra) en el terreno de algunos servicios públicos (señaladamente, el ámbito sanitario y las prestaciones farmacéuticas), por diversas causas relacionadas con el coste del sistema de gestión, el riesgo de fraude, etc.; sin embargo, no cabe descartar este tipo de fórmulas en los tiempos de austeridad económica que se imponen, siquiera con objeto de concienciar a los potenciales usuarios o beneficiarios (esto es, al conjunto de la ciudadanía) del coste de dichos servicios públicos.

La LD no es ajena a esta realidad y, por ello mismo, prevé en su artículo 33 la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones comprendidas en el derecho al beneficio los servicios sociales. Esa participación en la financiación de las prestaciones se efectuará «según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal», una capacidad económica del beneficiario que «se tendrá también en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas». El mismo artículo 33 establece *a fortiori* que «ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos»; pese a ello, algunos autores han considerado que esta suerte de copago desnaturalizaría en parte el carácter de derecho subjetivo social universal¹⁰⁵.

Por su parte, ya las primeras (y también las más recientes) leyes de las Comunidades Autónomas sobre servicios sociales han previsto la participación de los usuarios o beneficiarios en la asunción del coste de los servicios. Por ejemplo, en el caso de Navarra, la anterior Ley Foral 14/1983, de 30 de marzo, de Servicios Sociales, disponía en su artículo 13 que en el capítulo de ingresos se debían consignar las tasas o tarifas a abonar por los usuarios por la prestación de los servicios; la sucesora Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales establece nuevamente en su artículo 14 las aporta-

105. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, y GONZÁLEZ DE PATTO, p. 239.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

ciones de los usuarios de servicios. En algunos supuestos, además, se ha previsto en normativa sectorial una aportación para prestaciones y titulares específicos, como lo demuestra la Ley Foral 17/2000, de 29 de diciembre, reguladora de la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en Centros para la Tercera Edad.

4.4.5. Continuidad

Como es lógico, el disfrute del derecho a los servicios sociales se prolonga en el tiempo tanto como el beneficiario siga reuniendo las condiciones que dieron lugar a su acceso. El mantenimiento en un grado concreto de dependencia requiere acreditar que la persona beneficiaria necesita una continuidad de la o las prestaciones: así, por ejemplo, el artículo 26.1.c) LD dispone que la situación de gran dependencia (grado III) comporta, entre otras cuestiones, la necesidad de «apoyo indispensable y *continuo* de otra persona». De igual manera, el servicio de atención residencial previsto en el artículo 25 de la misma LD ofrece «*servicios continuados* de carácter personal y sanitario».

Comprensiblemente, la continuidad de los servicios sociales acarrea una supervisión permanente por parte de los organismos competentes, lo cual se articula a través del denominado «programa individual de atención» (art. 29 LD), mediante el que se determinan las modalidades de intervención «más adecuadas a las necesidades de los beneficiarios de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente». Esta disposición nos permite incidir nuevamente en la faceta del derecho al beneficio de los servicios sociales como derecho de libertad, es decir, la libertad de elegir y someterse a determinada intervención.

Por estos mismos motivos, puede ser revisado tanto el programa individual de atención (según el art. 29, a instancia del interesado y de sus representantes legales, de oficio, o con motivo del cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma), como el propio grado o nivel de dependencia y la prestación reconocida (art. 30 LD): en este segundo supuesto, el grado o nivel de dependencia es revisable a instancia del interesado o de sus representantes, o de oficio por las Administraciones Públicas competentes, ya sea por mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia, ya sea por error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo. La revisión puede tener una doble manifestación, o sea, la modificación o la extinción de la situación de dependencia «cuando se produzca una variación de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones» legales. Si se nos permite la comparación, en el caso de las personas que accedan a la jurisdicción mediante el beneficio de la justicia gratuita, pueden verse compelidas a sufragar los gastos procesales correspondientes en el caso de que vinieren a mejor fortuna en los términos previstos por la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰⁶.

La contrapartida de la inevitable supervisión que realizan las Administraciones competentes para evitar el *abuso del derecho al beneficio de los servicios sociales* (o, en su caso, el disfrute indebido de buena fe de tal derecho) se manifiesta en el derecho de los beneficiarios «a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y *continuada* relacionada con su situación de dependencia» [art. 4.2.b) LD].

4.4.6. Calidad

La plenitud del ejercicio del derecho a los servicios sociales es directamente proporcional a «la calidad y eficacia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» (Título II de la LD), y se proyecta en una doble dirección: de un lado, la calidad (en general) del sistema de servicios sociales; y, de otro lado, la calidad (en particular) de las concretas prestaciones. La LD fija los criterios básicos de esa doble manifestación de la calidad de los servicios sociales.

En el artículo 34 regula la calidad en el sistema «con el fin de asegurar la eficacia de las prestaciones y servicios», de modo que en el ámbito del Consejo Territorial, la Administración estatal y las Administraciones regionales fijan unos criterios comunes de acreditación de centros y planes de calidad del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que se concretan al menos en los siguientes elementos: a) Criterios de calidad y seguridad para los centros y servicios. b) Indicadores de calidad para la evaluación, la mejora continua y el análisis comparado de los centros y servicios del Sistema. c) Guías de buenas prácticas. d) Cartas de servicios, adaptadas a las condiciones específicas de las personas dependientes, bajo los principios de no discriminación y accesibilidad¹⁰⁷.

106. En conexión con la LECiv, el art. 36.2 LAJG prevé la posibilidad de que la persona que hubiera obtenido «declaración de justicia gratuita» sea condenada en costas; en estos casos, sólo procede el abono de las costas cuando el condenado a ellas viniere a mejor fortuna dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso, con lo cual cuando se le requiere al pago de las costas tendrá que acreditar por declaración de renta o cualquier otro documento que permanece en la misma situación económica que le permitió obtener esa declaración de justicia gratuita.

107. Léase la Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, mediante la que se publicó el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y aten-

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

En lo que concierne a la concreta calidad en la prestación de los servicios sociales, el artículo 35 prevé que el Consejo Territorial acuerde el establecimiento de «estándares esenciales de calidad para cada uno de los servicios que conforman el Catálogo». Además, los centros residenciales para personas en situación de dependencia han de disponer de un reglamento de régimen interior que regule su organización y funcionamiento, que incluya un sistema de gestión de calidad y que establezca la participación de los usuarios, en la forma que determine la Administración competente. Y, sobre todo, se insiste en la cualificación del personal que trabaje directamente en la procura de los servicios sociales, atendándose de manera específica «a la calidad en el empleo así como a promover la profesionalidad y potenciar la formación en aquellas entidades que aspiren a gestionar prestaciones o servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia».

La normativa autonómica sobre derechos sociales ha incidido en esta apuesta por la calidad, en algunos casos con leyes específicas o autonómicas de calidad de los servicios sociales: tal es el caso, por ejemplo, de la Ley riojana 3/2007, de 1 de marzo, de Calidad de los Servicios Sociales, en la que se incluye una serie de «programas de calidad»: de planificación; de evaluación; de mejora; de normalización y estandarización de la prestación del servicio; de análisis de la demanda y grado de satisfacción del ciudadano; de cartas de compromiso y/o servicio; de quejas y sugerencias; programas y protocolos específicos para centros propios; de acreditación de centros con plazas concertadas o que tengan suscrito un contrato de gestión de servicios públicos; y programas específicos de gestión del conocimiento. Para supervisar el cumplimiento efectivo de esos programas se crea en el ámbito de la Consejería competente en materia de servicios sociales una «Comisión de calidad».

5. SUJETOS

5.1. TITULARES

5.1.1. Nacionales y extranjeros

Siendo la titularidad del derecho a los servicios sociales uno de los elementos básicos que configuran su estructura jurídica, la LD dedica una dispo-

ción a la dependencia, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sición específica a esta cuestión¹⁰⁸. En este sentido, el artículo 5 (cuya rúbrica es, precisamente, *titulares de derechos*) contempla expresamente la titularidad de los nacionales (ap. 1) y de los extranjeros (ap. 2) y, en el primer caso, tanto de los españoles que se encuentren en el exterior (ap. 3) como de los retornados (ap. 4)¹⁰⁹.

En concreto, en lo que atañe a los nacionales, el artículo 5.1 dispone que «son titulares de los derechos establecidos en la presente Ley los españoles que cumplan los siguientes requisitos: a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos. b) Para los menores de tres años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera¹¹⁰. c) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el período de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia». Como complemento de lo anterior, el apartado 3 del propio artículo 5 prevé que «el Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España» y, en idéntica línea, el apartado 4 de la misma disposición señala que «el Gobierno establecerá, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados».

-
108. Un enfoque exhaustivo sobre los titulares en ALEMÁN BRACHO y otros, 2005: en el libro, tras el estudio de los anclajes jurídicos y políticos (en especial, la Constitución de 1978 y las leyes autonómicas sobre servicios sociales) se analiza con detalle la protección a la familia, jóvenes, mayores, personas con discapacidad o inmigrantes, todo ello en el marco del «pluralismo del bienestar», en el que intervienen el Estado, el mercado o el tercer sector.
109. Para un análisis específico de la controvertida cuestión de la exportabilidad de las prestaciones, puede leerse TARABINI-CASTELLANI AZNAR, 2009, pp. 197 y ss.
110. La DA 13^a (*protección de los menores de 3 años*) presenta el siguiente contenido: «1. Sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años acreditados en situación de dependencia. El instrumento de valoración previsto en el art. 27 de esta Ley incorporará a estos efectos una escala de valoración específica. 2. La atención a los menores de 3 años, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, se integrará en los diversos niveles de protección establecidos en el art. 7 de esta Ley y sus formas de financiación. 3. En el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se promoverá la adopción de un plan integral de atención para estos menores de 3 años en situación de dependencia, en el que se contemplen las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias, para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales».

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Estos dos últimos supuestos significan, al tiempo, un desarrollo constitucional del artículo 42 CE, a tenor del cual «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno». Como se apuntó, esta disposición constitucional ha conocido un desarrollo reciente tanto en el plano estatal (Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior) como en el regional¹¹¹.

Por otra parte, en lo que afecta a los extranjeros, el apartado 2 del artículo 5 de la Ley establece que «las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se regirán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales». En realidad, las situaciones en las que se pueden encontrar los extranjeros son diversas, existiendo en algunos casos normativa sectorial específica que obliga a extremar el trato digno de acogida: es el caso de los solicitantes de asilo (Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros), como bien ha destacado el Defensor del Pueblo español¹¹².

En verdad, debemos criticar que hasta la reciente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, se había producido una adaptación insuficiente y hasta cierto punto ficticia de la citada Directiva al ordenamiento español. Así, se había procedido a dar un cumplimiento provisional a esta Directiva mediante el Reglamento de extranjería (RD 2393/2004)¹¹³. Bajo tal ángulo, esa adaptación provisional demoró formalmente un procedimiento de infracción ante las instituciones de la Unión Europea; a buen seguro, la adaptación debía ser más sustancial, y así se ha recogido en la Ley 12/2009 [arts. 30 y 36.1.f)], que ya no podía contener (como hacía el art. 2.2 de la anterior Ley 5/1984) una simple referencia a que la asistencia social y económica de los refugiados será la que reglamentariamente se determine. De igual modo, y de manera más explí-

111. Un interesante análisis de la Ley 40/2006 y de las leyes autonómicas en la materia en VICENTE PALACIO, 2010.

112. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2005, en particular, p. 239.

113. BOE n° 6, de 7 de enero de 2005. En el Preámbulo del RD 2393/2004 se indica expresamente que «con el fin de adaptar su contenido a lo dispuesto por la Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

cita, la nueva Ley de asilo de 2009 ha pretendido hacerse eco de la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida¹¹⁴. Como dato interesante, tanto la Directiva 2003/9/CE (art. 24) como la Directiva 2004/83 (art. 36) insisten en la necesidad de contar en los Estados miembros con personal cualificado para atender a las personas que entran en el ámbito de aplicación de ambos actos jurídicos de la Unión lo que, por tanto, se extiende al personal que trabaja en materia de servicios sociales.

Mas, volviendo al régimen general de extranjería, la mencionada Ley Orgánica 4/2000 reconoce específicamente el derecho a los servicios sociales en su artículo 14¹¹⁵. A la luz de dicha disposición, se ha reseñado que «la norma diferencia claramente dos regímenes de prestación, los servicios sociales específicos para la población en situación regular y los servicios sociales básicos y generales para toda la población con independencia de su situación administrativa»¹¹⁶. Sobre la cuestión de la situación administrativa, en conexión con el padrón municipal, volveremos inmediatamente. Sin embargo, una problemática de mayor enjundia viene determinada por el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas: y, a este respecto, es evidente que, sobre ser estatal la competencia exclusiva en materia de extranjería y en el nivel básico relativo a la inmigración y a los servicios sociales, no cabe desconocer la correlativa competencia autonómica exclusiva en el diseño y desarrollo de los servicios sociales. De hecho, es fácil constatar cómo la legislación autonómica sobre servicios sociales no elude aspectos que entroncan directamente con la titularidad y el ejercicio del derecho de acceso a tales servicios. Por tal motivo, resulta totalmente pertinente acotar el margen de configuración del legislador autonómico, con objeto de no dejar vacía de contenido la ley estatal de extranjería a través del establecimiento de requisitos desproporcionados de permanencia en el territorio español o de obtención de la documentación pertinente¹¹⁷.

El reseñado artículo 14 de la Ley Orgánica 4/2000, que a su vez representa una novedad y evolución positiva con respecto a la precedente y ya

114. Véanse, en especial, los arts. 28 (*asistencia social*), 29 (*atención sanitaria*), 31 (*acceso a la vivienda*) y 33 (*acceso a instrumentos de integración*) de dicha Directiva, cuyo plazo de incorporación al Derecho interno concluyó el 10 de octubre de 2006 en virtud de su art. 38.

115. Una exhaustiva exégesis de dicha disposición en IÑIGUEZ FERNÁNDEZ (2000); USÚA PALACIOS (2001); AZNAR LÓPEZ (2001); o RUEDA VALDIVIA (2006).

116. CAICEDO CAMACHO, p. 469.

117. *Ibidem*, pp. 475-476.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

abrogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de extranjería¹¹⁸, no se vio afectada por la modificación restrictiva introducida a través de la Ley Orgánica 8/2000, que ha sido declarada inconstitucional en una medida apreciable por la STC 236/2007, al entender el Alto Tribunal que esa Ley Orgánica 8/2000 había procedido a «rebajar» injustificadamente el contenido de algunos derechos en perjuicio de los extranjeros, en un mal entendimiento de la titularidad de tales derechos.

Si ni la Ley Orgánica 8/2000 ni, por ende, la STC 236/2007, han afectado al derecho a los servicios sociales, ello significa, en una lectura deductiva, que tal derecho se concibe como inherente a la dignidad de la persona (*supra*, 3.1). De cualquier manera, en la praxis pueden producirse zonas de penumbra. Particularmente, con motivo de otra modificación posterior de la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería (mediante la LO 14/2003) debe recordarse que se introdujo el riesgo de afectación al ejercicio efectivo del derecho a los servicios sociales, al provocarse indirectamente una especie de «dumping social» a nivel municipal, dado que ante la disposición que preveía la transmisión de datos del padrón municipal de extranjeros a las fuerzas y cuerpos de seguridad, unos Ayuntamientos adoptaron la actitud de no facilitar esa transmisión, mientras otros sí lo hicieron. En el supuesto de los primeros, se produjeron los contenciosos interadministrativos correspondientes (municipio frente a Delegación de Gobierno afectada)¹¹⁹.

Ello no obstante, en tal supuesto, no se trataba (ni se trata) sólo de un

-
118. Recuérdese que la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, básicamente se limitaba a recoger derechos de carácter civil y político (y, además, con alcance restrictivo, como vino a sancionarse con la STC 115/1987), siendo la introducción del catálogo de derechos sociales a nivel legislativo una novedad de la LO 4/2000 (que, justamente, en su título añadió el inciso «y su integración social»); en el período intermedio entre la Ley de 1985 y la de 2000 se introdujo un primer catálogo de derechos sociales por vía reglamentaria (mediante el ya derogado Reglamento de ejecución aprobado mediante RD 155/1996). Este decurso de la legislación de extranjería, en materia de derechos sociales puede leerse en MENDOZA NAVAS, 2005.
119. Con respecto a la inscripción en el padrón, es interesante traer a colación la Resolución de 21 de julio de 1997 (BOE de 25 de julio) mediante la que se dispone la publicación de la Resolución del 4 de julio anterior de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Territorial por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del padrón municipal, a tenor de la cual el Ayuntamiento debe proceder a la inscripción sin realizar «ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos», no siendo misión del padrón «controlar los derechos de los residentes», puesto que «la inscripción padronal no es acto administrativo idóneo para que de él se extraigan consecuencias jurídicas ajenas a su función». Una crítica sobre estos aspectos de la citada Resolución, SOLANES CORELLA, y CARDONA RUBERT, 2005, pp. 88-89.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

problema cívico-político de protección de la intimidad sino, ante todo, de un problema de acceso a los servicios y prestaciones sociales, puesto que para acceder a éstos es preciso la inscripción en el padrón, empadronamiento al que no querrán someterse muchos extranjeros no comunitarios para evitar poner en evidencia la irregularidad y ser expulsados: a estos efectos, desde algunas instituciones se propuso, como medida de acceso a las prestaciones sociales básicas de los extranjeros que se encontraran en tal situación, que se procediera por las Áreas competentes de los Ayuntamientos a realizar las indagaciones pertinentes para elaborar una especie de «empadronamiento de hecho» constatando la residencia o domicilio habitual de los inmigrantes indocumentados¹²⁰; así se hizo por el Defensor del Pueblo Andalúz, como garantía no jurisdiccional del derecho a los servicios sociales¹²¹. Por otro lado, una vez asentados en España, resulta del mayor interés que las disfunciones susceptibles de ser generadas por la difícil asunción del multiculturalismo sean atajadas por instrumentos pedagógicos que favorezcan la inclusión social (ya desde la infancia)¹²², empezando por unas fluidas relaciones entre los servicios públicos educativos y los servicios públicos sociales¹²³.

5.1.2. ¿Titularidad de personas jurídicas y de colectivos?

Si con anterioridad hemos sostenido (*supra*, 3.1 y 5.1.3) que el derecho

120. Como ha expuesto SERRANO GARCÍA (2008, p. 235): «la actuación sobre los inmigrantes no puede quedarse únicamente en la esfera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, sino que han de intervenir también las corporaciones locales, las cuales, no se olvide, tienen legalmente encomendadas competencias en materia de gestión de vivienda, de la atención primaria de salud, servicios sociales y de promoción y reinserción social, y similares, de conformidad con lo establecido en la [LBRL]. En este sentido cabe manifestar que nuestro Derecho actual sigue la orientación de siglos anteriores, cuando se encomendaba la atención de los extranjeros pobres a las villas y lugares por donde se les concedía licencia de paso». La misma autora ha efectuado un análisis más amplio en SERRANO GARCÍA, 2006.
121. Así se destaca en el Informe 2002 del Defensor del Pueblo Andalúz al Parlamento Andalúz. En esta misma línea se inscribe la Recomendación del Defensor del Pueblo Español sobre denegación del carné de transporte interurbano gratuito para pensionistas, discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales con una incapacidad del 33 por 100 por razón de nacionalidad, recogida en *Informe 2006*, pp. 1250-1251.
122. Léase CARBONELL, 1997.
123. *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, 2003. En sus recomendaciones (vol. I, p. 270), dice el Ombudsman: «La actuación coordinada y la cooperación entre los servicios sociales que actúen en el ámbito de influencia de los centros educativos que escolaricen alumnado de origen inmigrante y dichos centros, así como la elaboración de planes conjuntos de intervención tendentes a paliar las carencias o dificultades que padezcan estos alumnos y sus familias en orden a su integración, debe ser potenciada tanto por las autoridades educativas como por las responsables de dichos servicios sociales».

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

al beneficio de los servicios sociales se concibe como inherente a la dignidad de la persona, la conclusión en torno a la posible titularidad de personas jurídicas y de colectivos es harto sencilla, lógicamente en sentido negativo. Es decir, no existe un derecho de las personas jurídicas a los servicios sociales (no se trata de un ejercicio de autonomía de la voluntad que forme parte integrante del derecho a los servicios sociales, a diferencia de otros enfoques como la libre creación de centros docentes en el marco de la libertad de enseñanza, sino del ejercicio de otros derechos que tienen que ver con la libertad de empresa). Tampoco existe un derecho colectivo a los servicios sociales (ni tan siquiera un derecho individual de ejercicio colectivo, aunque ciertamente se creen asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro cuyo fin social sea la satisfacción del acceso y beneficio de los servicios sociales)¹²⁴.

En esta línea, la cuestión de la titularidad de personas jurídicas y de colectivos con relación a los servicios sociales debe analizarse más bien en términos de participación ciudadana en la creación y en el mantenimiento de los servicios sociales, según el enfoque previsto por el artículo 14.2 CSE. Así, según la jurisprudencia del CEDS «el art. 14.2 impone a los Estados la obligación de apoyar a las organizaciones benéficas que intenten crear servicios sociales. Ello no implica que se establezca una modelo uniforme: los Estados pueden perfectamente perseguir dicho objetivo a través de vías diferentes, de modo que unos pueden dar preferencia a servicios sociales gestionados conjuntamente por organismos públicos, entidades privadas y asociaciones benéficas, mientras otros pueden preferir dejar completamente en manos del sector asociativo la función de organizar algunos servicios. Los "individuos y organizaciones benéficas o de otra clase" a que se refiere el apartado 2 incluyen el sector asociativo, los particulares y las entidades privadas»¹²⁵.

Bajo tal ángulo, el CEDS tiende a examinar el mandato establecido en el apartado 2 en conexión con todas las formas de apoyo y de asunción de los servicios sociales previstas en el apartado 1 del artículo 14, así como con el apoyo financiero o los incentivos fiscales previstos en este terreno. El Comité verifica de tal suerte si las Partes Contratantes ponen los medios para que los servicios sean accesibles a todos en condiciones de igualdad y sean efectivos, de conformidad con los criterios enunciados en el artículo 14.1. De manera

124. La participación del sector público (personas jurídicas públicas) pretendió ser incentivada mediante la Ley 50/2002 de fundaciones (en particular, art. 3, *finés y beneficiarios*). Con relación a la acción de las asociaciones y fundaciones, léase CABRA DE LUNA, 1998.

125. *Digesto de la Jurisprudencia del Comité...*, art. 14 (p. 106 versión francesa y 108 versión inglesa).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

más precisa las Partes Contratantes deben «asegurar que los servicios públicos y privados estén correctamente coordinados y que su eficacia no se vea disminuida por el número de prestadores afectados. Con el fin de velar por la calidad de los servicios y de garantizar los derechos de los usuarios, así como por el respeto de la dignidad humana y las libertades fundamentales, se hace necesario establecer un mecanismo de control efectivo en términos de prevención y de reparación»¹²⁶.

Al hilo de esto último, el mecanismo más eficaz de control radica en el cuadro de infracciones y sanciones diseñado para exigir responsabilidades no sólo a los beneficiarios personas físicas, sino asimismo a las personas jurídicas y colectivos que operan en el sistema de servicios sociales. Así lo enfoca la LD en su Título III («Infracciones y sanciones»), cuyo artículo 42.1 se refiere a las «personas físicas y jurídicas» como responsables por los hechos constitutivos de infracción administrativa. Algunas de las infracciones (art. 43) aparentemente afectan más a personas jurídicas (p. ej., obstruir la acción de los servicios de inspección; negar el suministro de información o proporcionar datos falsos; incumplir las normas relativas a la autorización de apertura y funcionamiento y de acreditación de centros de servicios de atención a personas en situación de dependencia; o no atender los requerimientos específicos que formulen las Administraciones Públicas competentes), mientras otras parecen dirigidas indistintamente a personas físicas y jurídicas (verbigracia, tratar discriminatoriamente a las personas en situación de dependencia; conculcar la dignidad de las personas en situación de dependencia; o generar daños o situaciones de riesgo para la integridad física o psíquica).

5.1.3. Personas pertenecientes a grupos vulnerables como titulares privilegiados o principales destinatarios

Posiblemente, el colectivo que dota de mayor «visibilidad» a las personas en situación de dependencia que, como tales, son titulares *privilegiados* o principales destinatarios de los servicios sociales, sea el de las personas mayores; y ello tanto si efectuamos un repaso a la población residente en España como si reparamos en la situación de la ciudadanía española que se encuentra en el extranjero, en el marco de un «envejecimiento» generalizado¹²⁷. De lo primero se hace eco la LD en su Exposición de Motivos¹²⁸. Lo segundo lo

126. *Ibidem* (p. 107 versión francesa y 109 versión inglesa).

127. Véase RODRÍGUEZ, y SANCHO, 1995.

128. Según el Preámbulo de la LD, «en España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 % de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 %). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denomi-

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

pone de manifiesto la ya citada Ley 40/2006, de 14 de diciembre, del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior, que en algunos de sus contenidos se asemeja a una especie de «Ley de servicios sociales de las personas mayores españolas en el exterior»: lo ilustra su artículo 20 (*Servicios Sociales para mayores y dependientes*).

A continuación, el otro gran grupo de personas en situación de dependencia, que realmente precisan de una mayor visibilidad en nuestra sociedad, viene constituido por las personas con discapacidad, cuyo *handicap* tiene su origen en razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación¹²⁹. La problemática relacionada con estas personas no sólo adquiere tintes sustanciales, sino asimismo formales (incluida la cuestión terminológica), con objeto de luchar contra aquellas acciones e incluso denominaciones que puedan resultar discriminatorias¹³⁰. Como cuestión en la que se entremezclan aspectos sustanciales y terminológicos, en un informe monográfico del Defensor del Pueblo de 1991 ya se analizó por éste la interesante evolución en las diversas Comunidades Autónomas, a través de sus respectivos planes de acciones en salud mental tendentes a la desaparición de los hospitales psiquiátricos y su sustitución por dispositivos de rehabilitación, o reconversión de dichos hospitales en instituciones de carácter residencial dependientes de los servicios sociales; en otros términos, los pacientes no propiamente psiquiátricos (personas con demencia senil y discapacidad psíquica) no deberían ser tratados en hospitales psiquiátricos, sino en instituciones de servicios sociales, o bien en pabellones específicos de los hospitales psiquiátricos con una fuerte cooperación de los servicios sociales¹³¹.

Por lo demás, este grupo de titulares *prioritarios* o principales destinatarios de los servicios sociales, como recuerda la LD en su Exposición de Motivos, también «se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. Un 9 % de la población española, según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999, presenta alguna discapacidad o limitación que le ha causado, o puede

nado "envejecimiento del envejecimiento", es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años».

129. Las personas con discapacidad son objeto de la DA 14ª LD (bajo la rúbrica *Fomento del empleo de las personas con discapacidad*).

130. DA 8ª (*Terminología*) de la LD.

131. Véase DEFENSOR DEL PUEBLO, 1991. A título de ejemplo, pueden verse p. 106 (Comunidad de Madrid), p. 109 (Navarra), pp. 112-113 (Comunidad Valenciana), o pp. 118-119 (Cataluña). En conexión con el mencionado informe monográfico, puede leerse este otro: DEFENSOR DEL PUEBLO, 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

llegar a causar, una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades».

La conexión entre los dos grandes grupos de personas mencionados es indudable. En efecto, un buen porcentaje de personas con discapacidad lo integran precisamente personas mayores pues, como trae a colación asimismo la Exposición de Motivos de la LD, «diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad, como muestra el hecho de que más del 32 % de las personas mayores de 65 años tengan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5 % para el resto de la población». En la práctica, en el ámbito estatal, la actuación de la Administración se ha orientado justamente a la atención hacia estos dos grupos de personas, a través de los llamados *Planes de Acción para las Personas con Discapacidad y para Personas Mayores*.

5.2. OBLIGADOS

5.2.1. Los servicios sociales como servicio público

Con independencia de que la gestión de los servicios sociales sea directamente realizada por los poderes públicos o a través de actores privados, lo bien cierto es que los servicios sociales son servicios públicos en sentido material: más precisamente, se ha destacado que los servicios sociales son servicios atinentes a la persona (como la educación o la sanidad), a diferencia de otros servicios vinculados al territorio (tienen un carácter logístico y sólo sirven mediatamente a la persona, como los transportes o la gestión urbanística)¹³². La LD así lo declara expresamente cuando en su artículo 3 (*principios de la ley*) introduce como uno de sus principios inspiradores «el carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia». La catalogación como servicio público es consecuencia ineludible de la configuración de los servicios sociales como derecho prestacional o principio rector de la política social y económica, cuya regulación constitucional se caracteriza por el mandato expreso a «los poderes públicos» de garantizar su actividad.

Por su parte, las disposiciones legislativas autonómicas ponen aún más el acento en la consideración de los servicios sociales como servicio público.

132. VAQUER CABALLERÍA, 2002, p. 113-114. En esa delimitación ha abundado, con enfoque análogo RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, 2007: el citado autor distingue así dos tipos de administración social prestadora, a saber, la administración prestadora de servicios personales y la administración aseguradora, respectivamente.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Por ejemplo, la Ley cántabra 2/2007, de 27 de marzo, de derechos y servicios sociales incluye una cláusula de «reserva de denominación» en su artículo 11, reservando al Sistema Público de Servicios Sociales, «para su exclusiva utilización», los nombres y expresiones referidas a «Red Pública de Servicios Sociales», «Sistema Público de Servicios Sociales», «Servicios Sociales de Atención Primaria», «Servicios Sociales Comunitarios», «Servicios Sociales de Base», «Centro de Servicios Sociales de Base», «Centro de Servicios Sociales Comunitario», «Centro de Servicios Sociales de Atención Primaria», «Servicios Sociales Especializados» y «Servicios Sociales de Atención Especializada» en cualquiera de sus formas o combinaciones, o cualquier otra denominación que pueda inducir a confusión con las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales¹³³.

Por otro lado, el carácter prestacional y la vocación de servicio público de los servicios sociales se manifiesta en la obligación de suministrar información sobre su funcionamiento y las concretas prestaciones del sistema. El artículo 37 LD regula el «sistema de información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia», que debe contener información sobre el Catálogo de servicios e incorporar como datos esenciales, los relativos a población protegida, recursos humanos, infraestructuras de la red, resultados obtenidos y calidad en la prestación de los servicios. Además, la mejora de los servicios sociales como servicios públicos comporta medidas de apoyo en materia de investigación y desarrollo, previéndose la promoción de planes I+D+I en este sector, así como el desarrollo «de normativa técnica, de forma que asegure la no discriminación en procesos, diseños y desarrollos de tecnologías, productos y servicios, en colaboración con las organizaciones de normalización y todos los agentes implicados» (DA 10ª LD).

5.2.2. La prestación de los servicios públicos por el sector privado

En paralelo a la consideración de los servicios sociales como servicios públicos, los incluidos en el catálogo previsto en el artículo 15 LD (lo mismo que los previstos en los catálogos de las leyes autonómicas) tienen un carácter prioritario y se prestan a través de la «oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas», pero esa prestación puede llevarse a cabo mediante «centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados» (art. 14.2 LD).

Se da entrada, por tanto, al sector privado y, como medida específica, la

133. Esta reserva de denominación ya había sido incluida en otras leyes regionales precedentes, entre otras la Ley madrileña 11/2003, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 8).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

propia LD incluye una disposición adicional (la 7ª) referente a los instrumentos privados para la cobertura de la dependencia, mandando al Gobierno que, en el plazo de seis meses tras la entrada en vigor de la Ley, promueva «las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia», lo que implica asimismo que, para facilitar la cofinanciación por los beneficiarios de los servicios sociales, se promueva igualmente «la regulación del tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia». De cualquier modo, es el carácter de servicio público el que justifica que el Defensor del Pueblo español haya extendido (con las debidas limitaciones) sus funciones fiscalizadoras a la supervisión de la gestión privada de los servicios sociales, lo cual ha sido el caso notorio de las residencias privadas de personas mayores en determinadas épocas¹³⁴. Esa tarea fiscalizadora ha incrementado las exigencias de mejora de la gestión privada, introduciendo posibilidades (sistemas alternativos de alojamiento) como los pisos protegidos (centros en régimen de autogestión con la tutela y apoyo técnico de los servicios sociales de base) o las residencias asistidas (centros destinados a la atención social de personas mayores afectadas de minusvalías físicas o psíquicas en grado leve que, además de los servicios sociales, requieren una atención de enfermería y vigilancia médica –con servicios médicos propios, concertados o del sistema público–)¹³⁵.

En fin, en una acepción amplia de «sector privado» tendrían entrada no sólo los centros privados debidamente acreditados en el marco del sistema de servicios sociales, esto es, las entidades debidamente acreditadas con ánimo de lucro que contribuyen a la gestión de estos servicios públicos, sino asimismo las personas y grupos de personas (organizaciones de voluntarios y entidades del tercer sector) que se implican sin ánimo de lucro en la realización efectiva de los servicios sociales en el seno de la sociedad civil¹³⁶. Con este enfoque, la efectividad del derecho a los servicios sociales participa de la noción moderna de «desarrollo humano sostenible»: según esta novedosa noción, la mejora de toda estructura jurídico-política se ve favorecida por la interacción de tres pilares básicos, a saber, el sector público, el sector privado y la sociedad civil, como viene afirmando el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo¹³⁷.

134. Sobre el particular, DEFENSOR DEL PUEBLO, 1990.

135. Para acercarse a otro de esos sistemas alternativos de alojamiento, puede leerse INSERSO, *Centros de Día para personas mayores dependientes. Guía práctica*, Madrid, 1996.

136. Acúdase a VELLOSO, 1999.

137. Véase Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Gobernabilidad y Desarrollo Humano Sostenible*, PNUD, Nueva York, 1997, p. vi.

5.2.3. La cualificación del personal empleado en el ámbito de los servicios sociales

Con carácter paralelo a la calidad de los servicios sociales como servicios públicos, debe apostarse por la debida cualificación de los servidores públicos (y de los actores privados) que trabajen en este terreno. A este respecto, como bien se ha recordado, aunque la LD prevea las prestaciones económicas de dependencia, del artículo 14.2 se deriva que «prioriza claramente las prestaciones en especie sobre las prestaciones dinerarias», reconociendo así «una prioridad a la intervención de los cuidadores profesionales y pretende, de esta manera, garantizar la calidad de los cuidados»¹³⁸.

La LD no descuida la preparación del personal implicado, dedicándole una disposición *ad hoc*, concretamente el artículo 36 (*formación y cualificación de profesionales y cuidadores*), que presenta el siguiente tenor: «1. Se atenderá a la formación básica y permanente de los profesionales y cuidadores que atiendan a las personas en situación de dependencia. Para ello, los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el Catálogo de servicios regulado en el art. 15. 2. Los poderes públicos promoverán los programas y las acciones formativas que sean necesarios para la implantación de los servicios que establece la Ley. 3. Con el objetivo de garantizar la calidad del Sistema, se fomentará la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas competentes en materia educativa, sanitaria, laboral y de asuntos sociales, así como de éstas con las universidades, sociedades científicas y organizaciones profesionales y sindicales, patronales y del tercer sector». En esta línea, en el ámbito de la enseñanza reglada, se ha aprobado recientemente el Real Decreto 1593/2011, de 4 de noviembre, por el que se establece el Título de Técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia y se fijan sus enseñanzas mínimas.

La cualificación y, dentro de ella, la mayor profesionalización de las personas que trabajan en servicios sociales constituye una tendencia creciente en la última década. Repárese en que, cuando el servicio militar era obligatorio en España, uno de los sectores que más se nutrían de objetores de conciencia (denominados oficialmente «colaboradores sociales» en el carnet que acreditaba la condición de objetor) era el de los servicios sociales. Ello demuestra que, en aquel momento, se ponía más el acento en la ubicación de objetores de conciencia (ante la realidad del ingente número de solicitantes del reconocimiento de la declaración de objetor) que en su formación o cualificación, tanto más cuanto que muchas de las tareas que llevaban a cabo

138. ROQUETA BUJ, 2007, p. 435.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los objetores de conciencia (entre ellas, el apoyo domiciliario¹³⁹) no eran percibidas como «puestos de trabajo» que se «hurtaban» a los demandantes de empleo, sino como prestaciones que ofrecían los servicios sociales municipales (y que, a la postre, cuando ya no hubo objetores de conciencia al desaparecer el servicio militar obligatorio, cesaron de ofertarse por falta de personal y, peor aún, por falta de recursos para contratarlos).

Esa situación tuvo como contrapunto o reacción una mayor conciencia y sensibilidad sociales acerca de la necesidad de dotar de más plazas de empleados públicos a los organismos competentes en materia de servicios sociales, así como acerca de la pertinencia de incidir en la formación de las personas solidarias deseosas de colaborar o comprometerse en organizaciones de voluntarios y entidades del tercer sector.

La necesidad de cualificación, desde luego, deviene más acuciante cuando se trata de favorecer el ejercicio del derecho a los servicios sociales de personas pertenecientes a grupos vulnerables, como pueden ser los inmigrantes o demandantes de asilo, en donde entra en juego no sólo la eventual situación de precariedad, sino las diferencias culturales y otros aspectos relevantes: esa apuesta por organizar unos servicios sociales específicos («multi-culturales») para inmigrantes, con objeto de compatibilizar la integración en la sociedad española y el derecho a la diferencia, ha sido subrayada por el Defensor del Pueblo español¹⁴⁰. Porque, a fin de cuentas, «los destinatarios de las políticas de integración no son sólo los extranjeros, somos todos a través de una cultura de recepción»¹⁴¹.

Pese a esa tendencia a la profesionalización, la LD, ya desde su artículo

139. Ese apoyo domiciliario podía consistir en ayuda al traslado y paseo de determinadas personas con graves enfermedades, ayuda al asistente o asistenta sociales, compañía y cuidado de personas mayores, etc.

140. *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, 1994; entre las conclusiones de este informe, la cuarta de ellas, que versa sobre protección social (servicios sociales, p. 167) señala: «Se hace necesario potenciar el uso por los inmigrantes extranjeros de los servicios sociales generales, llevando a cabo una labor de información y asesoramiento –sistemática, continuada y adaptada a cada colectivo– de los servicios disponibles y la forma de acceder a ellos, buscando conseguir la igualación de los inmigrantes extranjeros con los autóctonos en el acceso a los servicios sociales municipales, autonómicos y centrales. Por otro lado, es necesario organizar servicios sociales específicos para inmigrantes cuando realmente sean necesarios (al no quedar cubiertas ciertas necesidades por la red general de servicios sociales). Algunos de estos servicios sociales específicos para inmigrantes podrían estar relacionados con: a) clases de castellano (o lengua local), b) clases y actividades de lengua y cultura propia para los hijos de los inmigrantes que estuvieran perdiendo el dominio de la lengua materna, c) servicios sanitarios de medicina tropical, d) lugares de encuentro, etc.».

141. AÑÓN, 2004, p. 22.

2 incluye entre las definiciones los «cuidados no profesionales» (atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada) y los «cuidados profesionales» (los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro). El estatuto de los cuidadores profesionales ha conocido una importante evolución, tanto de los trabajadores y trabajadoras sociales como de otras figuras afines¹⁴². Por su lado, los cuidadores no profesionales plantean una problemática específica desde el punto de vista de su propia protección en el sistema de Seguridad Social, puesto que el tipo de necesidades a proteger será sustancialmente distinto en función de que el cuidador profesional realice, además, una actividad profesional por cuenta ajena o, por el contrario, hayan abandonado el mercado de trabajo para atender el cuidado de una persona dependiente o nunca se hayan incorporado antes a dicho mercado¹⁴³. En ambos casos, se produciría como dato positivo una regularización del empleo en el sector¹⁴⁴.

6. INTERVENCIONES Y LÍMITES

6.1. FORMALIDADES Y RESTRICCIONES EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS SOCIALES

Como manifestación de la faceta de libertad del derecho al beneficio de los servicios sociales, la primera formalidad que debe cumplirse para el acceso a tales servicios consiste en la presentación de la preceptiva instancia o solicitud de reconocimiento de la condición de persona beneficiaria, que debe ser presentada directamente por ésta o por quien ostente su representación (art. 28 LD). En realidad, esta solicitud o instancia formal se establece con respecto al reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema de servicios sociales. Lo cual no impide que los servicios sociales (p. ej., los municipales, como más cercanos a la ciudadanía) emprendan otro tipo de actuaciones de emergencia que, bien pueden revestir un carácter fáctico y aislado, bien pueden consistir en una acción *de facto* desarrollada por la situación de urgencia y posteriormente es formalizada, o bien pueden concretarse en una cualificada denuncia ante otras instancias

142. Nos remitimos nuevamente a JIMENA QUESADA, 2009, pp. 56-69.

143. GARCÍA TESTAL, 2009, pp. 766-770.

144. FERNÁNDEZ ORRICO, 2008, p. 9.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

competentes como la fiscalía o el juzgado de guardia (casos de violencia de género, maltrato *de y por* menores, etc.)¹⁴⁵.

Al margen de esas situaciones de emergencia, la tramitación y resolución de esa solicitud se rige por las formalidades previstas en la LPC, con las especificidades previstas en la propia LD y en las leyes autonómicas en la materia. Por supuesto, estas formalidades no desmerecen en modo alguno el alcance de los servicios sociales como derecho fundamental prestacional, del mismo modo que algunos derechos fundamentales de carácter civil o político están sometidos a determinadas formalidades en su ejercicio (piénsese en la comunicación previa a la autoridad gubernativa para celebrar reuniones o manifestaciones en lugares de tránsito público, según el art. 21 CE).

En este panorama, aunque el reconocimiento de la situación de dependencia se efectúe mediante resolución por la Administración autonómica correspondiente a la residencia del solicitante, ese reconocimiento tendrá validez en todo el territorio del Estado, de forma que el cambio de residencia no constituirá una restricción para el ejercicio del derecho a los servicios sociales, sin perjuicio de que la Comunidad Autónoma de destino determine, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona beneficiaria. Por lo demás, en el campo de las restricciones en el acceso a los servicios sociales, ya han sido evocadas las fundamentales, que son de carácter cualitativo (el grado y nivel de dependencia de cada persona) y cuantitativo (su capacidad económica).

En lo atinente a la restricción cuantitativa, la capacidad económica no sólo puede convertirse en un obstáculo para el acceso a los servicios sociales sino, una vez acreditadas las condiciones para el reconocimiento del derecho, la prestación pecuniaria se puede ver minorada igualmente en función de la capacidad económica del beneficiario. Con similar orientación, y por más que la LD haya realizado un positivo ejercicio de delimitación de las prestaciones incluidas en el derecho a los servicios sociales con relación a las comprendidas en otros derechos sociales fronterizos y haya previsto la compatibilidad de esas prestaciones, como quiera que esa frontera a veces es tenue, la propia LD prevé que una misma persona beneficiaria no disfrute (o lo haga bajo determinadas condiciones) prestaciones de análoga naturaleza y finalidad¹⁴⁶.

Por último, es obvio que algunas restricciones en el goce del derecho a

145. Sobre este punto, véase el *Informe 2006* del DEFENSOR DEL PUEBLO, esp. pp. 246-250, referentes a las investigaciones efectuadas en relación con la jurisdicción de menores.

146. En particular, art. 31.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

los servicios sociales tienen que ver con la relación de especial sujeción en la que se encuentran algunos potenciales beneficiarios, como es el caso de las personas que cumplen una pena de privación de libertad: el Defensor del Pueblo español ha analizado esta problemática por referencia a una cuestión controvertida, a saber, las dificultades de articular una buena prestación de servicios sociales que favorezcan la reinserción social de los penados cuando éstos se encuentran en prisiones alejadas del lugar de residencia familiar¹⁴⁷. Esa controversia general no debiera extrapolarse sin más y sin matices a la política de dispersión en las cárceles de presos condenados por terrorismo.

6.2. LIMITACIONES EN EL DISFRUTE DE LOS SERVICIOS SOCIALES

El derecho a los servicios sociales no constituye una excepción a la regla general del carácter limitado de los derechos fundamentales. A decir verdad, la limitación básica en el disfrute de los servicios sociales viene dada por el ejercicio antisocial o abusivo de tal derecho, tanto más cuanto que, como ya se dijo, el derecho a los servicios sociales participa del núcleo axiológico de la Constitución española (la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes). Además, el límite del respeto de los derechos de los demás se impone con especial vigor en el caso del derecho a los servicios sociales si se tiene presente la situación de las personas potencialmente beneficiarias y el carácter limitado de los recursos del sistema de servicios sociales, lo cual puede comportar que el disfrute ilícito del derecho por algunos (cual parásitos del sistema) perjudique a quienes pretenden ejercerlo de buena fe. A hacer observar esas limitaciones atiende la acción administrativa contra el fraude prevista en el artículo 39 LD.

La concreción de ese ejercicio abusivo o antisocial del derecho a los servicios sociales se desprende del catálogo de infracciones previstas por la LD y por las leyes autonómicas sobre servicios sociales, de manera que la comisión de esas infracciones revela realmente una inobservancia de las limitaciones en el disfrute del derecho. Así, el artículo 43 incluye, entre las infracciones/limitaciones, la de dificultar o impedir el ejercicio de cualesquiera de los derechos reconocidos en esta Ley (es decir, ese no respeto de los derechos de los demás que constituye un fundamento del orden político y de la paz social a tenor del art. 10.1 CE); o la de aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las se otorgan y recibir ayudas (en especie o económicas) incompatibles con las prestaciones comprendidas en el derecho a los servicios sociales (esto es, ese ejercicio antisocial o abusivo). Por su lado, el inicio y sustanciación del correspondiente procedimiento sanciona-

147. Sobre esta cuestión, léase DEFENSOR DEL PUEBLO, 1988, esp. p. 97.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dor por la inobservancia de esas limitaciones o comisión de esas infracciones permite acordar, como medida cautelar, la suspensión de cualquier tipo de ayudas o subvención de carácter financiero que el particular o la entidad infractora haya obtenido o solicitado de dicha Administración Pública (art. 45 LD). Por su parte, las Comunidades Autónomas, en sus respectivas leyes de servicios sociales, han completado en el ámbito de sus competencias el régimen de inspección, infracciones y sanciones¹⁴⁸.

Resta por añadir que, en nuestra opinión, pese al contexto de crisis económica y financiera, no debería entrar a jugar como restricción al ejercicio del derecho subjetivo al beneficio de los derechos sociales el denominado límite de la «reserva de lo económicamente posible», en el sentido de negar determinadas prestaciones previstas por el sistema de servicios sociales bajo el pretexto de la falta de recursos económicos. Así, mal puede argüirse la escasez de recursos para negar el ejercicio del derecho fundamental que nos ocupa cuando nuestro sistema de servicios sociales diseñado mediante LD articula las prestaciones básicas como derechos subjetivos. Por tal motivo, la justiciabilidad del derecho implica que los órganos jurisdiccionales competentes reconozcan a sus titulares las correspondientes situaciones jurídicas individualizadas que comportan cantidades dinerarias¹⁴⁹.

Por último, tanto la LD como algunas normas autonómicas en la materia, distinguen claramente aquellas prestaciones que forman parte del contenido definitorio del derecho al beneficio de los servicios sociales como derecho subjetivo, de aquellas otras ayudas económicas que se configuran como mera subvención. A tal efecto, se traen a colación las ayudas económicas

148. Cfr. Ley murciana 3/2003 (arts. 45 y siguientes); Ley Foral navarra 15/2006 (arts. 83 y siguientes); o Ley cántabra 2/2007 (arts. 90 y siguientes).

149. Son múltiples los supuestos que podemos encontrar en tal sentido, bastando mencionar uno de ellos: p. ej., la Sentencia n° 239 del TSJ de la Comunitat Valenciana (Sala contencioso-administrativa, Sección 5ª) dictada el 23 de abril de 2010 en el recurso n° 93/2009 contiene el siguiente fallo: «Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D^a. Vicenta, en representación de la menor Aurelia, contra la resolución del Conseller de Bienestar Social de fecha 10 de noviembre de 2008, por la que se desestimaba el recurso de alzada deducido contra la resolución del Secretario Autonómico de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana de 14 de mayo de dicho año, en virtud de la cual se aprobaba el Programa Individual de Atención a favor de la actora y se le reconocía una prestación económica de 583 euros al mes, debemos anular y anulamos dicha resolución por ser contraria a Derecho, declarando como situación jurídica individualizada el derecho de dicha persona dependiente a la prestación económica desde el 14 de mayo de 2007, condenando a la Consellería de Bienestar Social a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la misma y de los intereses legales desde el cumplimiento del requisito de la afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social en la forma legalmente establecida; sin hacer expresa condena de las costas procesales».

previstas en la disposición adicional 3ª LD, que consistirían en una facultad, no en una obligación¹⁵⁰, y tendrían la condición de subvención, «sin la condición de derecho exigible»¹⁵¹. Pese a ello, en la medida en que no sólo las Comunidades Autónomas, sino también algunas Entidades Locales contemplan ayudas de este tipo (bonificaciones en la adquisición de productos ópticos, adaptación y accesibilidad de viviendas, productos y tratamientos ortoprotésicos para personas mayores y otros colectivos, etc.), se ha alertado sobre asimetrías generadoras de desigualdad¹⁵², ligadas a cierta inseguridad jurídica en la difusión y acceso a dichas ayudas.

7. GARANTÍAS

7.1. GARANTÍAS NO JUDICIALES

7.1.1. Nacionales

Como se vio, al encontrarnos ante un servicio público, los servicios sociales cuentan *prima facie* con garantías procedimentales y orgánicas de carácter administrativo. Desde el punto de vista procedimental, el reconocimiento del acceso a los servicios sociales se rige básicamente por las garantías del procedimiento administrativo previstas en la citada LPC y en la propia LD o normativa concordante de ámbito autonómico (art. 28 LD). Desde el punto de vista orgánico, la LD contempla una serie de agencias u órganos administrativos: que velan por la valoración más objetiva posible de la situación que habilita para el acceso a los servicios sociales (*Consejo Territorial*, art. 8); que encauzan la participación social en el sistema de servicios sociales y la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales (el *Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* como órgano asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, art. 40); o que son foros consultivos de participación institucional con funciones de información, asesoramiento y formulación de propuestas en la materia (como son el *Consejo Estatal de Personas Mayores*, el *Consejo Nacional de la Discapacidad*, y el *Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social*, art. 41).

150. ROQUETA BUJ, 2007, p. 488: esa facultad que tendrían las Administraciones Públicas «se desarrollará en función de sus disponibilidades presupuestarias».

151. Así, CAVAS MARTÍNEZ, 2004, p. 20.

152. De nuevo, ROQUETA BUJ, 2007, pp. 489-491): «La diversidad de instancias que conceden ayudas para una misma finalidad (la adaptación funcional de la vivienda), así como la notable diferencia en cuanto al importe de un lugar a otro, ha ocasionado un trato desigual de los mayores y de las personas con discapacidad en función de donde tengan fijada su residencia».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Ciertamente, en un plano más político, no debe olvidarse el control o fiscalización ejercidos en sede parlamentaria, que en este caso cuentan como elemento de interés con el informe anual que el Gobierno debe elaborar y remitir a las Cortes con respecto a la ejecución de las previsiones contenidas en la LD (DF 6^a), y al que se deben incorporar la memoria del Consejo Territorial y el dictamen de los órganos consultivos. Casi ocioso resulta, por lo demás, decir que el control parlamentario adquiere un cariz más cualificado cuando se ejerce a través del Alto Comisionado de las Cortes Generales, es decir, el Defensor del Pueblo español, cuya actividad en la supervisión de la actuación administrativa en el campo del derecho a los servicios sociales es de gran alcance. Efectivamente, junto a la actividad diaria de examen de quejas sobre casos individuales que se ve llamado a resolver el Defensor del Pueblo y que se plasman en el voluminoso Informe anual presentado ante las Cortes Generales¹⁵³, el Alto Comisionado de éstas efectúa investigaciones específicas que se recogen en informes monográficos de gran interés, por cuanto ofrecen una visión práctica y cotidiana que, más allá de los atinados análisis jurídicos, muestran esa vertiente (de trabajo *a pie de obra* o *a pie de calle*) tan familiar y cercana a los trabajadores sociales y demás personas implicadas en los servicios sociales¹⁵⁴.

Si esto es así en el terreno estatal, parecidas consideraciones deben trasladarse al ámbito regional, en donde las diversas leyes de las Comunidades Autónomas prevén garantías procedimentales y orgánicas: en lo concerniente a estas últimas, suelen incluir un *Consejo Regional de Servicio Sociales*, en el que a su vez participan *consejos o foros sectoriales* creados por la Administración de la Comunidad Autónoma para canalizar la participación de los distintos agentes interesados en el desarrollo de las políticas sectoriales de servicios sociales; la normativa regional crea igualmente *Consejos Locales de Servicios Sociales* o *de Bienestar Social*, concebidos como órganos colegiados de participa-

153. De manera significativa, en su *Informe 2009* el DEFENSOR DEL PUEBLO aborda el funcionamiento de la LD incidiendo en los perjuicios provocados por la demora en la resolución de solicitudes (pp. 770-771).
154. Entre esos informes monográficos del Defensor del Pueblo español (de los que se da cuenta a lo largo del trabajo), merece la pena mencionar y recomendar la lectura de los siguientes (casi una decena, ordenados por orden cronológico), por su conexión con el derecho a los servicios sociales: *Situación penitenciaria en España* (1988); *Residencias públicas y privadas de la tercera edad* (1990); *Estudio y recomendaciones del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España* (1991); *Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España* (1994); *Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos* (1995); *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado* (2000); *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos* (2000); *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico* (2003); e *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España* (2005).

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

ción comunitaria para el asesoramiento y consulta en materia de servicios sociales. En algunos casos, las leyes autonómicas pretenden dotar de mayor racionalidad a esos órganos participativos y consultivos, integrando en esos órganos «de servicios sociales» otros órganos previos que se ocupaban solamente de algunos beneficiarios de los servicios (como *Consejos regionales de personas mayores*, *Consejos regionales de infancia y adolescencia*, etc.)¹⁵⁵.

Siguiendo un paralelismo en la exposición, resulta pertinente alguna mención al papel desempeñado por los Defensores del Pueblo autonómicos en la garantía del ejercicio efectivo del derecho al beneficio de los servicios sociales. A tal efecto, al margen de los ejemplos que se suministran en relación con los datos sobre el número de quejas relacionadas con la LD y con la figura del silencio administrativo (*infra*, 8), vale la pena incidir en que algún Defensor del Pueblo regional (en este caso, el de Murcia) llama la atención sobre el alto grado de desconocimiento de la propia LD al encontrarse con quejas como las n° 4/2008 ó 38/2009, «en las que se pide una "prestación graciable" o en las que el interesado muestra su disconformidad con la dependencia reconocida, confundiéndola con el grado de minusvalía»¹⁵⁶; queda realzado, ante tales quejas, el papel mediador del Ombudsman entre la ciudadanía y la Administración.

Y un apunte final al hilo de esta problemática relacionada con la cultura de los derechos humanos: indudablemente, la garantía extrajurisdiccional más óptima para la efectividad del derecho a los servicios sociales radica en la educación y la formación en la materia, razón por la cual son de gran envergadura las previsiones de la legislación estatal (art. 36 LD) y autonómica sobre formación del personal que trabaja en el sistema de servicios sociales: en algunos supuestos, esa cualificación profesional se pone en directa conexión con la calidad en la prestación de los servicios sociales [p. ej., Ley riojana 3/2007, de Calidad de los Servicios Sociales, art. 1.1.b) y 2.c)]¹⁵⁷; en otros casos se incide igualmente en la formación específica del voluntariado (p. ej., Ley 3/2003, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, art. 26.2)¹⁵⁸.

155. P. ej., DD de la Ley cántabra 2/2007.

156. DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REGIÓN DE MURCIA, *Informe 2009*, pp. 67-68.

157. Abundando en esta filosofía puede mencionarse asimismo, entre otras, la Ley Foral 15/2006, de Servicios Sociales, cuyo Título VI se ocupa de esta cuestión.

158. En esa misma faceta inciden las leyes sectoriales sobre voluntariado de las diversas Comunidades Autónomas: por poner un ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2006, del voluntariado en Castilla y León se subraya: «Una atención particular merece la formación de los voluntarios, que ha de integrar acciones de información, de formación en sentido estricto, y de asesoramiento y asistencia permanentes mientras desarrollen su actividad. El aseguramiento de unos contenidos básicos en esta preparación y la posibilidad de la complementariedad con otros específicos, facilitarán un desempeño de los cometidos asumidos con eficacia, seguridad y calidad».

7.1.2. Internacionales

En coherencia con la línea seguida al elaborar la definición del derecho al beneficio de los servicios sociales a la luz de los parámetros supranacionales (*supra*, 2.2), procede acercarse a las garantías europeas por referencia, sobre todo, a la CSE. Desde este punto de vista, naturalmente la jurisprudencia sobre el sistema de informes surte sus efectos, pues no sólo es garantía la jurisdiccional. Más aún, es sabido que los remedios jurisdiccionales poseen un carácter final, mientras que las conclusiones alcanzadas a través del sistema de control basado en informes pueden revestir un alcance preventivo (además del indudable efecto e impacto en la opinión pública). Por otra parte, a caballo entre el sistema de informes y una solución totalmente judicializada que no se ha alcanzado en el ámbito de la CSE (como podría ser la creación de una Sala Social en el seno del TEDH)¹⁵⁹, es preciso acudir al mecanismo de reclamaciones colectivas establecido mediante el Protocolo de 1995, que tiene acogida igualmente en la CSE revisada de 1996. Pese a que España no haya ratificado todavía ni ese Protocolo de 1995 ni la Carta de 1996 y, por ende, no pueda ser condenada en un procedimiento concreto derivado de una reclamación colectiva, la jurisprudencia elaborada por el CEDS en el marco de ese sistema sí puede resultar aplicable a España, al menos en lo relativo a la interpretación ofrecida por el Comité respecto a disposiciones de la CSE de 1961 o del Protocolo de 1988.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del CEDS basada en el sistema de reclamaciones colectivas sólo se ha pronunciado por el momento en dos ocasiones sobre denuncias relacionadas, directa o indirectamente, con el derecho al beneficio de los servicios sociales. La primera de ellas fue la Reclamación n° 42/2007 (*Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Irlanda*), en donde la organización reclamante denunciaba una violación del artículo 23 (derecho de las personas mayores a la protección social) en conjunción con el artículo E (no discriminación), así como una vulneración del artículo 12.4 (derecho a la Seguridad Social) CSE revisada. En particular, se argumentaba que existía una situación discriminatoria para las personas beneficiarias de una pensión de jubilación no residentes de forma permanente en Irlanda, en la medida en que no podrían disfrutar o tener acceso al sistema de viajes gratuitos (a diferencia de los pensionistas irlandeses residentes) cuando regresan temporalmente a Irlanda. En cambio, en su decisión de fondo de 3 de junio de 2008, el CEDS no estimó que el sistema de gratuidad del transporte público (*Free Travel Scheme*) comportara un trato discriminatorio ni violación de las disposiciones invocadas.

159. Propuesta que ya fue preconizada por la Recomendación 1168 (1991) relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

El segundo supuesto de referencia es la decisión de fondo de 3 de diciembre de 2008 de resolución de la Reclamación n° 43/2007 (*Sindicato dos Magistrados do Ministério Público contra Portugal*), cuya queja fundamental versaba sobre la supuesta violación del artículo 12 (derecho a la Seguridad Social) CSE revisada, en la medida en que los funcionarios de la Oficina de la Fiscalía General del Estado en Portugal quedaban excluidos del beneficio del Servicio Social del Ministerio de Justicia a tenor del Decreto Legislativo n° 212/2005, de 9 de diciembre de 2005. El CEDS concluyó que no hubo violación del referido artículo 12 CSE revisada. Para llegar a semejante conclusión, el Comité hacía notar que el sistema de «servicios sociales del Ministerio de Justicia» (SSMJ) constituye un régimen de Seguridad Social complementario especial para determinadas categorías profesionales predeterminadas de funcionarios¹⁶⁰.

7.2. GARANTÍAS JUDICIALES

7.2.1. Nacionales

Con carácter previo, debe observarse que el Tribunal Constitucional no se ha revelado como un cauce idóneo para garantizar judicialmente el derecho a los servicios sociales, lo cual responde a unos motivos fácilmente comprensibles: en un sentido positivo, recuérdese que nuestra jurisdicción constitucional está configurada como un remedio subsidiario en materia de derechos fundamentales, correspondiendo la tutela de éstos *prima facie* a los órganos jurisdiccionales ordinarios, sobre todo del orden social y contencioso-administrativo en el terreno que nos ocupa. Con un enfoque de delimitación negativa, repárese asimismo en que los principios rectores de la política social y económica (y, entre ellos, derechos fundamentales de prestación como el derecho al beneficio de los servicios sociales) no poseen fuerza autónoma para ser invocados directamente ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, sin que tampoco se haya mostrado operativa por el momento la vía de la conexión o extensión de derechos fundamentales. Por otro lado, los conflictos competenciales y los procesos de constitucionalidad tampoco han dado lugar a una jurisprudencia específica relacionada con

160. En particular, el Decreto Legislativo 212/2005 había transferido los fiscales del Ministerio Público de dicho régimen de salud especial al régimen general aplicable a todos los funcionarios del «Régimen Público del Seguro de Enfermedad» (ADSE). Desde esta perspectiva, en su *ratio decidendi* el Comité Europeo acude a la teoría del margen de apreciación de los Estados en la materia: «Los Estados gozan de un gran margen de apreciación en cuanto a la manera de organizar su sistema de Seguridad Social, lo que incluye la definición de los ámbitos de aplicación de los regímenes de prestaciones, siempre que un porcentaje significativo de la población quede cubierto y que las prestaciones previstas sean lo suficientemente amplias» (ap. 44).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el derecho a los servicios sociales, más allá de algún pronunciamiento aislado sobre recursos de inconstitucionalidad frente a Leyes estatales de presupuestos que incluían algunas partidas en este ámbito (p. ej., la STC 13/1992), sin que contemos con pronunciamientos determinados sobre Leyes estatales o autonómicas referentes al sistema de servicios sociales.

Con estos planteamientos, reconduciremos el repaso a las garantías jurisdiccionales nacionales a un balance de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (especialmente, de las Salas Civil, Contencioso-Administrativa y Social) en materia de servicios sociales.

En el orden civil, los pronunciamientos más relevantes del Tribunal Supremo (Sala Primera) han versado sobre el papel de los servicios sociales en procedimientos iniciados mediante acciones personales derivadas de contratos de seguros (al amparo de la Ley del Contrato de Seguro en relación con los arts. 1089 y ss. CC) contra entidades aseguradoras para reclamación de las correspondientes indemnizaciones por daños producidos tras accidentes de tráfico. Pese a tratarse de procedimientos civiles, al determinar las compensaciones pecuniarias pertinentes, los tribunales del orden civil se apoyan en eventuales resoluciones de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en materia de servicios sociales que valoran las dolencias, limitaciones funcionales globales o cualquier otro elemento susceptible de valoración: en tal sentido, STS 62/2007 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de febrero (RJ 2007, 960)¹⁶¹. La jurisdicción civil también ha tomado en consideración la acción de los servicios sociales en el ámbito de la responsabilidad médica: verbigracia STS 652/2006 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 26 de junio (RJ 2006, 554)¹⁶², o STS 225/2004 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 18 de marzo (RJ 2004, 1823)¹⁶³. Los informes de los servicios sociales han sido

161. En el caso de autos, al demandante, a la hora de concederle el cuántum indemnizatorio, se tuvo en cuenta por los órganos jurisdiccionales civiles el reconocimiento por la Consejería de Servicios Sociales del Principado de Asturias de la condición de minusválido. En concreto, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, dando por bueno el hecho de que la Audiencia Provincial de Oviedo hubiera tenido en cuenta el informe de la Consejería de Servicios Sociales incorporado al rollo de apelación, considerando que procedía la inclusión de los apartados relativos a menoscabo funcional y fisiológico, pero no los factores sociales complementarios ni la discapacidad psicológica, por no haberse demostrado su nexo de causalidad con el accidente, cosa que comportaba la rebaja del porcentaje del 43 % de menoscabo personal al 19 %.
162. El supuesto versó sobre una operación quirúrgica de rodilla en la que se apreció un resultado dañoso desproporcionado no avalado por la *lex artis*, teniéndose en cuenta en el proceso civil el hecho de que el Instituto Andaluz de Servicios Sociales hubiera dictaminado que el demandante presentara un grado de minusvalía del 38 % y le reconociera la condición de minusválido.
163. En este caso, la responsabilidad médica derivaba de la operación efectuada por un cirujano de una hernia discal, tras quedar la persona intervenida con secuelas que

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

considerados relevantes igualmente en los procesos civiles de incapacitación: por ejemplo, ATS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 24 de febrero (RJ 2004, 3116)¹⁶⁴.

En el orden social, el Tribunal Supremo (Sala Cuarta) se ha enfrentado con la delimitación del espectro del derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, avalando la denegación del reintegro de gastos por asistencia prestada (tratamiento rehabilitador) por servicios ajenos a la Seguridad Social en centros privados cuando esa asistencia podía haber sido prestada o, al menos prescrita, por los servicios sociales públicos (STS –Sala de lo Social, Sección 1ª– de 22 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 9295]). Por supuesto, la Sala de lo Social ha analizado el estatuto laboral del personal empleado en servicios sociales, ya sea contratado por instituciones públicas (SSTS –Sala de lo Social, Sección 1ª– de 7 y de 16 de noviembre de 2006 [RJ 2007, 3038 y 3477])¹⁶⁵ ya por entidades privadas (STS –Sala de lo Social, Sección 1ª– de 10 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 9067])¹⁶⁶. Y, sobre todo, el Tribunal Supremo ha emitido pronunciamientos importantes en los que ha reconocido el derecho de la mujer trabajadora al disfrute de la baja maternal anterior al inicio del período vacacional establecido en la empresa y coincidente con éste, y sin perjuicio de la suspensión del permiso de maternidad por circunstancias excepcionales debidamente acreditadas por los servicios

determinaron que la Dirección Provincial de Murcia, de la Dirección Nacional de Servicios Sociales, le declarara en la condición de minusválido (grado de minusvalía en un cincuenta por ciento).

164. El asunto tiene su origen en autos de juicio declarativo de menor cuantía de un Juzgado de Primera Instancia sobre incapacidad, en el que se ponderó el alcance del Informe Social de los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Talarrubias (Badajoz), poniendo de manifiesto la situación de riesgo y de desprotección de una persona declarada incapaz en virtud de la cual se rehabilitaba la patria potestad de su madre.
165. Otros pronunciamientos del Tribunal Supremo en esta materia han versado sobre los servicios prestados en un Ayuntamiento en virtud de un contrato por obra o servicio determinado en el que se había establecido como objeto la realización de un Proyecto Subvencionado por la Comunidad Autónoma y Ministerio de Asuntos Sociales, denominado «Plan Concertado de Prestaciones Básicas para Centros Municipales de Servicios Sociales de 1999» (STS –Sala de lo Social– de 21 de marzo de 2002 [RJ 2002, 5990]), o sobre los servicios prestados para el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, Centro Base de Minusválidos de Granada como personal laboral adscrito fijo ocupando plaza de Asesor Técnico de Valoración Médico en el Centro de Valoración y Orientación (STS –Sala de lo Social– de 7 de abril de 2006 [RJ 2006, 4793]).
166. En la STS de 10 de noviembre de 2006 se trataba de personal contratado por una fundación sin ánimo de lucro, concretamente una persona contratada para prestar sus servicios como educador, para desarrollar un programa de ejecución de medidas judiciales con menores infractores en régimen cerrado, semiabierto y abierto, fruto de la subvención concedida a esa fundación por la Conserjería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales competentes (STS –Sala de lo Social– de 10 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 10084]), apoyándose en este ámbito en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁶⁷.

Por último, en el orden contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo (Sala Tercera), al margen de una abundante jurisprudencia sobre responsabilidad patrimonial sanitaria, relacionada obviamente con centros hospitalarios de titularidad pública¹⁶⁸, ha abordado cuestiones como: el ejercicio efectivo del derecho a los servicios sociales por los extranjeros les ha servido de apoyo para la acreditación de la estancia en España a efectos de obtención del permiso de residencia, por ejemplo en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 5ª) de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 4822)¹⁶⁹; la idoneidad de los servicios sociales no sólo para dar acogida, sino asimismo para suministrar información a un solicitante de asilo (STS –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª– de 23 de junio de 2006 [RJ 2006, 6273]); o la cualificación del personal empleado en los servicios sociales en diversas administraciones (p. ej., el problema de la provisión de puestos de trabajo por funcionarios, concretamente trabajadores sociales en instituciones penitenciarias; así, STS –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª– de 12 de febrero de 2007 [RJ 2007, 1246]).

Como es fácil de suponer, las garantías judiciales y extrajudiciales se retroalimentan. En este sentido, no es infrecuente que el Defensor del Pueblo se haga eco de pronunciamientos judiciales: así, en materia de servicios sociales, el Ombudsman español se ha referido a decisiones de los juzgados de lo social o de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala Social)¹⁷⁰. En

167. En los FF JJ 3 y 4 de esa STS de 10 de noviembre de 2005 se cita la STJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69), dictada en el procedimiento C/342/2001 en el caso María Paz Merino Gómez y la empresa Continental Industrias de Caucho, SA, en decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid.

168. Entre otras muchas resoluciones, SSTs (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de enero de 2007 (RJ 2007, 1233) o de 14 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2289); o AATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1) de 15 marzo de 2007 (JUR 2007, 109428 y 125276).

169. Mediante esa STS de 31 de mayo de 2007 se declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el recurrente, se casa la Sentencia impugnada (de fecha 21 de noviembre de 2003), dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Navarra y desestimatoria del recurso deducido contra una Resolución del Delegado del Gobierno en Navarra denegatoria del permiso de residencia temporal. A tal efecto, para la acreditación de estancia se tiene en cuenta por el Tribunal Supremo, además del volante de empadronamiento aportado por el recurrente, un informe del Patronato Municipal de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Úbeda (Jaén) en el que se certificaba la estancia del actor en dicho municipio durante cierto período de tiempo.

170. P. ej., DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2005*, pp. 501-502.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

todo caso, resultaría prolijo y excedería los límites de este trabajo adentrarse en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales unipersonales o en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia (especialmente, en lo que atañe al derecho a los servicios sociales, de las Salas de lo Social y de lo Contencioso-Administrativo)¹⁷¹. Consecuentemente, a los efectos aquí perseguidos, entendemos que resulta suficientemente ilustrativo el repaso efectuado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Bien es cierto, se impone reconocerlo, que en aquellos litigios en que se halle en juego la legislación autonómica sobre servicios sociales, la conclusión judicial se alcanzará ante el Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma, y sólo incidentalmente se llegará a la vía casacional ante el Tribunal Supremo¹⁷² o a la vía del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁷³.

Para completar el presente epígrafe conviene mencionar que mediante la reciente Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, se clasifica (según su Exposición de Motivos) la jurisdicción competente sobre las esenciales materias relativas a la asistencia y protección social

-
171. A título de ejemplo, nos limitaremos a mencionar la Sentencia de 1 de octubre de 2002, el TSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de la Comunidad Valenciana (recurso n° 3340/1998), mediante la que se avala el cierre y la suspensión de actividad de una residencia de la tercera edad por falta de autorización, defectos estructurales y otras carencias de ésta, lo cual se adecua al «papel de vigilancia asignado a la Inspección de servicios sociales por la Ley valenciana 5/1997 de servicios sociales, de la misma manera que resulta compatible de conformidad con el art. 50 de dicha Ley la eventual incoación de expediente sancionador». Y prosigue el Tribunal Superior: «esa vigilancia como tarea de la inspección, resulta en todo caso con el espíritu y la letra de la Ley valenciana 5/1997, en cuyo Preámbulo se refiere a la competencia exclusiva de la Comunidad Valenciana en materia de asistencia social (art. 31.24 EA) o a la "responsabilidad en el ámbito de las instituciones públicas de protección y ayuda a menores, jóvenes y emigrantes, tercera edad" (art. 31.27 EA), o a "la proliferación de nuevos textos normativos en los diferentes sectores o áreas de actuación (internacionales, estatales y autonómicos)"».
172. En tal sentido, puede citarse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) de 3 julio 2007 (recurso de casación n° 10100/04), en la que se declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por la Federación de Servicios Públicos de UGT contra la sentencia de 17 de mayo de 2004 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana declarando la inadmisibilidad del recurso interpuesto por dicho sindicato contra el Decreto 30/2002, de la Generalidad Valenciana relativo al control de calidad de centros y servicios de acción social y entidades evaluadoras de la misma.
173. Un ejemplo del género lo ofrece la STC 51/2000: en ella se inadmite el amparo al sindicato recurrente (CC OO) frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo que el sindicato actor había interpuesto contra el Decreto 23/1993 del Gobierno autonómico de la Generalidad Valenciana sobre regulación de los precios públicos correspondientes a determinados centros y servicios del Instituto Valenciano de Servicios Sociales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pública, asignando al orden jurisdiccional social, las relativas a la valoración, reconocimiento y calificación del grado de discapacidad y las incluidas en la LD, y continuando las restantes como objeto de conocimiento del orden contencioso-administrativo. Con ello se adapta la normativa procesal laboral a la doctrina constitucional en su interpretación de la protección social, conforme al art. 41 CE y, de esta manera, la jurisdicción social queda configurada como el juez natural de todas las esenciales políticas públicas relativas a la protección social.

7.2.2. Internacionales

Consabida la posición prominente del TEDH, es conocido asimismo que, aunque el CEDH consagre esencialmente derechos cívico-políticos, el principio de indivisibilidad de todos los derechos fundamentales ha conducido inexorablemente al Tribunal de Estrasburgo a afirmar que el dualismo entre ese tipo de derechos y los derechos socio-económicos es artificial¹⁷⁴; o, en otros términos, no pueden existir compartimentos estancos entre ambas categorías, siendo así que los derechos civiles y políticos son susceptibles de proyectar prolongaciones de orden económico y social¹⁷⁵, y que ya el propio CEDH incluyó algunos derechos de contenido social o faceta prestacional¹⁷⁶. Por medio de esta vía de conexión, el TEDH ha venido a proteger de manera indirecta el derecho al acceso a los servicios sociales, o ha obligado a que los servicios sociales intervengan para que el Estado demandado eluda ser condenado (precisamente, por no respetar sus «obligaciones positivas» en la materia¹⁷⁷). Téngase presente que las oficinas de servicios sociales municipales, como unidades administrativas más próximas a la ciudadanía, pueden y deben facilitar las denuncias de casos de violencia doméstica (STEDH *Opuz* contra Turquía, de 9 de septiembre de 2009) o de supuestos de la conocida como esclavitud moderna o doméstica (STEDH *Siliadin* contra Francia, de 6 de julio de 2005).

174. Véase CARRILLO SALCEDO, 1991.

175. Así lo afirmó ya el TEDH en la sentencia dictada en el caso *Airey* contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979. Otra sentencia de interés en materia de jurisprudencia social fue dictada por el Tribunal de Estrasburgo en *D* contra Reino Unido, de 21 de abril de 1997. Un acercamiento a esa jurisprudencia social del TEDH, en REINA CASTILLO, 2004, pp. 69-73; véase asimismo el trabajo de ENRICH MAS, 1992.

176. Entre ellos, la prohibición del trabajo forzoso (art. 4), el derecho de sindicación (art. 11), o el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional n° 1).

177. La noción de obligación positiva fue determinante para que el TEDH condenara a España en dos casos interesantes relacionados con el bienestar de los ciudadanos en materia de medio ambiente (fuertes olores proyectados por una fábrica de curtidos y contaminación acústica en una zona con fuerte concentración de cafés y establecimientos de ocio, respectivamente): SSTEDH *López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994, y *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

En el caso de España no se ha dictado ninguna sentencia en la que se vean envueltos cabalmente los servicios sociales. Sin embargo, sí puede mencionarse algún caso cuya aplicación analógica podría resultar extensible al funcionamiento y actuación de los servicios sociales: en concreto, en el caso *Iglesias Gil y A. U. I. contra España*, de 29 de abril de 2003, el TEDH condenó a nuestro país (violación del derecho a la protección de la vida familiar consagrado en el art. 8 CEDH) por no adoptar todas las medidas positivas pertinentes (en el ámbito judicial y, sobre todo, el Ministerio Público, fiscalía de menores) para que un hijo sustraído por su padre y llevado al extranjero aprovechando su derecho de visita, pudiera retornar con su madre (divorciada del otro progenitor, a ella se había atribuido la guarda y custodia) a España¹⁷⁸.

En conexión con este asunto, un buen número de casos sustanciados ante el Tribunal de Estrasburgo en que se ha valorado la función desempeñada por los servicios sociales lo ha sido con relación a la protección de la infancia (así, en las sentencias dictadas en los casos *Ignaccolo-Zenide* contra Rumanía, de 25 de enero de 2000 y *Nuutinen* contra Finlandia, de 27 de junio de 2000)¹⁷⁹. De forma correlativa a las obligaciones positivas de los

-
178. En la STEDH puede leerse (aps. 49, 52 y 62): «Respecto a la obligación que pesa sobre el Estado de adoptar medidas positivas, el Tribunal ha declarado en numerosas ocasiones que el art. 8 implica el derecho de un padre a medidas apropiadas para reunirse con su hijo, y la obligación de las autoridades nacionales de adoptar dichas medidas (ver, p. ej., sentencias *Ignaccolo-Zenide contra Rumanía*, o *Nuutinen contra Finlandia*) [...]. El punto decisivo en el caso de autos consiste por tanto en determinar si las autoridades nacionales han adoptado, para facilitar la ejecución de las decisiones adoptadas por las jurisdicciones internas que otorgaban a la demandante el derecho a la guardia y custodia exclusiva sobre su hijo, todas las medidas que podían exigirles razonablemente (*Hokkanen contra Finlandia*, sentencia de 23 de septiembre de 1994). [...] A la vista de cuanto precede, y no obstante el margen de apreciación del Estado demandado en la materia, el Tribunal concluye que las autoridades españolas han omitido desplegar esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante a que regrese su hijo y el derecho de este último a reunirse con su madre, desconociendo así su derecho al respeto de la vida familiar garantizado por el art. 8 del Convenio».
179. Como recuerda el voto particular discrepante del juez ZUPANCIC (al que se adhieren los jueces PANTIRU y TÜRMEŇ) formulado al caso *Nuutinen* contra Finlandia, «la cuestión recurrente» en este tipo de asuntos «es la relativa a la no ejecución de decisiones judiciales y a la insuficiencia del control jurisdiccional sobre los servicios sociales una vez dictada la decisión judicial. La dificultad deriva de la naturaleza particular de las cuestiones referentes a la guarda y al derecho de visita». En la misma línea, en el *K y T* contra Finlandia, de 12 de julio de 2001, el TEDH declaró que las autoridades nacionales, a la hora de buscar un justo equilibrio entre los intereses de los niños y los de los padres, deben hacer prevalecer el interés superior de los primeros en caso de abandono o maltrato por parte de los segundos, no desconociéndose el derecho a la vida familiar respecto de éstos si los servicios sociales o los

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

poderes públicos ante el maltrato infligido por los padres a los menores, nos hallamos confrontados en la actualidad a una controversia más reciente, esto es, la situación inversa referente a la necesidad de actuaciones positivas por las administraciones competentes (entre ellas, los servicios sociales) frente al maltrato infligido por los hijos a los progenitores¹⁸⁰.

El otro ámbito en el que se ha conferido relevancia a la intervención de los servicios sociales ha tenido que ver con el derecho a la vivienda de personas en situación de precariedad: así, el TEDH ha entendido justificada la medida consistente en imponer a los propietarios una obligación de cobrar un alquiler muy bajo (incluso por debajo del precio de mercado), siempre que esa política de vivienda social en perjuicio de los propietarios privados venga limitada en el tiempo y no comporte una injerencia desproporcionada en el derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo adicional n° 1 al CEDH) que impida incluso a los propietarios cubrir los gastos de mantenimiento de la vivienda (entre otros, *SSTEDH Mellacher y otros* contra Austria, de 19 de diciembre de 1989, *Inmobiliaria Saffi* contra Italia, de 28 de julio de 1999, y *Hutten-Czapka* contra Polonia, de 22 de febrero de 2005).

Pero, sin lugar a dudas, un «caso estrella» resuelto por el TEDH, en la medida en que se perfila como el más fácilmente extensible al derecho al beneficio de los servicios sociales es el asunto *Koua Poirrez* contra Francia, de 30 de septiembre de 2003¹⁸¹: en él, el Tribunal de Estrasburgo determinó que la exclusión del beneficio de una prestación social de un adulto con discapacidad reconocida (del 80 %) por el hecho de no ser nacional de un Estado miembro de la Unión Europea y de no existir un convenio de reciprocidad de su país (Costa de Marfil) con Francia, constituía una discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH en combinación con una violación del derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo adicional n° 1 al Convenio (el Tribunal recuerda que incluso las prestaciones no contributivas formarían parte de la noción de «bienes», como derecho patrimonial, prevista por dicha disposición convencional). Lo interesante, además, radica en que el TEDH, ejerciendo una tarea exegética de retroalimentación, se apoya en la jurisprudencia del CEDS y en una Recomendación del Consejo de Europa sobre la extensión del beneficio de los servicios sociales en los Estados miembros¹⁸². Así, el Tribunal concluye (aps. 49 y 50): «La diferencia de

servicios de protección de la infancia informan favorablemente la retirada de la guarda y custodia.

180. Sobre esta controversia, léase DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2005*, esp. p. 497.

181. En general, una selección sobre los casos más emblemáticos resueltos por el Tribunal de Estrasburgo, en TEROL BECERRA y otros, 2005.

182. En el ap. 39 de la Sentencia puede leerse: «tratándose, por lo demás, de una prestación destinada a una persona que padece una discapacidad, el Tribunal remite igualmente, a título indicativo, al texto de la Recomendación del Comité de Ministros n°

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

trato, en lo concerniente al beneficio de las prestaciones sociales, entre los nacionales franceses o de países que hayan firmado un convenio de reciprocidad, y los demás extranjeros, no se basaba en ninguna "justificación objetiva y razonable" (ver, a contrario, Moustaquim contra Bélgica, sentencia de 18 de febrero de 1991). Aun cuando, en la época de los hechos, Francia no estaba vinculada por acuerdos de reciprocidad con Costa de Marfil, se comprometió, al ratificar el Convenio, a reconocer "a toda persona dependiente de su jurisdicción", lo que era sin ninguna duda el caso del demandante, los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio. Por tanto, ha habido una violación del art. 14 del Convenio en combinación con el art. 1 del Protocolo n° 1».

Al hilo de esta conexión entre el artículo 14 y el artículo 1 del Protocolo n° 1 al CEDH, merece la pena mencionar la reciente sentencia dictada el 8 de diciembre de 2009 por el Tribunal de Estrasburgo en un caso frente a España, el caso *Muñoz Díaz*. Al margen de la solución del caso concreto (sobre reconocimiento de pensión de viudedad a mujer de etnia gitana que contrajo matrimonio por el rito gitano), esta sentencia del TEDH admite asimismo una lectura en clave de inclusión social de dichas personas pertenecientes a minorías y el importante rol que al efecto está llamado a jugar el personal cualificado de los servicios sociales con las pertinentes intervenciones positivas.

En el ámbito de la Unión Europea, la jurisprudencia más sobresaliente del Tribunal de Justicia sobre protección social ha tenido que ver con el principio de no discriminación por razón de sexo, sobre todo en materia de protección de la maternidad o de la situación de vejez¹⁸³. Ahora bien, ello

R (92) 6, adoptada el 9 de abril de 1992 (apartado 27, *supra*), que tiende al establecimiento de una política y de medidas adaptadas para las personas con discapacidad, así como a las conclusiones del CEDS (apartado 29, *supra*). La citada Recomendación de 9 de abril de 1992, relativa a una política coherente para las personas con discapacidad, establece entre sus objetivos y directrices generales el compromiso de los Estados de «asegurar a las personas con discapacidad un nivel de vida digno a través de prestaciones económicas y servicios sociales apropiados», dado que las prestaciones sociales continúan siendo «en numerosos sectores un medio esencial, ya sea para estimular y facilitar la autonomía, ya sea para poner en marcha e incentivar esta puesta en práctica de los procesos de readaptación e integración». La referencia al CEDS lo es a las Conclusiones relativas al art. 12 CSE respecto de Francia (15° informe, período de referencia 1997-1998, Conclusiones XV-1, Tomo I, p. 227, 2000), en donde se declaró que la condición de reciprocidad en este tipo de prestaciones era discriminatoria y contraria a la citada disposición de la Carta.

183. Sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de permiso de maternidad de trabajadora que coincide con el período de vacaciones anuales de todo el personal establecido en un convenio colectivo, puede leerse la citada STJCE de 28 de marzo de 2004 (asunto C-342/01) dictada en el caso *Merino Gómez y Continental Industrias del Caucho SA*; sobre sustitución del permiso parental por el permiso de

no ha impedido que emita algunos pronunciamientos interesantes susceptibles de proyectar efectos en la organización de los servicios sociales, por ejemplo, en materia de cuidado de niños y servicio de guardería a domicilio. Concretamente, en el asunto *Eila Päivikki Maaheimo* (asunto C-333/00, Sentencia de 7 de noviembre de 2002), el Tribunal de Luxemburgo declaró que una prestación como el subsidio por guarda de un hijo a domicilio previsto por la Ley finlandesa sobre el subsidio por guarda de un hijo a domicilio y por custodia privada, constituye una prestación familiar¹⁸⁴. Para ello se recuerda la jurisprudencia anterior [en particular, la Sentencia dictada el 15 de marzo de 2001 en el caso *Offermanns* (asunto C-85/99)], en donde se afirmó que la expresión «compensar las cargas familiares», que figura en el artículo 1, letra u), inciso i), del Reglamento n° 1408/71, que define las «prestaciones familiares», debe interpretarse en el sentido de que se refiere, en particular, a una contribución pública al presupuesto familiar, destinada a aligerar las cargas derivadas de la manutención de los hijos¹⁸⁵.

8. CONSIDERACIONES FINALES: SERVICIOS SOCIALES Y PEDAGOGÍA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La pedagogía *de y para* la libertad o, si se prefiere, la pedagogía en materia de derechos humanos (y, entre ellos, del derecho al beneficio los servicios sociales), comporta una serie de obligaciones positivas para los poderes públicos que, más allá de los tintes electoralistas que pueda adquirir el cumplimiento de dichas obligaciones, pasa ante todo por la difusión de la forma de acceder a los servicios sociales. En tal línea se inscribiría, a título de ejemplo, la Resolución de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios

paternidad, véase la STJCE de 14 de abril de 2005, dictada en el caso *Comisión contra Luxemburgo* (asunto C-519/03). Sobre pensión de vejez (igualdad entre hombres y mujeres – diferente edad según el sexo para adquirir derecho a pensión), véase la STJCE de 4 de marzo de 2004, dictada en el caso *Peter Haackert y Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten* (asunto C-303/2002).

184. Ello, se declara en el fallo, «en el sentido del art. 4, apartado 1, letra h), del Reglamento (CEE) n° 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n° 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996».
185. En la STJCE de 19 de marzo de 2002 (asunto C-476/99, caso *H. Lommers*), el Tribunal avaló como acción positiva de política social destinada a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la medida adoptada por un Ministerio consistente en poner a disposición de su personal plazas de guardería subvencionadas reservadas exclusivamente a los hijos de funcionarias (para remediar la considerable infrarrepresentación de mujeres entre su personal), salvo casos de urgencia que correspondía apreciar al empleador.

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

Sociales mediante la que se anuncia la convocatoria del concurso público 28/07 para la adjudicación del Servicio de diseño, creación y producción de una Campaña de publicidad y comunicación para la difusión de la LD.

Al hilo de lo acabado de expresar, es preciso incidir en que la mejor garantía para su ejercicio, no sólo del derecho al beneficio de los derechos sociales sino de cualquier otro derecho, radica en la *educación en democracia* (social en este caso) y *en derechos humanos* (sociales en este supuesto) como *mecanismo preventivo*. Es decir, debe insistirse en la *cultura de los derechos y la pedagogía de la libertad*, especialmente en un ámbito como el que es objeto de estudio, en donde la desgraciada lógica «derechos de los pobres, pobres derechos» debe ser superada¹⁸⁶. Así, cabe fácilmente reparar en la paradoja siguiente: las personas con derecho a prestaciones no contributivas y a los beneficios de los servicios sociales a menudo desconocen que ostentan esos derechos para hacerlos valer, mientras que las personas que tienen conocimiento de su existencia frecuentemente no reúnen los requisitos de necesidad o dependencia para acogerse a ellos. Bien es cierto que la normativa en la materia, en el caso de España, es abundante y asimétrica, con normas sectoriales de las Comunidades Autónomas e incluso ordenanzas municipales (p. ej., beneficios fiscales para familias numerosas) con apoyo en la competencia sobre servicios sociales que a los entes locales atribuye la LBRL. La situación de inseguridad jurídica, naturalmente, se acentuará doblemente en el caso de las personas extranjeras¹⁸⁷.

Esa cultura debe ser una *nueva cultura*, que conciba el diseño y satisfacción de *los servicios sociales como un marco de bienestar social de todas las personas*, esto es, que supere la concepción del derecho de acceso a los servicios sociales como «derecho de los pedigüños» o, peor aún, de los parásitos del sistema, actitudes éstas que ciertamente habrá que combatir. En ese combate, por lo demás, no sólo interviene la *deontología ciudadana*, sino la *eficiencia de un personal formado al servicio de los servicios sociales* con capacidad para delimitar las necesidades y contingencias de las personas beneficiarias y, por supuesto, la altura moral de unos políticos que habrán de dejar de ver en la *procura de los derechos sociales* un mero rédito electoral. Sin lugar a dudas, en ese combate moral y solidario están llamados a jugar un papel nada desdeñable de concienciación los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil que operan en este sector.

En lo que atañe a la *formación del personal «al servicio» de los servicios sociales*, esa preparación habrá de ser cada vez más exigente, ante la diversificación

186. Expresión sumamente ilustrativa utilizada por IMBERT, 1989.

187. CAICEDO CAMACHO, p. 489.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de las necesidades y la diversidad (incluso cultural) de los beneficiarios: a título de ejemplo, categorías profesionales del trabajo social y de la mediación sociosanitaria jugarán un papel apreciable¹⁸⁸. Es más, la propia *concepción de los servicios sociales* ha evolucionado desde una consideración meramente asociada con los derechos sociales a *una visión más amplia guiada por la noción de obligación positiva* que lleva a actuar a los servicios sociales no sólo en situaciones eminentemente prestacionales públicas (cfr. nuevamente la normativa de la Unión Europea en materia de asilo y protección subsidiaria), sino asimismo de injerencia en la vida privada y familiar (cfr. asimismo de nuevo la jurisprudencia del TEDH).

Llegados a este punto, no solamente estamos pensando en unos *servicios sociales prestados por funcionarios públicos*, sino asimismo *por agentes privados y la sociedad civil*, desde la perspectiva más amplia del *desarrollo humano sostenible*¹⁸⁹ (*supra*, 5.2.2). Tal vez desde este punto de vista se atempere el enfoque prevalentemente mercantilista que impregna las relaciones humanas, sociales y comerciales en el mundo actual, y a las que no escapa la organización de los servicios sociales (como servicios económicos de interés general en el seno de la Unión Europea)¹⁹⁰.

En lo que concierne a las *nuevas necesidades y contingencias*, el alcance del derecho al beneficio de los servicios sociales puede quedar modulado en el tiempo y en espacio; en la sociedad en la que vivimos, se dibuja una tenue frontera entre nuevas exigencias y novedosas formas de opulencia, entre nuevas exigencias y emergentes signos de ostentación. En cualquier caso, el paso dado por la LD, si bien no da pie por el momento para hablar de irreversibilidad de una conquista social ya conseguida, sí impide que se frustre la realización del derecho fundamental al beneficio de los servicios sociales por actitud irresponsable o arbitraria de los poderes públicos (ya sea a través de un abusivo recurso al silencio administrativo ante situaciones personales difíciles que justamente requieren celeridad¹⁹¹, o mediante otro tipo de conculcación

188. PÉREZ, pp. 277-278, y 284.

189. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Reconceptualising Governance –Discussion Paper 2*, UNDP, New York, 1997. p. iii.

190. *Vid.* BUENO ABAD, 1992.

191. En la praxis, la falta de celeridad y, peor aún, la callada por respuesta a las solicitudes de potenciales de beneficiarios de los servicios sociales, constituye uno de los problemas esenciales de la puesta en práctica de la LD, que por lo mismo ha generado un número importantísimo de quejas ante las Defensorías del Pueblo autonómicas, así como a algunas actuaciones de oficio de esos mediadores de la ciudadanía. En lo que atañe a las quejas, valgan tres ejemplos extraídos de Informes anuales correspondientes a 2009, con datos desiguales: así, en el Informe anual del DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA REGIÓN DE MURCIA puede leerse que «durante el período de 2008 de funcionamiento de esta Institución y durante todo 2009, hemos recibido 30 quejas de atención a la dependencia, lo que representa un 4,65 % frente al total

Capítulo XIII. El derecho a los servicios sociales

de claras *obligaciones positivas constitucionalizadas* como las impuestas a favor de personas con discapacidad o de personas mayores por los arts. 49 y 50 CE)¹⁹²; si bien no da pie por el momento para aludir a la «Red de servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia» (art. 16 LD) en términos de «Sistema Nacional de Servicios Sociales» ni, por tanto, en términos de garantía institucional similar a la que se reconoce en el «Sistema Nacional de Salud»¹⁹³, sí aboga por una efectividad del derecho a los servicios

analizadas» (p. 67), mientras que en el Informe anual del SÍNDICO DE AGRAVIOS (SÍNDIC DE GREUGES) DE LA COMUNITAT VALENCIANA se indica que «respecto a las quejas presentadas por la ciudadanía, cabe destacar que de las 3.647 presentadas, un total de 948 se refirieron a la obtención de las ayudas de la Ley de la Dependencia (en 2008, de las 3.927 quejas presentadas, 1.864 tenían por objeto los problemas derivados de la aplicación de dicha Ley)»; en un plano intermedio en cuanto a la estadística, en el Informe anual del DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ se reseña en el apartado sobre «dependencia y servicios sociales» (p. 677) que «Un total de 329 quejas se han planteado en relación a esta temática, la mayoría de ellas relacionadas con derechos derivados de la denominada ley de dependencia, 128 correspondientes a mayores dependientes y 73 a discapacitados, entre otras. Sin duda la circunstancia de que en estos primeros años de vigencia de la Ley de Dependencia se este tramitando un considerable número de expedientes relativos a esta material (374.000 solicitudes acumuladas y mas de 140.000 beneficiarios de ella en Andalucía a 1 de enero de 2010), es la causa de su significativa presencia en la reclamación ciudadana que se nos presenta, afectando a distintas cuestiones como son las demoras en la valoración de la situación de dependencia (41), PIA (35), prestaciones y ayudas económicas (27), servicios (40) y copago (8)». En cuanto a las actuaciones de oficio, con una visión amplia, es interesante la lectura del Informe especial del DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA al Parlamento navarro sobre *El régimen jurídico de plazos preclusivos para la impugnación del silencio administrativo*, julio de 2008 (50 pp.), así como del Informe especial de la DEFENSORA DEL PUEBLO RIOJANO de 31 de octubre de 2008, sobre el *Estudio de los derechos de los ciudadanos frente al silencio administrativo de las Administraciones Riojanas (Autonómicas y Locales). El silencio administrativo versus el deber de resolver expresamente* (48 pp.). De manera más específica, en el Informe del PROCURADOR DEL COMÚN DE CASTILLA Y LEÓN sobre *Aplicación de la Ley de Dependencia en Castilla y León* (Actuación de oficio 20081109), octubre de 2008 (23 pp.), se formula esta expresa recomendación (p. 21): «2. Arbitrar los medios organizativos idóneos (humanos, materiales y procedimentales) para agilizar la tramitación de los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia y de concesión de las prestaciones, resolviendo en los plazos establecidos y eliminando los importantes retrasos que se siguen produciendo en su resolución y las consecuencias indeterminadas del silencio administrativo positivo por falta de resolución».

192. Tampoco es descartable, para compensar la celeridad impuesta jurídicamente, que se negocien políticamente criterios que premien la buena gestión: léase MORÁN, «La financiación de la dependencia premiará la agilidad en las ayudas», diario *El País*, 1 de junio de 2010 (<http://www.elpais.com/archivo>).
193. Ello no obstante, como bien ha afirmado ROQUETA BUJ (2009, pp. 60-61): el SAAD se configura «como una "superestructura" sectorializada por razón de la materia que integra, de manera coordinada, centros y servicios de muy diversas procedencias y titularidades. [...] el SAAD será operativo como un único dispositivo, formado por el conjunto de los Servicios regionales para la Autonomía y Atención a la Dependen-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sociales guiada por el principio de progresividad (que se sustenta, en última instancia, en la propia cláusula de progreso del art. 9.2 CE)¹⁹⁴.

Por último, en la estela de lo expuesto y del espíritu que impregna la presente obra, puede afirmarse que el derecho al beneficio de los derechos sociales se erige en uno de los elementos básicos del *Derecho constitucional de la protección social*, una afirmación que se ve reforzada por la adhesión expresa de nuestro Texto Constitucional de 1978 (art. 10.2) a la DUDH (en especial, arts. 22 y 25) y, en consecuencia, al movimiento de universalidad de los derechos sociales por ella impulsado¹⁹⁵.

cia, a imagen y semejanza del Sistema Nacional de Salud». Y concluye la citada autora en p. 65: «En definitiva, el SAA constituye un Sistema de derechos exigibles, de carácter universal, con unos mínimos iguales en todo el territorio del Estado español y de base pública».

194. La aplicación de la idea de garantía institucional aplicada al campo de la salud es sustentada y analizada exhaustivamente por LEÓN ALONSO, pp. 233 y ss. Sobre esta cuestión, han expuesto asimismo GARCÍA HERRERA, y MAESTRO BUELGA (1999, p. 50): la peculiaridad de la garantía institucional radica en «superar la imagen estática y admitir una visión dinámica en la que la falta de protección constitucional de un contenido "concreto" se suple con la existencia de un contenido histórico que conforma un centro susceptible de ser garantizado». Se trata, en definitiva, de un núcleo salvaguardado por la Constitución y desarrollado por vía legislativa, desarrollo que propicia consolidar su contenido prestacional y adaptarlo a una imagen social arraigada, cuyas líneas maestras no pueden ser desmanteladas ni suprimidas.
195. Sobre la base de esos dos preceptos de la DUDH (arts. 22 y 25), ha sostenido ROMÁN (2009, p. 118): puede considerarse que dichas disposiciones han fundado «un derecho a la protección social», entendida ésta, de manera global, en el sentido de sustento «material, sanitario y monetario contra la pobreza y la enfermedad. Según dicha acepción, el derecho a la protección social engloba el derecho de acceso a los servicios sociales y bienes indispensables (vivienda, alimentación, agua), a una ayuda en el acceso a los cuidados (material mediante la organización de servicios públicos sanitarios o financiera a través de un reembolso de los gastos sanitarios), el derecho a participar en procedimientos o mecanismos de tipo asegurador o asistencial que permitan la garantía de una renta de sustitución en caso de falta de ingresos personales. La ambición del texto de 1948 era así la de garantizar una protección global contra la pobreza, en la senda del discurso pronunciado por Roosevelt el 6 de enero de 1941 al clasificar entre las cuatro libertades esenciales aquella que consistía en "verse liberado de la necesidad", haciendo el Preámbulo de la Declaración que ésta fuera "la más alta aspiración del hombre". El texto de 1948 barría así las distinciones entre derechos civiles y derechos sociales, dando testimonio de la indivisibilidad de los derechos y haciendo de los derechos sociales el sustento indispensable para a protección de la vida humana».

Capítulo XIV

El derecho a un mínimo vital*

1. INTRODUCCIÓN

Entre los derechos sociales de prestación que reconocen las Constituciones democráticas de los países de nuestro entorno no es habitual encontrar el reconocimiento expreso del derecho a un mínimo vital o a unos recursos mínimos garantizados, del mismo modo que, con distinta justiciabilidad, sí se reconocen el derecho a la educación, al trabajo, a la Seguridad Social, a la protección de la salud, a la vivienda, etc. Sin embargo, desde distintos foros se viene reivindicando, como objetivo central de cualquier sistema de protección social en sociedades avanzadas, la garantía de unos recursos mínimos de subsistencia para todo individuo, independientemente de su situación personal, laboral, familiar, etc., como una concreción del derecho a un mínimo vital¹.

Notables excepciones a esta ausencia de reconocimiento constitucional son las Constituciones de algunos entes territoriales en los Estados compuestos. Así, en las Constituciones de algunos *Länder* alemanes se reconoce el derecho a la subsistencia en caso de penuria². El mismo camino se ha seguido en algunos Estatutos de Autonomía que han sido recientemente reformados en España, como más adelante se pondrá de manifiesto.

El hecho de que en la Constitución española de 1978 no exista un reconocimiento expreso del derecho a un mínimo vital hace recomendable alterar en parte el esquema que se ha seguido en este libro para el estudio de

* Por Encarna CARMONA CUENCA.

1. JIMENA QUESADA, 1997, pp. 277-278.

2. Art. 168 de la Constitución de Baviera; art. 14 de la Constitución de Berlín, art. 58 de la Constitución de Bremen y art. 28 de la Constitución de Hesse. *Vid.* ALEXY, 1993, p. 420.

los demás derechos sociales de prestación. No se partirá aquí de las fuentes constitucionales y normativas de este derecho, sino de sus antecedentes, concepto y fundamentación para, posteriormente, aludir a su reconocimiento en los tratados internacionales y, finalmente, tratar de adscribir el derecho a un mínimo vital a otros derechos que sí están expresamente contemplados en la Constitución.

2. ANTECEDENTES

Como origen remoto del derecho a un mínimo vital suele mencionarse la institución en Roma de una garantía de base. El concepto que entonces se utilizaba era el de «rentas de la ciudadanía», prestación que acompañaba a la condición de ciudadano. Todos los ciudadanos tenían derecho a un mínimo de trigo (la *frumentatio*) y se trataba de un auténtico derecho y no de un don o de una simple liberalidad³.

Esta concepción desapareció en la Edad Media, época en la que los teólogos y su «Derecho de los pobres» ponían el acento en los aspectos éticos más que en los aspectos jurídicos. Más tarde, los autores de la Edad Moderna (HOBBS, LOCKE, MONTESQUIEU, ROUSSEAU) desarrollaron esta idea, pero concebida como un deber laico para con los indigentes, como una especie de «deontología de la distribución»⁴.

Parece que el primer ensayo conocido de renta mínima en la Europa industrial se llevó a cabo en 1795 en Speenhamland, un pequeño pueblo inglés, aunque su aplicación no fue ni general ni regular. La experiencia, que terminó con la «Ley de los Pobres» de 1839, consistía en conceder un mínimo de trigo por semana, pero se trataba de una medida paternalista de los propietarios ricos ingleses para evitar que los campesinos empobrecidos se rebelasen⁵.

En el siglo XX la idea se precisa hasta proponerse modalidades más concretas de su puesta en práctica: en Inglaterra se reivindicó el establecimiento de un «dividendo social»; en Francia se propugnó un «mínimo social garantizado» para todo individuo desde el nacimiento hasta la muerte, independientemente de todo trabajo o cualquier otra condición. Estos ejemplos hacen referencia a países con economía de libre mercado. En los países de economía socialista se aseguraba desde el Estado con mayor o menor éxito un mínimo de subsistencia para todos los ciudadanos.

3. JIMENA QUESADA, 1997, p. 283.

4. MILANO (1989, p. 5), citado por JIMENA QUESADA, 1997, pp. 283-284.

5. SPENCER (1984), citado por JIMENA QUESADA, 1997, p. 284.

En la actualidad, las prestaciones asistenciales públicas se realizan fundamentalmente en el ámbito de la Seguridad Social y de la asistencia social, como más adelante veremos.

3. CONCEPTO

No existe una única definición de este derecho. Ni siquiera su propia denominación es pacífica. JIMENA QUESADA habla del «derecho a recursos mínimos garantizados» para referirse al atendimento por el Estado de las necesidades básicas (alimentación, vivienda, salud, educación) que deben estar cubiertas por los servicios públicos de forma que lleguen a los sujetos que no estén en condiciones de proveerse por sí mismos de los recursos precisos⁶. Sin embargo, consideramos que esta concepción es muy amplia y con ella el derecho a un mínimo vital se solaparía con otros derechos sociales que tienen una historia constitucional más extensa, como son el derecho a la vivienda, a la protección de la salud o a la educación.

Cuando hablamos del derecho a un mínimo vital, debemos referirnos al derecho de todos los individuos que forman una comunidad a contar con una cantidad mínima para hacer frente a sus necesidades más básicas (como la alimentación y el vestido). Los derechos a la educación y a la protección de la salud son objeto de un reconocimiento expreso en las Constituciones y en las Declaraciones internacionales y, además, cuentan, en la mayor parte de los Estados, con una infraestructura de servicios públicos para hacerlos llegar a todos los ciudadanos (y, en algunos casos, a todas las personas). A su vez, la vivienda, que también es una necesidad básica, viene siendo objeto también de un reconocimiento expreso en varias constituciones y declaraciones internacionales y plantea una problemática específica, que no debemos abordar aquí, pues es objeto de otro capítulo de esta obra (*supra*, XV). Tampoco debemos abordar aquí, por la misma razón, el derecho a la protección en situaciones de dependencia (*infra*, XII).

El derecho a un mínimo vital se refiere más bien a la libre disposición de unos recursos económicos mínimos para hacer frente a las necesidades más perentorias del ser humano, como hemos visto. Dejando aparte el caso de las personas que cuentan con suficientes medios propios para subsistir, estos recursos pueden provenir bien del pago de un salario a los trabajadores por cuenta ajena o bien de una cantidad periódica abonada por los poderes públicos a aquellos ciudadanos que no realizan un trabajo remunerado (parados, ancianos, enfermos, discapacitados, etc.).

6. JIMENA QUESADA, 1997, p. 277, y MARTÍN MATEO, 1991, p. 1446.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En un principio, se puede pensar que las necesidades a las que trata de hacer frente el derecho a un mínimo vital son, por una parte, la que pueden tener los trabajadores, para evitar que los salarios que perciben sean insuficientes para asegurar ese mínimo necesario para la subsistencia digna y, por otra parte, la que pueden tener las personas que, por una u otra razón, no realizan un trabajo remunerado. Pero es preciso distinguir ambos supuestos. El derecho a un mínimo vital trataría de dar respuesta a la segunda necesidad, la de las personas que no realizan un trabajo remunerado (ni disponen de medios económicos para vivir)⁷. La necesidad de los trabajadores está atendida por el derecho a un salario suficiente, que cuenta con un reconocimiento expreso en diversas declaraciones internacionales y estatales y con una importante legislación de desarrollo en los diversos países, que incluye el establecimiento del denominado «salario mínimo interprofesional»⁸.

Sin embargo, no se puede perder de vista la íntima relación que guardan ambos derechos, el derecho a una remuneración suficiente y el derecho a un mínimo vital. La razón es que en las primeras sociedades industriales y en la mayoría de los actuales países en vías de desarrollo los trabajadores asalariados que no disponen de otros medios de subsistencia constituyen el colectivo social que se encuentra en una situación social inferior. Incluso en nuestras sociedades actuales desarrolladas existe un importante sector de trabajadores por cuenta ajena cuyos salarios son de mera subsistencia. Además, estos colectivos se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad pues si por alguna razón (enfermedad, incapacidad, vejez, desempleo...) no pueden seguir realizando un trabajo remunerado pueden verse abocados a situaciones de necesidad o pobreza. Esto explica que en las declaraciones internacionales de derechos se reconozcan en ocasiones de forma conjunta o solapada los derechos a una remuneración suficiente y a un mínimo vital para atender a situaciones de necesidad, como veremos.

Más adelante volveremos sobre la relación entre estos derechos, pues ambos atienden no sólo a proporcionar a las personas unos medios económicos para subsistir sino también a facilitar su inserción en la sociedad. La relación laboral se ha entendido tradicionalmente como el medio por excelencia de inserción social pero cuando este medio falla, como sucede en

7. En este sentido, puede verse PIZZOLATO (2004, p. 164), para quien el establecimiento de un mínimo vital intenta conseguirse con distintas instituciones y, sobre todo, con la disciplina del trabajo y el suministro de servicios y transferencias monetarias a las personas pero, en sentido estricto, el mínimo vital se concreta en intervenciones asistenciales de carácter económico (aunque no exclusivamente) dirigidas a personas que se encuentran en situación de pobreza.

8. Sobre el tema *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, 1993.

nuestras sociedades actuales, se hace necesario acudir a otras prestaciones públicas. Ahora bien, de momento, y a efectos sistemáticos, atenderemos a la problemática de las personas que, por no realizar un trabajo remunerado ni disponer de medios económicos propios, necesitan de prestaciones públicas para sobrevivir. De esta forma, se plantea un primer interrogante: ¿Es legítimo y/o conveniente garantizar el derecho a un mínimo vital para todos los individuos de una comunidad?. En el siguiente apartado se expondrán algunas de las respuestas que se han formulado.

4. FUNDAMENTO

La primera justificación que se ha esgrimido para legitimar tal derecho es el argumento de la libertad real. Uno de los pilares básicos del Estado de Derecho es la garantía de la libertad, nuestra Constitución la reconoce como uno de los «valores superiores del ordenamiento jurídico» (art. 1 CE). Pero para que los individuos puedan disfrutar realmente su libertad es preciso que dispongan de un mínimo de seguridad económica⁹. Si no cuentan con unos recursos materiales mínimos, su derecho a la libertad será ficticio. Esta idea fue puesta de manifiesto por Roosevelt en su famoso mensaje de 6 de enero de 1941, al enunciar las cuatro libertades fundamentales. Una de ellas era la libertad de no hallarse en estado de necesidad, junto a la libertad de palabra y de expresión, la libertad de culto y la libertad de no vivir con miedo¹⁰.

Una segunda justificación del derecho a un mínimo vital es el principio de igualdad, también reconocido constitucionalmente como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). El principio de igualdad en nuestros días no debe ser entendido solamente como prohibición de la discriminación (igualdad formal) sino que ha de ser entendido también como igualdad material, es decir, como equiparación en las condiciones reales de la existencia, finalidad para la que puede ser necesario establecer normativamente un trato diferenciado¹¹. De esta forma, el aseguramiento de las condiciones materiales mínimas de la existencia es necesario para conseguir la igualdad real de todos los individuos de una comunidad¹².

En una economía de mercado, son las relaciones económicas libres las que disponen la distribución de bienes en la comunidad. Pero esta libertad

9. En la construcción de ALEXY (1993, pp. 486-487) la primera justificación de los derechos fundamentales sociales era, también, la libertad fáctica.

10. JIMENA QUESADA, 1997, p. 279.

11. Sobre la igualdad material, puede verse CARMONA CUENCA, 1994 y 2006b.

12. Para una justificación del derecho a un mínimo vital y de los derechos sociales de prestación en general con apoyo en el principio de igualdad, *vid.*, también, PÉREZ LUÑO (1981), PRIETO SANCHÍS (2000) y JIMENA QUESADA (1997, p. 279).

económica no debe suponer que determinados individuos queden totalmente al margen de ese proceso de distribución, sumidos en la pobreza y sin medios económicos para subsistir con dignidad. El Estado social de nuestros días se plantea como una de sus finalidades asegurar el bienestar de sus ciudadanos y, sin unos recursos económicos mínimos, estos ciudadanos entran en un proceso de marginación del que es muy difícil, si no imposible, salir¹³. Para que las relaciones económicas puedan desarrollarse en libertad, es preciso asegurar un mínimo de recursos para todos los miembros de la comunidad. A partir de ese mínimo, serán las capacidades individuales y las leyes económicas de la oferta y la demanda las que determinen las diferencias en el disfrute de los bienes por unos y otros ciudadanos.

Otra posibilidad de fundamentar el derecho a un mínimo vital viene dada por el reconocimiento constitucional del derecho a la vida y de la dignidad humana. Así se ha intentado en concreto para la Constitución española de 1978, como más adelante veremos.

5. FUENTES

5.1. NORMATIVA INTERNACIONAL

En la DUDH se contienen dos reconocimientos de derechos que pueden tener incidencia sobre el derecho a un mínimo vital y esta doble referencia será una constante en otros textos. Por un lado, se reconoce el derecho del trabajador a «una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social» (art. 23.3). Y, por otro lado, se proclama también el derecho de toda persona a «un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios» (art. 25.1).

En el PIDESC se contiene también esta doble referencia. En el artículo 7 se reconoce el derecho de todos los trabajadores a una remuneración suficiente para proporcionarles, a ellos y a sus familias, unas condiciones de existencias dignas. Y en el artículo 11 se reconoce «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua de las condiciones de existencia».

13. Sobre el Estado social puede verse CARMONA CUENCA (2000) y la bibliografía allí recogida.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

En el ámbito del Consejo de Europa, los derechos sociales de prestación están reconocidos esencialmente en la CSE, aprobada en 1961 y revisada en 1996, en la que también encontramos la doble referencia a la que aludimos. En primer lugar, en el artículo 4 se reconoce el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para asegurar a sí mismos y a sus familias un nivel de vida «decoroso». En segundo lugar, se reconocen también los derechos a la «asistencia social» (art. 13) y a los «beneficios sociales» (art. 14). Con el primero se trata de garantizar asistencia social y médica a «toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes». Con el segundo se trata de asegurar el disfrute efectivo de los beneficios sociales a todos «los individuos y los grupos de la comunidad».

En el mismo ámbito del Consejo de Europa, el CEDH no contiene un reconocimiento expreso de los derechos sociales de prestación, puesto que es básicamente una declaración de derechos civiles y políticos. Sin embargo, existe alguna jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha deducido derechos sociales de determinados derechos de libertad reconocidos en el Convenio¹⁴. Aunque el Convenio no reconoce expresamente el derecho a un mínimo vital, algunos autores consideran que este derecho podría deducirse de otros derechos garantizados, como el derecho a la vida (art. 2 CEDH), la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (art. 3 CEDH) o el derecho a la libertad y seguridad, consideradas efectivas (art. 5 CEDH), entre otros¹⁵.

Por otra parte, el Consejo de Europa ha promovido o elaborado gran número de documentos no vinculantes que tienen que ver con la protección social y el derecho a un mínimo vital. Estos documentos están dirigidos a los Estados miembros para que adopten medidas a favor de los trabajadores migrantes y de los pobres. De ellos destaca la Recomendación 1196 (1992), de 7 de octubre de 1992, relativa a la extrema pobreza y a la exclusión social: hacia recursos mínimos garantizados, en la que se hace hincapié en la tensión entre los derechos humanos y la pobreza y en la imposibilidad fáctica de disfrute de estos derechos por las personas que se encuentran en la situación de extrema pobreza.

-
14. Así, en su Sentencia de 27 de marzo de 1998 (*Gaygusuz contra Austria*), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del derecho de propiedad privada reconocido en el art. 1 del Protocolo 1 del CEDH, construye el derecho a la pensión de un trabajador y le aplica la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH. *Vid.* CARMONA CUENCA, 2005, p. 688.
 15. JIMENA QUESADA, 1997, p. 289. En el mismo sentido, *vid.* SUDRE (2004, p. 117), quien propone la apertura del Convenio a nuevos derechos económicos y sociales como el «derecho a vivir en condiciones conformes con la dignidad humana».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el marco de la Unión Europea¹⁶ el primer documento reseñable en que se reconocen derechos sociales es la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989. Aunque esta Carta es de aceptación voluntaria por los Estados miembros, hay que destacar que ha inspirado varias Directivas sobre política social¹⁷. En ella se contiene la doble referencia a la satisfacción de las necesidades básicas del individuo, de forma similar a como lo hacen las Declaraciones de Naciones Unidas. El artículo 5 pretende garantizar a los trabajadores una remuneración equitativa, suficiente para proporcionarles un nivel de vida digno. Y el artículo 10 se refiere a la protección social, tanto para los trabajadores como para las personas que estén excluidas del mercado de trabajo y no dispongan de medios de subsistencia.

En el TCE no existía un reconocimiento expreso de los derechos sociales de prestación, tal vez porque la finalidad fundamental de la Comunidad Europea era, en su inicio, la integración económica. Aún así, en el Preámbulo del TCE se formuló como objetivo de ésta la «constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos» y en el artículo 136 del mismo Tratado, que inicia el Título relativo a la Política Social, se establece también este mismo objetivo, al que se une la lucha contra las exclusiones y la mejora de la protección social (art. 137 TCE, actual art. 151 TFUE). A su vez, los Protocolos XIV y XV, anexos al Tratado de la Unión Europea, establecían el principio de la cohesión económica y social, así como el compromiso de continuar la vía trazada por la CSE.

La CDF, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, contiene un apartado denominado «Solidaridad» en el que se reconocen varios de los derechos denominados económicos y sociales. En el artículo 31 se consagra el derecho a unas «condiciones de trabajo justas y equitativas», aunque no se enuncia expresamente el derecho a un salario suficiente. Y en el artículo 34 se reconoce el derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en caso de necesidad y el derecho a una ayuda social «para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes».

5.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Española de 1978 no contiene un reconocimiento expreso del derecho a un mínimo vital con carácter general, aunque sí se reco-

16. Sobre los derechos sociales en el Derecho Comunitario, puede verse HERREROS LÓPEZ, 2006.

17. Así, las Directivas 91/533, de 14 de octubre, o la 93/104, de 23 de noviembre. *Vid.* DE LA VILLA GIL, 2001, p. 19.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

noce el derecho a una remuneración suficiente para todos los trabajadores (art. 35.1 CE), derecho que, según hemos visto, está íntimamente relacionado con aquél.

Sin embargo, a pesar de esta falta de reconocimiento expreso, creemos que es posible deducir del texto de la Constitución Española la garantía del derecho a un mínimo vital, partiendo de la consagración de otros derechos¹⁸. En primer lugar, el derecho a un mínimo vital podría adscribirse al reconocimiento constitucional del derecho a la vida en el artículo 15. Así lo entendió el profesor GOMES CANOTILHO en un conocido trabajo publicado en 1988¹⁹. Partiendo de los artículos de las Constituciones española (art. 15) y portuguesa (art. 24.1) que reconocen el derecho a la vida, el autor extrae varias consecuencias normativas. En primer lugar, estos artículos significan que el Estado no puede disponer de la vida de los ciudadanos bajo ningún concepto. En segundo lugar, los ciudadanos tienen derecho a la protección de la vida a través del Estado, contra los ataques o medidas de terceros, lo que implica la adopción, por los poderes públicos, de normas (p. ej., leyes penales) o actuaciones (detenciones, prisiones, etc.). Y, en tercer lugar, los ciudadanos tienen derecho a la obtención de prestaciones públicas que faciliten condiciones de subsistencia mínimas, lo que constituiría un derecho social de prestación, derecho subjetivo definitivo de prestación en la terminología de Robert ALEX²⁰.

El reconocimiento de este derecho no significa, para el profesor GOMES CANOTILHO, que exista un deber correlativo del Estado de suministrar estas prestaciones mínimas a los ciudadanos ni que el ciudadano tenga un derecho de acción frente a los poderes públicos en reclamación de estas prestaciones mínimas. Una cosa es afirmar la existencia de un derecho y otra cosa es determinar cuáles son los modos o formas de protección de ese derecho (acción judicial, procedimiento administrativo). El hecho de reconocer un derecho a la vida como derecho a prestaciones mínimas no significa imponer de qué manera el Estado debe llenarlo de contenido. A diferencia de lo que ocurre con las dos primeras concreciones del derecho a la vida (no matar y protección frente a las agresiones), en la regulación de las prestaciones vitales mínimas existe un relativo espacio de discrecionalidad del legislador. Ahora bien, este espacio de discrecionalidad no es total, existen determinantes constitucionales heterónomos que vinculan al legislador, pues están positivizados en las Constituciones (en la Constitución Española estos determinan-

18. A la misma conclusión llega ALEX^Y (1993, pp. 419 y ss. y 482 y ss.) partiendo de la Constitución alemana.

19. GOMES CANOTILHO, 1989, pp. 249-250.

20. ALEX^Y, 1993, p. 485.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tes estarían constitucionalizados en el Capítulo III del Título I «Principios Rectores de la Política Social y Económica»). En este sentido, además, el profesor GOMES CANOTILHO recuerda que el Tribunal Constitucional alemán viene afirmando que el Estado está obligado a proteger el derecho a la vida, en el campo de las prestaciones asistenciales mínimas, eligiendo un medio o varios medios que conviertan en efectivo ese derecho y, en el caso de que sólo exista un único medio de darle efectividad práctica, deben escoger precisamente ese medio²¹.

Otros autores han intentado deducir el derecho a un mínimo vital de diversos preceptos constitucionales. El profesor PRIETO SANCHÍS afirma que el derecho al mínimo vital podría construirse a partir del derecho a la vida (art. 15 CE), del principio del Estado social (art. 1.1 CE), conectado a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y también de algunos principios rectores, como el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE)²². En un sentido similar, aunque con referencia a la Constitución alemana, merece la pena citar aquí la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 9 de febrero de 2010 en la que considera que es posible derivar la garantía de un «mínimo de subsistencia digno» de los principios de dignidad humana (art. 1.1 LFB) y de Estado democrático y social (art. 20.1 LFB)²³.

A su vez, el profesor JIMENA QUESADA pone de manifiesto cómo este derecho puede deducirse de diversos preceptos contenidos en el mencionado Capítulo III del Título I de la Constitución Española, en la medida en que estos principios contemplan la protección básica y mínima de determinados colectivos vulnerables frente a la eventual insuficiencia de recursos. Como preceptos constitucionales que podrían fundamentar este derecho cita el artículo 39 (protección de la familia y los hijos); el artículo 49 (protección de los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos); el artículo 50 (protección de los ancianos) y el artículo 41 (protección de los desempleados), entre otros. Pero tal vez son los arts. 40 («Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa») y 41 («Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo») los preceptos que más claramente podrían fundamentar el derecho de todos los ciudadanos a unas prestaciones existenciales mínimas²⁴.

21. GOMES CANOTILHO, 1989, pp. 252-253.

22. PRIETO SANCHÍS, 2000.

23. Para una referencia más extensa a esta Sentencia, *Vid. Supra* epígrafe 9 de este mismo Capítulo.

24. JIMENA QUESADA, 1997, pp. 297-299.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

Ahora bien, como quiera que estos artículos de la Constitución ven limitada su eficacia por el artículo 53.3 CE, el profesor JIMENA QUESADA propone deducir el derecho a un mínimo vital de otros preceptos constitucionales que sí gozan de las máximas garantías, incluido el recurso de amparo constitucional, como son el derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE, el derecho a la libertad y seguridad personales del artículo 17 CE, el derecho a la igualdad del artículo 14 CE o el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y aporta jurisprudencia constitucional en apoyo de sus tesis²⁵.

Otra forma de adscribir el derecho a un mínimo vital a los derechos reconocidos en la Constitución es la que parte del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo en el artículo 35 de la Constitución. Aunque este artículo no puede fundamentar un recurso de amparo constitucional ni un recurso de amparo ordinario, puede ser defendido en los procesos jurisdiccionales comunes, en ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

Esta interpretación ha sido defendida por varios autores para otras Constituciones que también reconocen un derecho equivalente al consagrado en nuestro artículo 35 CE. El profesor SCHNEIDER considera que del derecho a la libre elección de profesión del artículo 12 LFB podría derivarse una pretensión del ciudadano en situación de paro de beneficiarse del seguro de desempleo (no así de obtener un puesto de trabajo determinado)²⁶. A su vez, C. MORTATI, comentando los artículos de la Constitución italiana que se refieren al derecho al trabajo, estima que este derecho no se sustancia en la pretensión de obtener un puesto de trabajo, sino en la adopción de las medidas susceptibles de realizar el pleno empleo y, en su defecto, en la atribución de una indemnización suficiente para asegurar la subsistencia del desocupado involuntario y de su familia, indemnización que debería, así, asumir el carácter de resarcimiento por la frustrada obtención del trabajo²⁷.

También con referencia a la Constitución italiana, podemos encontrar una bien trabada articulación del derecho a un mínimo vital en la obra de Filippo PIZZOLATO²⁸. Para este autor, del análisis del texto constitucional italiano, especialmente de su artículo 38 (que reconoce el derecho de los ciudadanos incapaces para trabajar y desprovistos de medios económicos al «mantenimiento» y a la asistencia social) en relación con los artículos 4, 36 y 37

25. Idem, pp. 301 y ss.

26. SCHNEIDER, 1979, p. 31.

27. MORTATI, 1976, p. 1137.

28. PIZZOLATO, 2004, esp. pp. 163 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

(referidos al derecho al trabajo) cabe derivar la previsión constitucional de un sistema de protección de base, o «mínimo vital», de cobertura universal. Este sistema sería compatible con una pluralidad de instituciones (las regiones tienen atribuida competencia en materia de asistencia social a raíz de la reforma constitucional de 2001) pero sería constitucionalmente obligado. Incluso, afirma PIZZOLATO que el Estado legislador debería establecer unos «niveles esenciales», que deberían respetar las regiones. El problema, a juicio del autor, es que la legislación que ha intentado poner en práctica las previsiones constitucionales, se ha centrado en la atención a categorías determinadas de personas, en lugar de atender las necesidades de la pobreza con carácter universal²⁹.

Con relación al artículo 35 de la Constitución española la cuestión es determinar cuál es el contenido del derecho al trabajo, qué es lo que puede reclamarse ante los tribunales. Y este contenido, como el de todos los derechos sociales de prestación, no puede ser fijo e invariable, sino que ha de adaptarse a las circunstancias históricas³⁰. Podemos considerar que no se trata de que todo ciudadano pueda exigir de los poderes públicos que se le proporcione un puesto de trabajo y esto por dos razones: en primer lugar, porque sólo la planificación total de la economía puede desterrar por completo el problema del paro y esta planificación total entraría en contradicción con otros preceptos constitucionales que reconocen la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Y, en segundo lugar, porque, si excluimos este tipo de planificación, incluso en las situaciones con mayor nivel de empleo, existe siempre un cierto nivel de paro coyuntural.

Pero si no es posible, aunque sí deseable, que todos los ciudadanos puedan disponer de un puesto de trabajo, esta situación óptima puede y debe sustituirse por otra en la que el ciudadano que, por la razón que sea, no pueda disponer de un puesto de trabajo adecuado disponga, al menos, de un subsidio que le permita vivir dignamente³¹. Refuerza esta interpretación el mismo artículo 35, ya que, como hemos visto, no sólo reconoce el derecho al trabajo, sino también «el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia», estableciendo, así, un mínimo de medios con que todo trabajador debe contar.

29. Cita el autor la institución del *reddito minimo di inserimento (RMI)*, creada por Decreto Legislativo 237/1998 y la más reciente del *reddito di ultima istanza (RUI)*, configurada por Ley 350/2003.

30. Refiriéndose al derecho al trabajo, el profesor SAGARDOY dice que «es un derecho pleno en su formulación y variable en su contenido», (SAGARDOY BENGOCHEA y SAGARDOY DE SIMÓN, 1996, p. 575).

31. Ésta es la interpretación que defendió LÓPEZ GUERRA en 1980, p. 324.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

Refuerza, asimismo, esta fundamentación la interpretación conjunta del artículo 35 con el artículo 41 de la Constitución, que configura la obligación de los poderes públicos de realizar prestaciones en caso de desempleo. De este modo, la relación del artículo 41 CE con el derecho al trabajo del artículo 35 CE es clara: uno y otro constituyen dos alternativas de una básica obligación del Estado: proporcionar a sus ciudadanos medios adecuados para su subsistencia³².

Hasta aquí, hemos hecho referencia a diversas propuestas doctrinales para deducir el derecho a un mínimo vital de determinados derechos reconocidos en la Constitución. Pero también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español podemos encontrar una interesante construcción del derecho al mínimo vital. En concreto, en la STC 113/1989 se justifica la legitimidad constitucional de la norma que asegura la inembargabilidad de las pensiones en base al respeto de la dignidad de la persona (art. 10 CE) que impide que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales. También se apoya esta Sentencia, que parece fundamentar constitucionalmente el derecho a un mínimo vital, en varios principios rectores, como son los que se refieren a la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de la vivienda digna y adecuada (arts. 39, 41, 43 y 47 CE)³³.

5.3. ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

En contraste con la ausencia de reconocimiento expreso en la Constitución del derecho a un mínimo vital, las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía han introducido, entre otros derechos sociales de prestación, el «derecho a una renta garantizada de ciudadanía», aunque también se emplean otras denominaciones, como el «derecho a la renta básica»³⁴.

Así, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006) establece en su artículo 24.3 que «las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condicio-

32. En este sentido, también, ALARCÓN CARACUEL, 1979, p. 32.

33. Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de ALEXY (1993, pp. 422-423), si se consideran conjuntamente dos Sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121).

34. Sobre la licitud constitucional de las declaraciones de derechos en los Estatutos de Autonomía, *vid. supra*, III, 3.2.2.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nes que legalmente se establecen». En similares términos se pronuncia el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 1/2006), cuyo artículo 15 dice: «Con el fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, la Generalitat garantiza el derecho de los ciudadanos valencianos en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta de ciudadanía en los términos previstos en la Ley». En términos muy similares consagra este derecho el artículo 21 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (LO 1/2007). E, igualmente, el Estatuto de Autonomía de Andalucía (LO 2/2007) reconoce el derecho a un mínimo vital en su artículo 23.2: «Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley». A su vez, el artículo 23.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/2007) se expresa en los siguientes términos: «Los poderes públicos de Aragón promoverán y garantizarán un sistema público de servicios sociales suficiente para la atención de personas y grupos, orientado al logro de su pleno desarrollo personal y social, así como especialmente a la eliminación de las causas y efectos de las diversas formas de marginación o exclusión social, garantizando una renta básica en los términos previstos por la ley».

Por fin, el Estatuto de Autonomía de Castilla y León (LO 14/2007) reconoce en su artículo 13.9 el «derecho a una renta garantizada de ciudadanía». Este precepto es más explícito que los anteriores y establece también la finalidad de la lucha contra la pobreza y la exclusión en los siguientes términos: «Los ciudadanos de Castilla y León que se encuentren en situación de exclusión social tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía. El ordenamiento de la Comunidad determinará las condiciones para el disfrute de esta prestación. Los poderes públicos promoverán la integración social de estas personas en situación de exclusión».

5.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

5.4.1. Seguridad Social y asistencia social

En este apartado se aludirá a la forma en que el legislador español ha intentado garantizar el derecho a un mínimo vital de los ciudadanos. Y, a este respecto, es posible distinguir dos grandes grupos de ciudadanos, excluyendo a los que disponen de medios económicos suficientes para subsistir y a los trabajadores asalariados, cuyas necesidades vitales estarían cubiertas por el derecho a un salario suficiente, como hemos visto: a) los beneficiarios de pensiones de la Seguridad Social, normalmente por haber sido trabajadores o familiares de trabajadores, aunque hay también otras condiciones distintas

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

y b) los que sólo pueden optar a prestaciones de la denominada asistencia social.

El mayor problema que plantea la garantía del derecho a un mínimo vital se refiere, pues, a las personas que no cuentan con medios económicos suficientes y tampoco ejercen, por distintas razones, un trabajo remunerado. Una forma de asegurar los recursos mínimos de subsistencia digna a estas personas es la prestación por los poderes públicos de una cantidad periódica. Y, efectivamente, los poderes públicos han venido realizando estas prestaciones a distintos beneficiarios, en atención a sus circunstancias personales (ancianos, desempleados, discapacitados...). Esta labor se ha realizado a través de dos instituciones: la Seguridad Social y la asistencia social, instrumentos ambos de la denominada protección social, actividad pública encaminada a satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos³⁵.

Con anterioridad a la promulgación de la Constitución española de 1978, la diferencia entre la Seguridad Social y la asistencia social era relativamente fácil de definir, pues la Seguridad Social contemplaba únicamente el nivel profesional-contributivo, de tal forma que su ámbito subjetivo lo formaban únicamente los contribuyentes beneficiarios. En cambio, la asistencia social tenía una función asistencial residual, y la percepción de la prestación se condicionaba a la insuficiencia de recursos disponibles y a la decisión administrativa que estudiaba la realidad de la situación de necesidad, que era absolutamente discrecional por no existir un derecho del beneficiario.

En la actualidad, los límites entre una y otra institución no son tan claros, pues la Seguridad Social realiza prestaciones asistenciales de carácter complementario, para cuyo otorgamiento se tienen en cuenta criterios no contributivos, sino característicos de las prestaciones de la asistencia social, como son la insuficiencia de recursos disponibles del beneficiario³⁶.

Hoy la Seguridad Social constituye el núcleo fundamental de la protección social pública por diferentes razones, como son: dispone del mayor volumen de recursos económicos para hacer frente a sus prestaciones; es la que más situaciones de necesidad derivadas de diferentes contingencias afronta; se trata de un sistema consolidado, maduro, con una regulación jurídica intrincada y, además, sus rasgos definitorios coinciden en la mayoría de los países de nuestro entorno³⁷.

Pero en la actualidad no es fácil establecer las diferencias entre Seguridad Social y asistencia social, pues ambas son técnicas de protección que se

35. FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, pp. 29 y ss.

36. Idem, pp. 36-38.

37. Idem, pp. 32-33 y ALARCÓN CARACUEL, 1999, p. 20.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

otorgan por un ente público, directas, personales, individualizables, económicamente evaluables y redistributivas, no resarcitorias. Su única diferencia estriba en el hecho de que las prestaciones de la Seguridad Social deben cubrir alguna de las contingencias que se contienen en el Convenio 102 de la OIT, como norma mínima. Las que no formen parte de esa lista podrían considerarse prestaciones de asistencia social, como, por ejemplo, las becas y las rentas mínimas de inserción³⁸.

En el ordenamiento jurídico español, la protección social es una competencia compartida por el Estado y las Comunidades Autónomas y las determinaciones constitucionales, no demasiado claras, han provocado una cierta conflictividad en este reparto competencial³⁹. Según la Constitución, en materia de Seguridad Social, el Estado tiene competencia sobre la legislación básica y régimen económico (art. 149.1.17ª CE) mientras que a las Comunidades Autónomas les correspondería la legislación de desarrollo de las leyes estatales y la ejecución. La asistencia social, sin embargo, es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20ª CE) y así ha sido asumida en los Estatutos de Autonomía.

En materia de Seguridad Social, es el legislador estatal quien legisla en primer lugar, quien establece qué es lo básico y, por tanto, quien delimita en primera instancia cuáles son los márgenes de actuación de cada uno de los niveles de gobierno. Y, de hecho, las instancias centrales han hecho, por lo general, una interpretación amplia de lo que ha de considerarse básico, realizando una regulación detallada en muchas cuestiones. Pero, además, el legislador estatal ha llevado a cabo diferentes políticas sociales prestacionales no amparadas por un título competencial específico, que han sido legitimadas por la jurisprudencia constitucional en base a la previsión del polémico artículo 149.1.1ª⁴⁰.

Ahora bien, esta amplitud de competencias que puede asumir el Estado central en materia de protección social no impide el reconocimiento de un espacio propio de las Comunidades Autónomas en el diseño de las políticas sociales prestacionales. En concreto, además de la legislación de desarrollo en materia de Seguridad Social, a las Comunidades Autónomas les corresponde, como competencia exclusiva, la asistencia social. El Tribunal Constitucional se ha referido a la noción de asistencia social en su Sentencia 146/1986, de 25 de noviembre, definiéndola como «el conjunto de acciones y

38. FERNÁNDEZ ORRICO (2002, p. 32).

39. CARMONA CUENCA, 2006ª, y la bibliografía allí citada, esp. PÉREZ VILLALOBOS (2002) y SÁENZ ROYO (2003).

40. Así, p. ej., la STC 13/1992 legitima la fijación estatal de la cuantía y límite de edad de las pensiones asistenciales.

técnicas de protección que queden fuera del sistema de la Seguridad Social» y también en su Sentencia 76/1986, de 9 de junio, en la que confirma la competencia de las Comunidades Autónomas tanto para legislar como para gestionar, aclarando que se trata de una competencia externa al sistema de Seguridad Social.

5.4.2. Las pensiones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social

En España, la Seguridad Social está regulada mediante en la LGSS. En el artículo 7 de esta Ley se establece la existencia de dos niveles de protección, contributivo (que incluye el Régimen General y los Especiales) y no contributivo, ambos de carácter público y obligatorio, que operan con distintos criterios y finalidades, aunque existen zonas de penumbra en la distinción entre uno y otro⁴¹. En su origen, las pensiones contributivas estaban destinadas a los trabajadores que habían cotizado a la Seguridad Social, mientras que las no contributivas cubrían las situaciones de necesidad de los que no reunían los requisitos para obtener una pensión contributiva, pero en la regulación actual, esta distinción no es tan clara.

La diferencia fundamental entre las pensiones contributivas y no contributivas radica en que para causar derecho a una pensión contributiva es suficiente con que se produzca una contingencia previamente determinada y calificada como situación de necesidad (jubilación, incapacidad permanente...), al margen de que el beneficiario esté realmente o no en situación de necesidad. Si reúne los requisitos exigidos (cotización, edad...) recibirá su pensión, aunque disponga de medios económicos suficientes. En cambio, el derecho a percibir una pensión no contributiva está directamente relacionado con la situación real de necesidad. Es preciso constatar que no se dispone de los medios económicos mínimos para subsistir para causar derecho a una pensión no contributiva⁴².

La modalidad predominante en el sistema de Seguridad Social es la pensión contributiva mientras que el nivel no contributivo es un nivel de cierre o mínimo al que acceden, de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad por carecer de unos ingresos mínimos. Lo primero que se intenta es acceder a una pensión contributiva y, si no se reúnen los requisitos exigidos, se pondría en movimiento el mecanismo de la pensión no contributiva. En la realidad, el número de beneficiarios de la modalidad contributiva es muy superior al de los beneficiarios de la otra modalidad quienes, además, cobran cantidades mucho más pequeñas⁴³. En

41. *Vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, pp. 99 y ss.

42. Así, STC 103/1983.

43. FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, pp. 102-103.

este sentido, la doctrina ha propugnado que la preeminencia debería ser otorgada a la modalidad asistencial o universalista, por entender que ésa es la idea fuerza del artículo 41 CE, así como de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas⁴⁴.

Las pensiones no contributivas (de invalidez y jubilación) se configuran como «derechos subjetivos perfectos» para las personas que reúnen los requisitos exigidos para ser beneficiarios de ellas. Así lo establece expresamente la Ley 26/1990 en su Exposición de Motivos.

5.4.3. La asistencia social. Las rentas mínimas de inserción

La asistencia social tiene un carácter suplementario de la Seguridad Social. Como hemos visto, la Constitución española, en su artículo 148.1.20, otorga esta competencia a las Comunidades Autónomas, que han creado un sistema de protección social autónomo regido por principios y criterios propios. La cuestión que presenta más dificultad respecto a las diferencias entre la Seguridad Social y la asistencia social es la distinción entre las pensiones no contributivas y las nuevas prestaciones asistenciales, debido a la gran semejanza existente entre ellas⁴⁵. Por ello, y con el objeto de que no se identificaran unas con otras, la Ley 26/1990 evitó calificar las pensiones no contributivas como asistenciales, a pesar de que puede afirmarse que estas prestaciones tienen tal naturaleza. La única diferencia jurídica clara entre ambas prestaciones es la que se refiere al orden jurisdiccional ante el que se residencian las reclamaciones sobre ellas. Para reclamar una pensión asistencial hay que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que para reclamar una pensión no contributiva de la Seguridad Social sería preciso presentar una reclamación ante el orden social⁴⁶.

Las prestaciones de la asistencia social son, en principio, competencia de las Comunidades Autónomas⁴⁷, las cuales han legislado estableciendo las

44. *Vid.*, p. ej., ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, 1991, pp. 43 y 64. Sobre esta ley, *vid.*, también, ESCUDERO RODRÍGUEZ, 1991, p. 920.

45. Además, algunas Comunidades Autónomas han establecido complementos extraordinarios para las pensiones no contributivas de la Seguridad Social más bajas percibidas en su territorio. La primera en hacerlo fue la Comunidad Autónoma de Andalucía mediante los Decretos 248/1998, y 62/1999, que fueron recurridos por el Gobierno de la Nación. La STC 239/2002 declaró la constitucionalidad de tales complementos autonómicos, que otras Comunidades Autónomas ya habían establecido igualmente. *Vid.* CARRASCO DURÁN, 2006.

46. FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, pp. 65-66.

47. Aunque el Estado también ha creado nuevas prestaciones asistenciales, dirigidas a sectores que se encuentran en especial estado de necesidad y que no tienen protección de la Seguridad Social, como los discapacitados, los supervivientes de ataques

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

denominadas, con carácter general, «rentas mínimas de inserción»⁴⁸, aunque éstas reciben distinta denominación en cada Comunidad Autónoma. La finalidad de estas prestaciones es la inserción social y laboral de los beneficiarios, por ello, la situación fundamental que determina el derecho a percibir una de estas prestaciones es la de no alcanzar un determinado nivel de recursos. Se establecen, además, otros requisitos, según se expondrá más adelante, como la edad, la situación familiar y laboral, el no percibo de otras prestaciones, la residencia, etc. que varían en las distintas Comunidades Autónomas. De esta forma, la asistencia social supone una última red de seguridad, es decir, vendría a cubrir residualmente todas aquellas situaciones que no son objeto de protección por la Seguridad Social⁴⁹.

El origen de las rentas mínimas de inserción hay que situarlo en Francia y Bélgica, países que ya en los años ochenta del pasado siglo comenzaron a tomar conciencia de un nuevo fenómeno de exclusión social⁵⁰. El modelo de Estado del bienestar que había funcionado durante tres décadas se había construido sobre la laboralidad como vínculo social central. Pero cuando el mercado de trabajo entró en crisis el desempleo dejó de ser un fenómeno meramente coyuntural para pasar a ser un elemento estructural de las economías y las relaciones laborales comenzaron a deteriorarse. De esta forma, quedaron sin garantía muchos de los derechos de los trabajadores que tanto esfuerzo había costado conseguir y que estaban presentes en la legislación.

El mercado laboral, que había servido para cohesionar a las sociedades y darles integración y estabilidad, asegurando un mínimo nivel de bienestar para toda la ciudadanía, pasó a ser uno de los ejes por los que se fracturaba la sociedad. Fue el inicio de un proceso que ha conducido a la precariedad laboral y a la reducción de los derechos de los trabajadores.

En ese contexto se crearon las rentas mínimas de inserción en Francia para intentar luchar contra la exclusión social de los que quedaban fuera del mercado laboral o se mantenían con empleos temporales y precarios. Se introdujo en Francia la Ley 88-1088, de 1 de diciembre de 1988, reformada por la Ley 97-722, de 22 de julio de 1997 y por la Ley 2003-1200, de 18 de diciembre de 2003, que descentraliza la gestión de estas rentas y crea nuevos instrumentos para fomentar la inserción social de los excluidos.

En España las rentas mínimas de inserción fueron diseñadas por los

terroristas o los emigrantes españoles ancianos. *Vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, pp. 66-67.

48. Sobre las rentas mínimas de inserción, puede verse: ESTÉVEZ GONZÁLEZ (1998), GARCÍA ROMERO (1999) y AYALA CAÑÓN (2000), entre otros.

49. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, 1988, pp. 11 y 13).

50. REY PÉREZ, 2007, pp. 220 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

gobiernos autonómicos desde principios de los años noventa manteniendo una polémica con el Gobierno central que no se mostró partidario de este instrumento. En esos momentos, el Gobierno central se encontraba realizando un esfuerzo de reforzamiento de las estructuras del bienestar y apostaba por la expansión universalista de las pensiones no contributivas. Consideraba, además, que las rentas mínimas autonómicas eran insolidarias, ya que sólo las Comunidades con más recursos podrían desarrollar estos instrumentos con una cuantía suficiente. El primer gobierno autonómico que reguló estas rentas fue el del País Vasco, mediante el Decreto 39/1989, de 28 de febrero, que regulaba el denominado «Ingreso Mínimo Familiar», concebido como una ayuda tendente a la superación de la marginación social. Pretendía no fomentar la pasividad, sino la reinserción social del excluido del mundo laboral.

La idea prendió en otras Comunidades Autónomas y en poco tiempo todas copiaron el modelo, aunque el vasco sigue siendo hoy el más generoso y avanzado. En casi todas ellas la creación de las rentas de inserción se llevó a cabo a través de decretos y sólo después de los primeros años de experiencia positiva comenzaron a regularse mediante leyes.

Esta regulación mediante leyes puede considerarse la segunda fase de la implantación en España de las rentas mínimas de inserción, período que se extiende hasta el año 2006 en que las reformas de algunos Estatutos de Autonomía incorporan, dentro de sus catálogos de derechos sociales, el derecho a la «renta garantizada de ciudadanía» o «renta básica», según hemos visto.

Algunas de las leyes que pueden considerarse paradigmáticas de esta segunda fase son la Ley 12/1998 del País Vasco o la Ley 15/2001 de la Comunidad de Madrid. En estos nuevos textos legislativos puede apreciarse un cambio de planteamiento en lo que se refiere a la filosofía de las rentas mínimas de inserción. Si al principio se puso el acento en la ayuda económica que intentaba paliar la situación del que carecía absolutamente de medios de subsistencia, en las nuevas regulaciones se incide en la idea de lucha contra la exclusión social como un fenómeno complejo en el que la ausencia de recursos es sólo un aspecto más. La exclusión no viene definida sólo como el no disfrute de determinados derechos económicos y sociales, sino que también está caracterizada por la ausencia de derechos civiles y políticos. Es una situación compleja que lleva a las personas que la sufren a sentirse al margen de la sociedad en la que viven, a sentir que no forman parte de la dinámica social⁵¹.

De esta forma, las rentas de inserción reguladas en esta segunda fase

51. Sobre la exclusión social, puede verse VIDAL FERNÁNDEZ, 2006.

contienen tres elementos que tienden a la integración social de las personas víctimas de esta exclusión: la prestación económica propiamente dicha, el Plan o Programa de Inserción y las ayudas de emergencia social.

El elemento central para los beneficiarios de las rentas mínimas de inserción sigue siendo la prestación económica. Es un ingreso que tiene carácter subsidiario: sólo se podrá ser beneficiario si no se recibe ninguna otra ayuda, pensión o ingreso o, recibéndose, no alcanza las cuantías mínimas fijadas. Con ello se trata de evitar que los beneficiarios prefieran vivir de estas rentas en lugar de trabajar. La cuantía del ingreso no es muy elevada y varía de unas Comunidades Autónomas a otras, pero en todas ellas tiene un carácter alimenticio, lo que persigue es que las personas puedan hacer frente a los gastos de supervivencia, alimento e higiene y poco más. El ingreso no tiene un carácter individual, sino que se otorga a las unidades familiares o de convivencia.

El segundo elemento es que el percibo de la cuantía monetaria se condiciona a la aceptación de un Plan, Programa o Convenio de inserción por parte del beneficiario en el que se introducen actividades que ayuden a la reinserción social del excluido. Este elemento presenta ventajas e inconvenientes. Entre las primeras hay que señalar que supone un acercamiento a la problemática real que sufre el perceptor y, por tanto, a un intento de solución para lograr su integración social y laboral. Entre los segundos, se ha señalado que el Plan o Convenio no se firma en pie de igualdad y el beneficiario se ve obligado a aceptar las condiciones que se le imponen si desea recibir la cuantía económica, aunque no esté convencido de que desea realizar las actividades a las que se compromete y posiblemente tampoco esté en condiciones de realizarlas⁵².

El tercer y último elemento de las rentas mínimas de inserción es lo que se denominan ayudas de emergencia o de inclusión social, que no están presentes en todas las Comunidades Autónomas. Estas ayudas son prestaciones de naturaleza económica no periódicas destinadas a hacer frente a otros gastos necesarios para la supervivencia, como puede ser la vivienda, el vestido, la educación o ciertos gastos sanitarios.

De esta forma, la cobertura de las rentas mínimas de inserción es muy amplia y abarca múltiples situaciones sociales que antes eran desatendidas por los poderes públicos. Pero, en cualquier caso, esta cobertura no es total, existen personas que no perciben ninguna cantidad, bien porque no reúnen los requisitos, bien porque no conocen esta posibilidad.

52. REY PÉREZ, 2007b, pp. 228, y 2007a, pp. 198 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

A partir de 2006 comenzaría la tercera fase en la regulación de las rentas mínimas de inserción, que supone un cambio cualitativo en la misma dado que ahora son los Estatutos de Autonomía reformados los que incorporan una referencia a dichas rentas. Estos Estatutos han incorporado el reconocimiento del «derecho a la renta garantizada de ciudadanía», aunque también se emplean otras denominaciones, como hemos visto⁵³. A falta de una mayor especificación, este reconocimiento plantea algunos interrogantes. En primer lugar, podemos preguntarnos si con esta terminología se está aludiendo a un derecho a las rentas mínimas de inserción en el sentido en que ya estaban reguladas en la legislación y según se ha expuesto brevemente aquí. No lo concretan las redacciones de los nuevos Estatutos, pero no parece que sean términos equivalentes. En nuestra opinión, estas referencias de los Estatutos de Autonomía pretenden tener un contenido más amplio que el que puede derivarse de la legislación de las rentas mínimas de inserción existente hasta el momento, pero no concretan cuál es este contenido. Será, pues, preciso acudir a la interpretación para fijarlo.

El profesor REY PÉREZ, en su análisis de estas cuestiones, considera que el valor moral que está detrás de la consagración de este nuevo derecho en los Estatutos de Autonomía es la inserción social y que éste sería el verdadero derecho⁵⁴. Las rentas mínimas no serían más que un medio para hacer que el derecho a la inserción se convierta en real y efectivo. Un medio que actúa, además, cuando el mercado laboral no es capaz de integrar a una persona determinada. En nuestras sociedades el derecho a la inserción social podría valerse de la garantía del trabajo remunerado y, cuando éste falla, de las rentas mínimas de inserción, entre otros instrumentos, como pueden ser los servicios sociales asistenciales. Me parece éste un planteamiento interesante,

-
53. Actualmente, la tendencia es la ampliación de la cobertura. Aunque la competencia sobre las rentas mínimas de inserción corresponde a las Comunidades Autónomas, desde el Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social del Reino de España 2008-2010 se propone «garantizar y mejorar los recursos económicos mínimos, avanzar por parte de las CC AA en la regulación normativa de las RMI como derecho subjetivo y desarrollar la cooperación técnica en materia de RMI con las CC AA con el fin de mejorar el conocimiento del impacto de dichas rentas en la inclusión social». A su vez, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución legislativa de 6 de mayo de 2009 sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/2335, INI), en la que se establece que la integración en el mercado laboral no debe ser una condición previa para tener derecho a unos ingresos mínimos y acceso a unos servicios sociales de alta calidad. De hecho, señala que este derecho a los ingresos mínimos y el acceso a los servicios sociales de alta calidad son condiciones previas, necesarias para la integración en el mercado laboral (*vid.* «Pobreza y rentas mínimas de inserción: situación y perspectivas», en *Cauces. Cuadernos del Consejo Económico y Social*, 2009, pp. 48 y 51).
54. REY PÉREZ, 2007, pp. 233-234.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

aunque el concepto de derecho a la inserción social es demasiado amplio, incluiría no sólo una cuantía económica, sino también otras medidas tendentes a lograr la integración plena del individuo en la dinámica social, política y cultural de su comunidad. En nuestra opinión, y a efectos sistemáticos, es más útil distinguir entre el derecho a esta integración (que requeriría de diversas medidas a las que no podemos aludir aquí) y el derecho a un mínimo vital, objeto de este capítulo, que podría ser el que intentan garantizar los Estatutos de Autonomía reformados.

Este reconocimiento estatutario induce a una mayor confusión en algunos Estatutos de Autonomía (en concreto, los de Andalucía y Aragón) que utilizan la denominación «derecho a la renta básica», en lugar de «derecho a la renta garantizada de ciudadanía». ¿Qué se quiere decir con la expresión «renta básica»? Tampoco parece que sea equivalente a «renta mínima de inserción», en el sentido de la legislación precedente. La confusión aumenta porque la expresión «derecho a la renta básica» ha sido objeto de una importante y novedosa construcción doctrinal internacional que se expondrá brevemente al final de este capítulo. Cuenta con veinte años de antigüedad y uno de sus más importantes representantes es el filósofo belga VAN PARIJS⁵⁵. Pero, a pesar de la coincidencia terminológica, no creemos que los legisladores estatutarios andaluz y aragonés hayan pensado en consagrar un derecho a la renta básica en el sentido de esta innovadora propuesta, al menos no en este momento.

En nuestra opinión, se puede entender que los Estatutos de Autonomía consagran el derecho a un mínimo vital en el sentido de garantizar una cuantía económica mínima a todos los ciudadanos (y, eventualmente, también a los extranjeros con permiso de residencia). La forma de lograr esa cuantía puede ser diversa: algunos la consiguen porque cuentan con medios económicos propios suficientes, otros porque realizan un trabajo remunerado en cuantía también suficiente y otros, en fin, porque perciben algún tipo de prestación pública, sea de la Seguridad Social –contributiva o no contributiva– sea de la asistencia social –las denominadas rentas mínimas de inserción, que deberían ampliarse hasta asegurar que nadie quede al margen de estas coberturas–. Si el mínimo vital se configura como un derecho, se trata de garantizar que, a través de uno u otro medio, ningún ciudadano queda sumido en la pobreza.

La garantía del derecho a un mínimo vital añadiría algo importante al derecho a la renta mínima de inserción. Ésta consiste en un ingreso condicionado al cumplimiento de determinados requisitos: en primer lugar, carecer

55. VAN PARIJS, 1993 y 1996.

de otro ingreso en cuantía suficiente, pero también se exigen ciertas condiciones de edad, situación familiar, etc., así como la firma del Plan o Convenio de inserción, como más adelante se verá. Si se garantiza el derecho al mínimo vital, la única condición para percibir la prestación económica sería la de carecer de ingresos suficientes para la subsistencia. Se podría añadir el requisito de pactar con los Servicios Sociales un convenio de inserción adaptado a las condiciones y las necesidades del preceptor del subsidio. Pero el objetivo es que ningún ciudadano se vea en condiciones de no poder atender a su subsistencia.

Ahora bien, esta interpretación de los derechos a la renta básica contenidos en los Estatutos de Autonomía no parece tener, al menos de momento, una confirmación en la legislación autonómica de desarrollo. Como veremos a continuación, si analizamos las normas autonómicas sobre las rentas mínimas de inserción, que podrían ser la concreción más clara del derecho estatuario a una renta mínima, veremos que dichas normas no consagran un derecho universal a un mínimo vital, sino que estas prestaciones sólo se conceden a ciertas personas que reúnen los requisitos previstos en la legislación, sin perjuicio del posterior análisis de su adecuación al contenido mínimo exigido en la Constitución.

6. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Antes de analizar las características del derecho a un mínimo vital debemos recordar que este derecho no está expresamente reconocido en la Constitución española. Si consideramos que es posible deducir tal derecho de otros que sí están consagrados en la Norma Fundamental, será preciso definir cuál es su contenido mínimo constitucionalmente exigido. Sea cual sea el precepto constitucional al que se adscriba (*supra*, 5.2), si aceptamos la existencia de un derecho al mínimo vital en la Constitución española, este derecho debe tener un contenido mínimo, que consistirá en una prestación económica que cubra las necesidades vitales mínimas de las personas que no puedan atender a dichas necesidades por sí mismas. Partiendo de este contenido, podremos analizar la legislación de desarrollo para contrastar si realmente responde a las exigencias constitucionales.

Como hemos visto, son varios los derechos legislativos que tienden a hacer realidad el derecho constitucional a un mínimo vital. Podríamos hablar del derecho a un salario justo o a las distintas prestaciones de la Seguridad Social o la asistencia social. Pero estos derechos han sido objeto de atención específica en otros lugares de esta obra (respectivamente, *supra*, VIII y XII). Nos centraremos en la legislación que ha establecido las denominadas rentas

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

mínimas de inserción, pues se trata de las prestaciones que más se acercan a la idea de un derecho al mínimo vital, las que tratan de hacer realidad la pretensión de que todos puedan atender a su subsistencia básica.

La legislación sobre rentas mínimas es, como hemos visto, autonómica. Prácticamente en todas las leyes que regulan las rentas mínimas de inserción se contienen definiciones de estas prestaciones, definiciones de las que podemos deducir cuál es el contenido de aquéllas. Partiremos, a modo de ejemplo, del artículo 4 del Decreto 24/2001, de 20 de abril, de La Rioja, que regula las prestaciones de inserción social y que define el que denomina Ingreso Mínimo de Inserción en los siguientes términos: «El Ingreso Mínimo de Inserción es una prestación periódica de carácter económico, destinada a personas que necesitan una intervención social para su inserción socio-laboral y carezcan de los medios económicos precisos para atender las necesidades básicas de la unidad de convivencia en la que se integran».

En primer lugar, esta definición determina el contenido de la prestación que tiende a hacer realidad el derecho a un mínimo vital. Esta prestación es «periódica» y «de carácter económico», aspectos que están presentes en las demás leyes autonómicas de rentas mínimas de inserción. Es decir, consiste en una cantidad de dinero prestada cada cierto tiempo, normalmente, cada mes. El carácter económico de esta prestación la diferencia de otras prestaciones que otorgan los servicios sociales, consistentes en diversas ayudas y servicios a las personas en situación de necesidad.

El artículo 1 del Reglamento de la prestación de Ingresos Mínimos de Inserción de la Comunidad de Castilla y León, aprobado por Decreto 126/2004, de 30 de diciembre añade que esta cantidad se otorga «a fondo perdido» y que está destinada a «cubrir las necesidades de subsistencia». En parecidos términos se pronuncian otras leyes autonómicas. De esta última nota podemos deducir el que podría ser el «contenido mínimo» del derecho a una renta mínima de inserción: la cantidad mínima para atender a la subsistencia, lo que incluiría la alimentación, la higiene y el vestido.

En cuanto a su estructura, el derecho a la renta mínima de inserción, como forma de hacer realidad el derecho a un mínimo vital, es fundamentalmente un derecho social de prestación. Como todos los derechos de prestación, también tiene una dimensión de derecho de defensa o de libertad (representada por el carácter voluntario de estas prestaciones), pero en él predomina la faceta prestacional.

Ahora bien, tal y como está regulado en la legislación, no es un derecho universal, sino condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos, como ve-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

remos en el siguiente apartado. En la definición transcrita aparecen las principales condiciones que deben reunir los perceptores de esta prestación.

En primer lugar «carecer de los medios económicos precisos para atender las necesidades básicas de la unidad de convivencia en la que se integran». Habrá que determinar, en cada caso, qué se entiende por «necesidades básicas» a este respecto, pero la propia definición indica que la renta de inserción no está destinada a quienes pueden atender por sí mismos a su propia subsistencia.

En segundo lugar, la definición de la normativa de La Rioja establece que la percepción de esta renta tiene como finalidad la inserción socio-laboral de sus perceptores. No es un ingreso incondicionado sino que, como veremos también en el siguiente apartado, se condiciona al cumplimiento de una serie de obligaciones por parte de los beneficiarios, obligaciones que consisten fundamentalmente en seguir unas conductas encaminadas a la búsqueda de empleo y a la integración social en sus distintas facetas, educativas, culturales, sanitarias, etc.

Las leyes autonómicas también regulan de forma similar el régimen jurídico de las rentas mínimas de inserción. No es un derecho del que se pueda disfrutar de forma indefinida. Así, por ejemplo, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Cantabria determina aspectos como el inicio del derecho y la forma de pago, la duración y revisiones periódicas, la modificación de la cuantía, la suspensión y reanudación de la prestación y la extinción de la misma.

7. SUJETOS

7.1. TITULARES

Si consideramos que existe un derecho constitucional al mínimo vital, los sujetos titulares deberían ser todos los españoles y los extranjeros con permiso de residencia en España (el reconocimiento de este derecho a todas las personas es una utopía deseable pero difícil de sostener).

Ahora bien, hoy por hoy la legislación no garantiza el derecho a un mínimo vital de forma universal a todos estos sujetos, a pesar del tenor literal de algunos Estatutos de Autonomía a los que ya se ha hecho referencia (*supra*, 5.3). La mayoría de las personas, sin embargo, sí disfrutan de este derecho por diferentes razones. Unos porque cuentan con medios económicos suficientes, otros porque realizan un trabajo remunerado por el que reciben

un salario y otros, en fin, porque son perceptores de diversas prestaciones de la Seguridad Social (contributivas o no contributivas) o de la asistencia social.

Para aquellos que no se encuentran en ninguno de estos casos o aquellos que perciben una prestación insuficiente para la subsistencia, las Comunidades Autónomas han previsto las rentas mínimas de inserción, como instrumento de cierre del sistema de protección social que tiene la pretensión de acabar con la pobreza y la exclusión. Ahora bien, estas nuevas prestaciones no ofrecen una cobertura universal. Las distintas leyes autonómicas que las regulan establecen unos requisitos para tener derecho a recibir dichas rentas mínimas, como veremos más adelante (*infra*, 8). Sólo quienes cumplen estos requisitos se convierten en titulares del derecho a una renta mínima. Pero siguen existiendo personas (incluso españoles o extranjeros con permiso de residencia) que no cuentan con medios de subsistencia y tampoco disfrutan esta prestación, bien por no cumplir las condiciones exigidas, bien por desconocimiento de su existencia.

7.2. OBLIGADOS

En cuanto a los sujetos obligados por el derecho a un mínimo vital, habría que recordar, en primer lugar, las distintas formas de hacer realidad este derecho. Dejando al margen el supuesto de las personas que cuentan con medios económicos suficientes, las distintas maneras de materializar el derecho a la subsistencia son a través del salario percibido a cambio de un trabajo y, a falta de éste, a través de las distintas modalidades de protección social. En cuanto a la primera modalidad, los sujetos obligados serían los empleadores, tanto públicos como privados. En cuanto a la segunda, hay que recordar, asimismo, lo dicho en cuanto a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección social. En términos generales, la Seguridad Social es competencia estatal, mientras que la asistencia social es competencia autonómica. Centrándonos, por las razones expuestas, en las rentas mínimas de inserción, se puede afirmar que los sujetos obligados en este caso son los poderes públicos autonómicos.

En la actualidad, todas las Comunidades Autónomas han elaborado una normativa que prevé la concesión de estas rentas mínimas de inserción. En la mayoría de los casos se trata de normas legislativas que pueden venir desarrolladas por normas reglamentarias, aunque también hay casos en que la regulación es reglamentaria. La Administración autonómica y, en concreto, los Servicios Sociales, son los encargados de aplicar estas normas y conceder las prestaciones a los solicitantes que cumplan los requisitos exigidos.

8. INTERVENCIONES Y LÍMITES

El principal obstáculo a la realización efectiva del derecho a un mínimo vital radica en la no universalidad de su reconocimiento en la legislación de desarrollo. Aunque algunos Estatutos de Autonomía hablan del derecho a una renta básica o a una renta de ciudadanía, la legislación autonómica sobre las rentas mínimas de inserción no reconoce este derecho a todas las personas, ni siquiera a todos los españoles y extranjeros con permiso de residencia. Sólo se reconoce a los que carezcan de medios económicos suficientes, como hemos visto. Pero, además, las leyes que regulan las rentas mínimas de inserción reducen aún más el elenco de beneficiarios de las mismas limitándolo a los que reúnan ciertos requisitos.

Aunque existen importantes diferencias entre unas leyes y otras, se pueden citar algunas exigencias que están presentes, de una forma u otra, en todas ellas:

- a) Residencia. Para tener derecho a percibir las rentas mínimas se exige un período mínimo de residencia en algún municipio de la Comunidad Autónoma de que se trate. El período difiere de una Comunidad a otra y abarca desde los seis meses anteriores a la solicitud en las Islas Baleares hasta los dos años en Navarra, Castilla-La Mancha o Principado de Asturias, aunque lo más común es que este período sea de un año (así sucede, p. ej., en Aragón, Cantabria, Galicia, Madrid o La Rioja). En Castilla y León no se establece un período mínimo de residencia, aunque sí se exige estar empadronado en la Comunidad.
- b) Edad. En general, la edad exigida para ser perceptor de estas rentas es la comprendida entre los veinticinco y los sesenta y cinco años. Aunque se hacen excepciones para los menores de dicha edad que tengan cargas familiares, constituyan una unidad de convivencia independiente, procedan de instituciones de protección de menores, sean huérfanos de padre y madre, hayan sufrido malos tratos o presenten otras circunstancias especificadas en las leyes que conlleven riesgo de exclusión social.
- c) Constituir una unidad de convivencia independiente. Las leyes autonómicas suelen exigir tener constituida durante un determinado período de tiempo una unidad de convivencia independiente vinculada económicamente a la persona solicitante. También se regulan excepciones a este requisito para aquellas personas que tengan menores o personas con discapacidad a su cargo, hayan constituido una nueva unidad familiar por separación o divorcio o por fallecimiento de los

padres o presenten riesgo de exclusión social. En algunas leyes se trata de asegurar que cada unidad familiar perceptora reciba una sola renta mínima de inserción. Pero también se establecen excepciones a esta regla, permitiendo que, en algunos casos, se perciban dos o más rentas cuando conviven en un mismo domicilio dos o más unidades familiares.

- d) No disponer de los medios económicos necesarios para atender a las necesidades básicas de la vida. Para ello se establecen en las distintas leyes diferentes procedimientos de cálculo de las rentas percibidas en la unidad de convivencia. La suma de todas ellas no debe superar el mínimo que se establece en cada caso. Algunas leyes imponen otros requisitos adicionales como carecer de empleo, haber ejercitado las acciones pertinentes para el cobro de cualesquiera derechos que pudieran corresponder a la unidad familiar, no estar dado de alta en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social o no contar con personas legalmente obligadas y con posibilidad real de prestar alimentos a los solicitantes.
- e) Ser demandante de empleo. Las leyes autonómicas suelen afirmar en sus Exposiciones de Motivos que la renta mínima de inserción no pretende ser un sustituto del empleo, sino más bien favorecer la inserción social de los perceptores y que esta inserción se realiza fundamentalmente a través del trabajo. Por ello, algunas de estas leyes exigen que los solicitantes de las rentas figuren como demandantes de empleo o que no hayan rechazado ofertas de trabajo.

Al margen de estos requisitos, algunas Comunidades establecen supuestos excepcionales en los que determinadas personas tienen derecho a ser perceptores de la renta mínima de inserción, como las víctimas de malos tratos o de violencia de género, los que presenten grave riesgo de exclusión social o los que se encuentren en situación de necesidad económica sobrevenida.

Finalmente, en algunas leyes autonómicas se contienen referencias a la posible titularidad del derecho a la renta mínima por los extranjeros. Por ejemplo, el artículo 6.3 del Reglamento de la prestación de Ingresos Mínimos de Inserción de la Comunidad de Castilla y León, aprobado por Decreto 126/2004, de 30 de diciembre, establece lo siguiente: «Los extranjeros podrán beneficiarse igualmente de esta prestación, siempre que acrediten el cumplimiento de los requisitos establecidos y residan legalmente en algún municipio de Castilla y León». Y el artículo 4.2 de la Ley 6/1991, de 5 de abril, del Principado de Asturias, de ingreso mínimo de inserción (modifi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cada por Ley 6/2003, de 30 de diciembre) estipula que «las personas extranjeras con residencia legal en el Principado de Asturias podrán solicitar y percibir el ingreso mínimo de inserción en las mismas condiciones que la población española residente en Asturias».

También podemos encontrar alguna referencia a los solicitantes de asilo como titulares del derecho a una renta mínima de inserción. Así, el artículo 29.2.c) de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Cantabria, exime a estos extranjeros del requisito de la residencia efectiva previa siempre que carezcan de medios económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas y de acuerdo con lo previsto en la legislación de asilo.

Las leyes autonómicas regulan, asimismo, junto con los requisitos para percibir las rentas mínimas de inserción, las obligaciones que corresponden a los perceptores de dichas rentas. El cumplimiento de estas obligaciones es también un requisito para el percibo de las rentas y responde a la idea de que las cantidades recibidas no son más que un medio para lograr la inclusión social de los perceptores. Las leyes insisten en la idea de que no se pretende consolidar la situación de exclusión de determinadas personas a las que se pagaría unas cantidades de subsistencia pero continuarían viviendo al margen de la dinámica social, fundamentalmente del trabajo remunerado. Por ello, estas obligaciones tienden a lograr que los perceptores de estas rentas que están en situación de trabajar reciban una formación para su readaptación profesional o para su incorporación al mercado de trabajo. Algunas de estas obligaciones son:

- a) Destinar la prestación económica recibida a la subsistencia básica.
- b) Comunicar a la Administración cualquier modificación en las condiciones de la unidad de convivencia que pueda afectar a los requisitos para el percibo de la renta mínima de inserción o solicitar la baja cuando se dejen de cumplir dichos requisitos.
- c) Escolarizar a los menores a su cargo.
- d) No ejercer la mendicidad.
- e) Y, fundamentalmente, participar activamente en los Planes o Programas de Inserción individualizados que se elaboren para conseguir la plena inserción social de los perceptores de estas rentas.

Merece la pena destacar la última de las obligaciones mencionadas, la que consiste en participar en los Planes o Programas de Inserción. En general, se encuentra presente en todas las leyes autonómicas de renta mínima de inserción, de forma que ésta se configura como un ingreso condicionado a la obligación de participar de forma activa en dichos Planes.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

Los Planes o Programas de Inserción pueden ser de carácter general o individualizados. Estos últimos puede definirse como «una previsión de acciones cuya finalidad es evitar procesos de exclusión personal, social y laboral y contribuir a la inserción social de quienes carezcan de los recursos personales o sociales suficientes para desarrollar una vida independiente»⁵⁶. Las leyes prevén que estos instrumentos son obligatorios para todos los perceptores de las rentas mínimas de inserción y serán negociados entre la Administración competente y el interesado. Contienen diversas actuaciones como, por ejemplo:

- a) Acciones que procuren la rehabilitación personal y familiar.
- b) Acciones que procuren la integración en el medio social.
- c) Acciones de motivación laboral, orientación profesional y formación ocupacional.
- d) Actividades de interés colectivo y social en entidades públicas y privadas, sin menoscabo de sus derechos laborales, así como en los diversos programas de colaboración con otras administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, para la realización de obras y servicios de interés general o social y en los programas de formación y empleo.
- e) Actividades orientadas hacia el trabajo autónomo o cualquiera de las formas de economía social.
- f) Acciones tendentes a la plena incorporación al trabajo mediante la formalización del correspondiente contrato laboral⁵⁷.

Por otra parte, también constituye una limitación del derecho a un mínimo vital la inexistencia de una garantía de continuidad en el disfrute de la renta mínima de inserción. Ni siquiera los que lleguen a ser beneficiarios de estas rentas tienen asegurada la continuidad de dicha prestación. Las leyes autonómicas regulan la suspensión y la extinción del derecho cuando cesen las circunstancias que motivaron su concesión⁵⁸.

En síntesis, y como ya se ha señalado, la cobertura que ofrecen las leyes autonómicas de rentas mínimas de inserción no es universal. Siempre queda-

56. Así lo define, p. ej., el art. 55.1 del Reglamento de la Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 147/2002.

57. Así, p. ej., se describen las acciones del Proyecto Individualizado de Inserción en el art. 18 de la Ley 9/1991, de Galicia, de Medidas Básicas para la Inserción Social (modificada por Ley 16/2004).

58. Así lo hacen, p. ej., los arts. 36 y 38 de la Ley 2/2007, de Servicios Sociales de Cantabria.

rán fuera de esta cobertura algunas personas que no cumplan los requisitos establecidos o no quieran participar en los Planes de Inserción.

En el Decreto 24/2001, de 20 de abril, de La Rioja, que regula las Prestaciones de Inserción Social se establece un instrumento que podría tener la potencialidad de cubrir las situaciones que quedan fuera de las rentas mínimas de inserción. El artículo 37 de este Decreto configura las llamadas «Ayudas de inclusión social» y las define como «prestaciones periódicas, de carácter económico, destinadas a atender las necesidades básicas de unidades de convivencia en las que se integren personas en situaciones de exclusión social que, por sus características personales y/o sociales, no pueden acceder a los programas de inserción socio-laboral y, por tanto, requieren que su programa de intervención se dirija, prioritariamente, a la recuperación social». En su segundo párrafo, este precepto establece otro ámbito de aplicación de estas Ayudas, pues prevé la extensión de las mismas a los perceptores de ingresos mínimos de inserción que hubieran agotado el período máximo de percepción de estas prestaciones. Ésta podría ser una buena solución para extender el disfrute del derecho a una renta de mínima de inserción como paso intermedio para conseguir la universalidad del derecho a un mínimo vital en la legislación.

9. GARANTÍAS

El ordenamiento jurídico español no es indiferente a la necesidad de garantizar un mínimo de subsistencia a todos los individuos, en línea con las declaraciones internacionales de derechos.

La primera prueba de ello son las garantías del llamado salario mínimo interprofesional. El mismo establecimiento de este salario mínimo constituye una garantía del derecho a un mínimo vital para los trabajadores por cuenta ajena⁵⁹. El Estado fija una cuantía salarial por debajo de la cual no debe estipularse ninguna remuneración en el contrato laboral. En España, el Estatuto de los Trabajadores de 1980 impuso en su artículo 27 un salario mínimo fijado por el Gobierno, aunque ya era obligatorio un salario mínimo interprofesional desde el Decreto 55/1963, de 17 de enero⁶⁰.

En el artículo 27 ET se establece, pues, la obligación estatal de fijar anualmente, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

59. *Vid.* CARMONA CUENCA, 2006c, pp. 190-191.

60. La última actualización del salario mínimo interprofesional (para el año 2010) se ha realizado por RD 1795/2010. La cuantía de esta actualización es de 21,38 euros/día o 641,40 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

a) el índice de precios al consumo; b) la productividad media nacional alcanzada; c) el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y d) la coyuntura económica general. En el Estatuto de los Trabajadores (arts. 27 y 32) se establecen también una serie de garantías del salario mínimo, entre las que destaca su carácter inembargable y preferente sobre cualquier otro crédito, incluso en procedimientos concursales que puedan afectar a la empresa.

Por otra parte, la LGSS establece también determinadas garantías de las prestaciones de la Seguridad Social, con la finalidad de proteger el derecho a un mínimo vital de los beneficiarios de dichas prestaciones. Así, el artículo 3 de dicha Ley consagra el carácter irrenunciable de las prestaciones de la Seguridad Social. Y el artículo 40 dispone que dichas prestaciones no podrán ser objeto de retención, cesión total o parcial, compensación o descuento salvo en dos supuestos: «a) En orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos y b) Cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social». En cuanto a la embargabilidad de las prestaciones, el mismo artículo 40 se remite a lo establecido en la LECiv, que prevé también determinadas garantías a este respecto.

Sobre la legitimidad constitucional de la inembargabilidad de las prestaciones de la Seguridad Social establecida en el artículo 22.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (hoy no vigente) se pronunció la STC 113/1989, a la que ya se ha hecho referencia.

También puede considerarse una garantía del mínimo vital la previsión constitucional del carácter no confiscatorio del sistema tributario, establecido en el artículo 31 de la Norma Fundamental. Aunque este precepto puede ser objeto de varias interpretaciones, una consecuencia básica del mismo es que los tributos establecidos por los poderes públicos no pueden llegar hasta la privación a los ciudadanos de los medios básicos para su subsistencia en condiciones dignas. Este principio inspira todo el sistema tributario, estableciendo, por ejemplo, tipos impositivos progresivos y mínimos exentos.

Por lo que se refiere a las garantías del derecho a la renta mínima de inserción, las leyes autonómicas suelen prever también garantías específicas. Así, por ejemplo, la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Cantabria, en su artículo 4.2, dispone lo siguiente: «Las ciudadanas y ciudadanos de Cantabria podrán reclamar en vía administrativa y jurisdiccional el cumplimiento de los derechos que reconoce esta Ley». A su vez, el Decreto 117/2001, de 28 de septiembre, de las Islas Baleares, por el cual se regula la Renta Mínima de Inserción, establece, en su artículo 15, referido al procedi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

miento de solicitud y concesión de dicha renta, que en la resolución motivada por la que se renueve, se modifique, se suspenda o se extinga la prestación se harán constar los recursos de que dispone el/la titular de la prestación, el órgano administrativo o judicial ante el que se tendrían que presentar y el plazo para interponerlos, de acuerdo con lo establecido en la LPC.

Pero aunque en algunas leyes autonómicas sobre rentas mínimas no se establezca expresamente la posibilidad de interponer recursos administrativos o jurisdiccionales, hay que entender que los solicitantes o beneficiarios de dichas rentas siempre tienen abierta la vía para recurrir contra la denegación, la modificación, la suspensión o la extinción de dichas prestaciones.

Es destacable, asimismo, la actuación del Defensor del Pueblo. Así, por ejemplo, en el Informe Anual de este órgano de 2006 se daba cuenta de la actuación realizada en torno a una solicitud ante la Comunidad de Madrid que permitió aclarar los motivos que habían llevado a la denegación de la prestación solicitada y conceder al interesado la ayuda en la cuantía prevista por la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción⁶¹.

En el mismo Informe se daba cuenta de la resolución de varias quejas en las que los interesados mostraban su disconformidad con el embargo de cuentas practicado, al haberse ingresado en las mismas la renta mínima de inserción o una pensión de cuantía inferior al salario mínimo interprofesional. En la resolución, el Defensor del Pueblo utilizó el principio de inembargabilidad de las pensiones, que impide que el embargo se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor⁶².

Hasta aquí el ordenamiento jurídico español. Sin embargo, consideramos interesante hacer referencia a una reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 9 de febrero de 2010, porque supone la consagración en el ordenamiento jurídico germano de un auténtico derecho exigible a unas prestaciones que garanticen un mínimo de subsistencia digna. Éste puede ser el camino para reconocer también en España un derecho similar, derivado de la propia Constitución.

El Tribunal Constitucional alemán declara en esta Sentencia que determinadas disposiciones sobre prestaciones asistenciales que reciben los desempleados y sus familias son incompatibles con el artículo 1.1 LFB (que consagra la dignidad humana) en relación con el artículo 20.1 de la misma (Estado federal, democrático y social). Estos preceptos constituyen la base para garan-

61. *Informe 2006*, pp. 723-724.

62. *Idem*, pp. 727.

tizar un mínimo de subsistencia digno. Entiende el Tribunal que la Constitución federal garantiza a todas las personas necesitadas las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. De esta forma, de los artículos 1.1 y 20.1 LFB se desprende un derecho de garantía que no está a disposición del legislador, aunque el contenido concreto de la prestación en que consiste tal derecho debe ser actualizado periódicamente por aquél. Pero, en cualquier caso, el Tribunal puede determinar si la prestación establecida por el legislador es insuficiente para garantizar un mínimo de subsistencia acorde con la dignidad humana. En este caso concreto, el Tribunal establece que las normas cuestionadas (aunque incompatibles con la Constitución) deben seguir siendo aplicables hasta que el legislador promulgue nuevas disposiciones. La Sentencia establece asimismo la obligación del legislador de proceder a dicha tarea antes del 31 de diciembre de 2010.

10. A MODO DE EPÍLOGO: EL DERECHO A LA RENTA BÁSICA

Para terminar este capítulo, haremos referencia a un movimiento doctrinal que propone una vía para hacer realidad el derecho a un mínimo vital con carácter universal, al menos por lo que se refiere a los ciudadanos. Este movimiento propugna la concesión del «derecho a la renta básica» y entiende éste como un derecho derivado de la ciudadanía, con independencia de cualesquiera otras consideraciones económicas, laborales, familiares, etc.⁶³. Uno de sus más importantes defensores en España, Daniel RAVENTÓS, define la renta básica como «un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre o, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta y sin importar con quién conviva. Más escuetamente: es un pago por el mero hecho de poseer la condición de ciudadanía»⁶⁴.

En cuanto a los titulares de este derecho, existe un acuerdo más o menos generalizado entre los autores que se han ocupado de la cuestión de que la renta básica debería ser concedida no sólo a los ciudadanos, sino también a los residentes legales que hubieran acreditado una antigüedad en el territo-

63. El derecho a la renta básica ha sido incluido en el Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes (art. I.3) elaborado en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en Barcelona en 2004. Vid. http://www.barcelona2004.org/esp/banco_del_conocimiento/docs/OT_46_ES.pdf.

64. RAVENTÓS PAÑELLA, 2002. Vid. también, RAVENTÓS PAÑELLA, 1999, y el libro colectivo editado por PISARELLO y DE CABO, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rio nacional de, por lo menos, un año, para evitar discriminaciones⁶⁵. Esta extensión plantearía una serie de problemas que no podemos abordar aquí, pero sería coherente con la concepción del derecho a la renta básica como desligado de la laboralidad.

Según la definición de renta básica que hemos visto, ésta no se identificaría con las llamadas rentas mínimas de inserción, puesto que éstas son ingresos condicionados al cumplimiento de una serie de requisitos, no son universales. La cobertura real varía de unas administraciones a otras, pero en ningún caso es total.

Según pone de manifiesto Daniel RAVENTÓS, cuando nos planteamos seriamente la posibilidad de establecer una renta básica ciudadana, nos encontramos con dos objeciones importantes. La primera es de naturaleza ética y puede expresarse con una pregunta: Quién no quiera trabajar de forma remunerada en el mercado, ¿tiene derecho a percibir una asignación incondicional?, ¿no incitaría a los ciudadanos a no trabajar el hecho de tener asegurados unos recursos económicos mínimos?. La segunda es una objeción de carácter técnico, según la cual la idea es muy loable, pero imposible de llevar a la práctica. La primera objeción tiene un carácter previo: es decir, si no se supera, no merece la pena intentar superar la segunda. Si la renta básica no puede ser justificada éticamente, no es preciso entrar a dilucidar si es técnicamente posible establecerla⁶⁶.

Con respecto a la primera objeción, RAVENTÓS apunta dos posibles fundamentaciones del derecho a una renta básica: una justificación liberal⁶⁷ y una justificación republicana, aunque apunta que la renta básica tiene una vocación «ecuménica». Es decir, puede ser legitimada desde varias ideologías políticas, de derechas o de izquierdas.

La concepción liberal, que tiene en NOZICK⁶⁸ a uno de sus principales representantes, rechaza las intervenciones estatales para corregir las desigualdades entre los individuos. El argumento que emplean es el de la «pendiente resbaladiza»: si se interviene para corregir algunas «desventajas» sociales, no encontraremos el límite y esa intervención puede pretender corregir incluso las diferencias naturales, lo que llevaría a la planificación centralizada y a un resultado terrible. Sin embargo, dentro de la tradición liberal, STEINER⁶⁹ considera que, aunque los productos del trabajo son propiedad de cada indi-

65. REY PÉREZ, 2007, p. 234.

66. RAVENTÓS PAÑELLA, 2002, pp. 25 y ss.

67. RAVENTÓS la denomina «libertariana».

68. NOZICK, 1974.

69. STEINER, 1992.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

viduo, los recursos naturales son propiedad común. Y, como no es posible repartir el planeta Tierra entre todos, este imposible reparto se podría sustituir por una renta básica para todos los individuos.

El republicanismo (corriente a la que se adhiere al propio RAVENTÓS), aunque es un movimiento diverso y milenario, tiene una base fundamental: su ideal de la libertad definido por oposición a la tiranía. Se trata de una defensa de la libertad como autogobierno y como ausencia de dominación y alienación. El republicanismo está, pues, interesado en la independencia de los individuos de todo condicionante externo y, como concreción esencial de la misma, está interesado en la independencia socioeconómica de toda la ciudadanía. La instauración de una renta básica supondría una independencia socioeconómica mucho mayor que la actual para buena parte de esa ciudadanía, precisamente para los sectores más vulnerables a la dominación en las sociedades actuales (trabajadores asalariados, pobres, parados, etc.). Considera esta corriente de pensamiento que la existencia de una renta básica garantizada constitucionalmente proveería de un derecho a la existencia que añadiría alcance e intensidad a la libertad como no-dominación⁷⁰.

No faltan, sin embargo, voces críticas a la garantía universal del derecho a la renta básica. Así, se ha dicho que su extensión a todos los ciudadanos no serviría para garantizar la «libertad real», en los términos que han propuesto VAN PARIJS o RAVENTÓS, pues esta extensión no contempla la capacidad que los individuos tienen de transformar los recursos en verdadera libertad⁷¹.

También hay voces críticas a la universalidad de los derechos sociales en general. Así, PECES-BARBA considera un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacer por sí mismos esas necesidades, por tener una capacidad económica suficiente que ya les permite el desarrollo pleno de su personalidad⁷².

Los detractores del universalismo de los derechos sociales consideran también que éste, en un contexto de recursos escasos es ineficiente y no es capaz de realizar una acción concreta en donde ésta se requiere. Por el contrario, los partidarios del universalismo han señalado que otorgar los derechos sociales de forma selectiva, solamente a las personas necesitadas, produce la estigmatización de éstas, que se ven forzadas a demostrar su situación de pobreza o su imposibilidad de hacer frente a sus necesidades vitales por sí mismos⁷³. No hay que olvidar que algunos derechos sociales, como la edu-

70. RAVENTÓS PAÑELLA, 2002, pp. 30-32 y 1999, pp. 103 y ss.

71. PÉREZ MUÑOZ, 2005.

72. PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999, p. 329.

73. REY PÉREZ, 2007, p. 237.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cación y la sanidad, se otorgan de forma universal. Conceder también de forma universal una renta básica de subsistencia supondría eliminar la incertidumbre ante las adversidades o la mala suerte, por lo que sería una medida apoyada por las clases desfavorecidas y las clases medias.

Siguiendo con el esquema de RAVENTÓS, éste considera que la renta básica favorecería la libertad real de todos los ciudadanos y, por ello, aborda la cuestión de la posibilidad técnica de garantizar la renta básica como un derecho de la ciudadanía⁷⁴. Analiza las objeciones técnicas que se han planteado a la extensión de este derecho.

En primer lugar, se ha dicho que contradiría el principio de reciprocidad, en virtud del cual se afirma, como un principio aceptado en nuestras sociedades, que «quien no trabaja no cobra». Ahora bien, considera RAVENTÓS que este principio no es aplicable a toda la población, puesto que hay un sector de población que, por disponer de medios económicos suficientes, no necesita trabajar para comer. Con la renta básica garantizada, todos los ciudadanos estarían en la misma situación de poder elegir entre realizar un trabajo remunerado o no realizarlo. Para ampliar esa renta básica, los ciudadanos podrían optar por realizar un trabajo remunerado, pero sin sentirse compelidos por la necesidad perentoria de satisfacer necesidades de subsistencia. Esta renta básica no debería ser muy cuantiosa, pero la propuesta del autor es que se sitúe por encima del umbral de la pobreza. Económicamente, podría satisfacerse esta cantidad, no es algo muy diferente a lo que hoy se abona entre pensiones contributivas y no contributivas, subsidios de desempleo y rentas mínimas de inserción. La diferencia es que también la percibirían los trabajadores asalariados.

No sería preciso comprobar la situación económica de ninguna persona para abonarle la renta básica. Eso reduciría el fraude que se produce para evitar perder una prestación de desempleo o una prestación asistencial. La financiación sería a través de los impuestos, pero los trabajadores con salarios más bajos se verían favorecidos al percibir más como renta básica que la cantidad que tienen que pagar en concepto de impuestos. Las personas con mayor capacidad económica pagarían más en impuestos de lo que percibirían como renta básica.

Finalmente, aumentaría el poder contractual de los trabajadores, al no verse obligados a aceptar cualquier trabajo con retribución ínfima. En suma, con una argumentación más detallada que la que se puede ofrecer aquí, RAVENTÓS considera económicamente viable la propuesta de renta básica, a la vez que éticamente deseable.

74. RAVENTÓS PAÑELLA, 2002, pp. 33 y ss.

Capítulo XIV. El derecho a un mínimo vital

Con relación a la objeción de la falta de reciprocidad de la renta básica, REY PÉREZ ha observado que, efectivamente, la concesión de una renta básica universal no respeta el principio de reciprocidad si ha de ser financiada con los ingresos provenientes del trabajo porque tal concesión sería inviable si una parte importante de los ciudadanos de una comunidad optasen por no trabajar. Sin embargo, en su opinión, es posible plantearse, otras formas de financiar la renta básica, bien a través de impuestos que graven los recursos externos, bien a través de la denominada «tasa Tobin» o incluso gravando el consumo⁷⁵.

Sobre la relación entre la renta mínima de inserción y la renta básica, según la propuesta de RAVENTÓS expuesta aquí, es fácil percibir sus diferencias, pues mientras que aquella es condicionada y selectiva, ésta es incondicionada y universal. Pero, aunque son diferentes, las semejanzas entre estos dos instrumentos son claras: ambas tienden a garantizar el derecho a un mínimo vital. La introducción de las rentas mínimas de inserción puede ser un primer paso para acabar introduciendo un derecho a la renta básica. La finalidad es desterrar esas lacras que subsisten en nuestras sociedades desarrolladas, la pobreza y la exclusión social. La propuesta de una renta básica puede parecer hoy todavía una solución demasiado innovadora y arriesgada, pero la discusión sobre ella ya ha comenzado⁷⁶, ya empieza a verse como una posibilidad a tener en cuenta si de verdad queremos conseguir una democracia real que alcance a todos los ciudadanos y no sólo a los que han tenido habilidad o suerte en una economía de mercado que tantas veces funciona despiadadamente. En nuestra opinión, es oportuno y conveniente comenzar

75. REY PÉREZ, 2008, pp. 834-836.

76. Hay que recordar el reciente debate sobre el tema en el Congreso de los Diputados a propuesta de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) e Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verds (IU-ICV) el día 2 de octubre de 2007. Aunque la propuesta no fue aprobada, dio lugar a una viva discusión entre los Grupos Parlamentarios. Sobre esta discusión, puede verse el artículo de DOMÉNECH y RAVENTÓS «Quién teme a la renta básica de ciudadanía?» publicado en *El País* el 5 de octubre de 2007. Anteriormente, el Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds había presentado una Proposición de Ley de Creación de la Renta Básica de Ciudadanía en el Congreso de los Diputados (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B: Propositiones de Ley, 22 de abril de 2005). Más recientemente, cabe señalar la creación, en abril de 2009, de la Subcomisión de Renta Básica en la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso de los Diputados, en la que se pretende avanzar en aspectos controvertidos como el alcance universal o restringido que debería tener la renta básica, el coste de una ampliación de la protección por esta vía, su eventual interacción con la economía sumergida o la propia necesidad de una medida de este tipo para garantizar un mínimo de vida digna con independencia de la relación de las personas con el mercado de trabajo (*vid.* «Pobreza y rentas mínimas de inserción: situación y perspectivas», en *Cauces. Cuadernos del Consejo Económico y Social*, 2009, p. 51).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

un debate serio sobre las ventajas e inconvenientes de esta propuesta y sobre las posibilidades reales de su implantación, debate que aquí sólo puede quedar apuntado.

TERCERA PARTE

TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Capítulo XV

Niños y adolescentes*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

Los textos constitucionales españoles anteriores a la Constitución de 1978 incluyeron escasas referencias a la minoría de edad¹. La única excepción relevante fue la Constitución de 1931² que recogía, en su artículo 43, una serie de disposiciones referidas a la familia, al matrimonio y a la infancia. Este texto constitucionalizaba el deber de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos, habidos fuera o dentro del matrimonio, así como el deber del Estado de velar por el cumplimiento de estas obligaciones

* Por María DÍAZ CREGO.

1. En estos textos únicamente se hacía referencia a la minoría de edad del Rey y a la edad a partir de la cual se podía ejercer el derecho al sufragio pasivo, y, en su caso, activo. La Constitución de 1812 hacía referencia a la minoría de edad del Rey en sus arts. 131.6, 173, 185-200, y a la posibilidad de ejercer el derecho al sufragio pasivo en sus arts. 45 y 91. El Estatuto Real de 1834 hacía referencia a la minoría de edad del Rey en su art. 28 y a la edad requerida para formar parte de los dos Estamentos que componían las Cortes Generales en los arts. 5, 8 y 14. La Constitución de 1837 únicamente hacía referencia a la minoría de edad del Rey en su art. 40.3 y su Título VIII y a la posibilidad de ser nombrado o elegido Senador o Diputado en los arts. 17 y 23. La Constitución de 1845 únicamente hacía referencia a la minoría de edad del Rey en su art. 39.2 y su Título VIII y a la posibilidad de ser nombrado Diputado o Senador en sus arts. 15 y 22. La Constitución de 1869 únicamente hacía referencia a la minoría de edad del Rey en sus arts. 58.3 y 82-86, y a la posibilidad de ejercer el derecho al sufragio pasivo en sus arts. 62 y 66. La Constitución de 1876 hacía referencia a la minoría de edad del Rey en su art. 45.2 y su Título VIII, y a la posibilidad de ser nombrado o elegido Senador o Diputado en sus arts. 26 y 29.
2. Aparte de esta referencia específica a la minoría de edad, la Constitución de 1931 recoge las edades que permiten el ejercicio del derecho al sufragio activo y pasivo en los arts. 36, 53 y 69.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

y de ejecutarlas con carácter subsidiario. Este mismo precepto remitía a las leyes civiles a fin de que regularan la investigación de la paternidad y obligaba al Estado a prestar asistencia a la infancia, según lo recogido en la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Sociedad de Naciones en 1924.

El Fuero del trabajo de 1938 y el Fuero de los españoles de 1945³ recogieron algunas previsiones referidas específicamente a los menores de edad. La Declaración II.1 del Fuero del trabajo imponía al Estado la obligación de prohibir el trabajo nocturno de mujeres y niños. El artículo 23 del Fuero de los españoles imponía a los padres la obligación de alimentar, educar e instruir a sus hijos, a la par que instaba al Estado a suspender el ejercicio o privar de la patria potestad a aquellos padres que no la ejercieran «dignamente».

Aparte de estas previsiones, la definición de la minoría de edad y del estatuto de los menores ha sido una tarea tradicionalmente encomendada en nuestro ordenamiento al legislador ordinario, en el marco principal del Derecho civil y de las relaciones paterno-filiales⁴. El análisis histórico de este Derecho no aporta una visión del menor como sujeto de derechos, sino más bien una consideración del menor de edad como objeto sobre el que los padres ejercían una serie de «derechos» derivados de la patria potestad⁵. A pesar de que esa visión de la patria potestad se orienta hacia el interés del menor a partir del siglo XIX y que, en ese mismo siglo, el menor se convierte en objeto de protección de padres y autoridades públicas⁶, habrá que esperar hasta la promulgación de la Constitución española de 1978 para que el menor de edad deje de ser visto únicamente como objeto de protección y pase a convertirse en auténtico sujeto de derechos, derechos fundamentales incluidos⁷.

3. Además de estas referencias concretas, las Leyes Fundamentales franquistas recogían la edad a partir de la cual podía ejercerse el derecho de sufragio pasivo y activo. La Ley Constitutiva de las Cortes de 1942 recogía, en su art. 3, los requisitos necesarios para ser Procurador en Cortes. La Ley de Referéndum Nacional de 1945 recogía, en su art. 2, quienes podían participar en un referéndum. Finalmente, la Ley para la Reforma Política recogía, en su art. 2, la edad requerida para el ejercicio del sufragio activo.
4. En este sentido, ALÁEZ CORRAL, 2003, pp. 38 y ss.
5. *Ibidem*, pp. 38 y ss.
6. Los poderes públicos españoles comienzan a prestar atención a los problemas de la infancia en el siglo XIX. En este siglo se adoptaron distintas normas dirigidas a regular la beneficencia pública y a prestar una adecuada asistencia a la infancia. Un análisis detallado de esta normativa y de su evolución hasta el presente siglo puede verse en PALMA DEL TESO, 2006, pp. 21 y ss.
7. En este sentido, ALÁEZ CORRAL, 2003, pp. 31 y ss., y VALERO HEREDIA, 2009, pp. 36 y ss.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

Sin lugar a dudas, los dos preceptos más relevantes de la Constitución de 1978 desde la perspectiva de los derechos de los menores de edad son los artículos 39 y 48.

De entre ellos, el artículo 39 CE es el que más modificaciones sufrió a lo largo de todo el proceso constituyente. El anteproyecto de Constitución encuadraba el actual precepto en su artículo 34, que versaba: «1. Los poderes públicos aseguran la protección económica, jurídica y social de la familia, en particular por medio de prestaciones sociales, de disposiciones fiscales y de cualquier otra medida adecuada. 2. La madre y los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, disfrutarán de la protección oficial del Estado y de todos los poderes públicos. 3. Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, sin perjuicio del respecto de la institución familiar».

En el trámite del Congreso, se presentaron veintiuna enmiendas referidas a este precepto. Algunas de ellas propugnaban la eliminación de parte de su contenido, limitándolo a sus elementos protectores de la institución familiar⁸. En sentido contrario, la mayoría de las enmiendas presentadas defendieron la introducción de un nuevo epígrafe en el que se hiciera referencia a los instrumentos internacionales de protección de los derechos del niño⁹. Finalmente, la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Comunista, a la que se adhirió el Grupo Parlamentario Mixto, sugirió la introducción de una referencia a la planificación familiar y a la interrupción del embarazo como medida de planificación.

El texto aprobado por el Congreso, recogido en el artículo 35 del proyecto, se asemejaba bastante al actual artículo 39, incluyéndose incluso la referencia a los textos internacionales sobre derechos del niño en su punto cuarto. Este texto sufrió escasas modificaciones en el Senado, a pesar de que se presentaron nuevamente más de una veintena de enmiendas. En la Cá-

8. Antonio Carro Martínez (Alianza Popular), defendió esta tesis (Enmienda n° 2, *Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, p. 124).

9. Es de reseñar que la mayoría de estas enmiendas hacen referencia a la Declaración de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas; María Victoria Fernández-España (Alianza Popular), Enmienda n° 5 (*Constitución española. Trabajos Parlamentarios*, vol. I, p. 129); Hipólito Gómez de las Rocas (Grupo Parlamentario Mixto), Enmienda n° 45 (*Idem*, p. 156); Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, Enmienda n° 138 (*Ibidem*, p. 206); Grupo Parlamentario Mixto, Enmienda n° 487 (*Ibidem*, p. 326); Grupo Parlamentario Vasco, Enmienda n° 612 (*Ibidem*, p. 370); Federico Mayor Zaragoza (UCD), Enmienda n° 739 (*Ibidem*, p. 465).

para Alta, el precepto sufrió tan sólo tres modificaciones de relevancia: se suprimió la referencia a la protección de la familia en el punto primero; se recogió la igual protección de las madres con independencia de su estado civil, en el punto segundo; y se incluyó la remisión a la ley a fin de que ésta permitiera la investigación de la paternidad, también en el punto segundo.

La Comisión Mixta Congreso-Senado, aprobó un texto intermedio en el que se recogieron la mayoría de las modificaciones introducidas por el Senado y se reinsertó el punto primero aprobado por el Congreso, reintroduciéndose, por tanto, la referencia a la protección de la familia.

El artículo 48 del texto constitucional no sufrió ninguna reforma a lo largo del proceso constituyente, de modo que el contenido inicial del artículo 41 del anteproyecto permaneció invariado a lo largo de todo el proceso, proponiéndose apenas nueve enmiendas, cinco en el Congreso y cuatro en el Senado, que pretendían introducir alguna variación de muy escasa importancia en el texto¹⁰.

1.2.2. Aproximación a las normas constitucionales referidas a los menores

La Constitución española de 1978 propició un cambio profundo en la aproximación a la minoría de edad. A partir de este texto y gracias a la constante interpretación en este sentido de nuestro Tribunal Constitucional, los menores de edad no sólo son contemplados como bien objeto de protección, sino que se convierten en sujetos de derechos, en titulares del conjunto de derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Los derechos recogidos en el Título I no son patrimonio único de los mayores de edad, completando igualmente el patrimonio jurídico de los menores, tal y como reconoce el Tribunal Constitucional español¹¹. Esta afirmación no excluye, sin embargo, que el ejercicio de ciertos derechos requiera haber alcanzado una determinada edad o cierta madurez de juicio¹².

Además de este planteamiento general, es preciso subrayar que la Constitución de 1978 realiza una serie de referencias específicas a los menores de edad, la infancia o la juventud, aunque estas últimas sólo tendrán relevancia para este capítulo en la medida en que afecten a los menores de edad, que son el objeto de atención de este capítulo.

Las referencias específicas de nuestro texto constitucional a la minoría de edad, la infancia o la juventud son las siguientes:

-
10. El escaso interés que despertó la redacción de este precepto ya ha sido destacada por RUIZ-RICO y CONTRERAS, 2001, pp. 347 y ss.
 11. Entre otras, SSTC 197/1991, 134/1999 y 154/2002.
 12. Especialmente clara en este sentido es la STC 154/2002.

- a) El artículo 12 CE ubica la mayoría de edad de los españoles en los dieciocho años, facilitando así la identificación del colectivo estudiado, formado únicamente por los menores de esa edad. No obstante, resulta necesario destacar que si bien el precepto constitucional recoge la regla general que permite identificar a mayores y menores de edad¹³, esta regla general encuentra ciertas excepciones en lo que se refiere a la determinación de la minoría de edad penal¹⁴ y la capacidad de obrar de los menores en el ámbito civil¹⁵.
- b) El artículo 20.4 CE hace referencia específica a la juventud y la infancia, señalando que la protección de ambas constituye uno de los límites a las libertades recogidas en el artículo 20 CE, principalmente, la libertad de expresión e información.
- c) El artículo 27.3 CE se refiere a los hijos, reconociendo el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Este derecho, referido exclusivamente a la formación religiosa y moral de los menores, impone a los poderes públicos una obligación negativa, en la medida en que no podrán obligar a los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa o moral que no sea conforme con sus propias convicciones, así como una obligación positiva, en la medida en que deberán arbitrar mecanismos para que el conjunto del programa educativo respete las convicciones religiosas y morales de los padres. No obstante, el contenido de este precepto es ampliamente analizado en el capítulo VI de esta obra.
- d) El artículo 39 CE es, sin lugar a dudas, el precepto constitucional más relevante en la materia. Claramente deudor del artículo 43 de

- 13. Durante el debate constituyente se discutió si este precepto debía recoger una previsión general o si, por el contrario, debía hacer referencia únicamente a la edad exigida para el ejercicio de los derechos de participación política. La opción finalmente adoptada fue la primera, tal y como se indica en SERRANO ALBERCA, 2001, pp. 222 y ss.
- 14. El art. 19 CP prevé que los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente de acuerdo con esa Ley. Sin embargo, a los menores de esa edad y mayores de catorce años sí les será aplicable la LORPM, que prevé, en su art. 1, que los menores ubicados en esa franja de edad podrán ser responsables por la comisión de hechos tipificados como delito o falta en el CP o leyes penales especiales de acuerdo con lo establecido en la propia Ley.
- 15. A pesar de que la minoría de edad a efectos civiles se entiende fijada, con carácter general, en los dieciocho años, la capacidad de obrar de los menores varía notablemente según el acto jurídico que consideremos y según su condición de menores emancipados o de vida independiente. Un análisis detallado de la cuestión puede encontrarse en: LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, pp. 37 y ss.

la Constitución de 1931, este precepto comienza haciendo referencia a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En lo que se refiere a los menores, los artículos 39.2 y 3 recogen la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos menores de edad y cuando legalmente proceda, así como la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos. En ambos casos, quedan prohibidas las discriminaciones por razón de la filiación. El artículo 39.2 señala, igualmente, que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Finalmente, el inciso cuarto del artículo 39 incorpora una referencia a los acuerdos internacionales que velan por los derechos de los niños, al afirmarse que éstos habrán de gozar en España de la protección prevista en los citados acuerdos.

La exégesis de los distintos apartados de este precepto plantea varios problemas en relación con los derechos de los menores de edad. El primero de ellos se centra en el alcance de la previsión constitucional que prohíbe la discriminación entre los hijos por razón de la filiación. El artículo 39.3 CE induce a confusión en la medida en que impone a los padres un deber de asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio. Esta equiparación ha sido entendida, por una parte de la doctrina¹⁶, como una limitación de la prohibición de discriminación tan sólo al ámbito asistencial, pero no a otros tan relevantes como los derechos sucesorios. A pesar de este entendimiento, es de destacar que el artículo 39.2 es mucho más claro en tanto recoge, con carácter absoluto, la igualdad ante la ley de los hijos con independencia de su filiación. Esta previsión, y jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁷ y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁸ al respecto, impiden cualquier tipo de pre-

-
16. En este sentido: GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 854. Este autor funda su opinión en el propio art. 39 CE, que no prohíbe consignar declaraciones sobre la legitimidad o ilegitimidad de los hijos, permitiendo así reconocer la existencia de filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales y, en el art. 10.3 PIDESC, que recoge este principio de no discriminación únicamente en relación con la protección y la asistencia a favor de niños y adolescentes.
 17. En este sentido: STC 154/2006, STC 200/2001 y STC 46/1999, sobre pensiones de orfandad; STC 67/1998, STC 84/1998, y STC 74/1997, en relación con prestaciones económicas familiares.
 18. Son de destacar, en esta línea, las SSTEDH *Merger y Cros* contra Francia, de 22 de diciembre de 2004; *Pla y Puncernau* contra Andorra, de 13 de julio de 2004; *Camp y Bourimi* contra Países Bajos, de 3 de octubre de 2000; *Mazurek* contra Francia, de 1 de febrero de 2000; *Vermeire* contra Bélgica, de 29 de noviembre de 1991; *Johnston y otros* contra Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, y *Marckx* contra Bélgica, de 13 de junio de 1979.

visión legal discriminatoria por razón de filiación, incluso en lo referido a los derechos sucesorios.

La interpretación de los parágrafos segundo y tercero de este precepto plantea una segunda duda. Ambos apartados recogen la obligación de los poderes públicos de asegurar «la protección integral de los hijos», así como el deber de los padres de «prestar asistencia de todo orden a los hijos»; deberes de los que cabrá deducir ciertos derechos de los menores de edad, tal y como detallaré más adelante (*infra*, 4.1 y 4.2). No obstante, más allá de esta cuestión, procede plantearse cuál es el alcance de ambos deberes¹⁹, y si el deber asistencial de los poderes públicos tiene o no carácter subsidiario con respecto al de los padres. El artículo 43 de la Constitución de 1931 era claro a este respecto al indicar que el Estado tenía el deber de velar por el cumplimiento de las obligaciones de los padres de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos y de ejecutarlas con carácter subsidiario. Sin embargo, el actual artículo 39.2 CE, que no hace referencia a la subsidiariedad de la obligación impuesta a los poderes públicos, parece poder interpretarse en un sentido más amplio, esto es, en el sentido de atribuir a los poderes públicos una obligación complementaria de la que se impone a los padres. En esta lógica, podría entenderse que si bien los progenitores serán los primeros obligados a prestar asistencia «de todo orden» a sus hijos y que los poderes públicos habrán de respetar la tarea encomendada a los padres, estos últimos serán los únicos capaces de proteger al menor frente a peligros que vayan más allá de la posible protección prestada por la familia, como por ejemplo, frente a delitos como el secuestro, la trata, o los abusos sexuales cuando éstos se desarrollen fuera del núcleo familiar. Por ello, parece coherente entender la obligación de protección impuesta a los padres y a las autoridades públicas como una obligación complementaria²⁰.

Finalmente, la interpretación de este precepto plantea la dificultad

19. La Constitución actual no deja claro cuáles son esos deberes, a diferencia de lo que preveía la Constitución de 1931, que recogía las obligaciones de los padres de *alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos*. A pesar de ello, los deberes asociados a la patria potestad sí aparecen delimitados en el art. 154 CC, que recoge la obligación del padre y la madre que ejerzan la patria potestad de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.
20. En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, 1996, p. 59, y GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 850. Defienden el carácter subsidiario de la obligación, CABEDO MALLOL, 2006, p. 19, y PALMA DEL TESO, 2006, pp. 41-42. *Vid.* asimismo, DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009, pp. 40 y ss.

de determinar el alcance de la previsión contenida en su párrafo cuarto. Ese artículo prevé que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos». Se plantea así si los acuerdos internacionales a los que hace referencia el precepto son sólo los ratificados por España o también aquellos que no hayan sido ratificados por nuestro país. Tal y como ya ha señalado la doctrina²¹, esta referencia sería redundante en caso de limitarse a los acuerdos ratificados por España, en cuanto el artículo 96 CE tendría consecuencias jurídicas parejas. No obstante, reconocer los mismos efectos jurídicos a los tratados sobre menores ratificados por España que a los que no han sido ratificados por nuestro país también parece ir en contra de lo previsto por ese mismo precepto. Quizás por ello, buena parte de la doctrina²² entiende que esta previsión convertiría a los acuerdos internacionales en la materia no ratificados por nuestro país en una fuente de inspiración tanto del legislador como del intérprete del ordenamiento español en relación con los derechos de los niños.

- e) El artículo 48 CE también tiene relevancia para el objeto de este capítulo. Este precepto, ampliamente criticado por la doctrina por ser de dudosa necesidad y reiterar la previsión general contenida en el artículo 9.2 CE²³, se limita a instar a los poderes públicos a promover «las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural».

1.2.3. Especial referencia a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo que se refiere a la definición del régimen jurídico aplicable a la minoría de edad aparece marcada, en primer lugar, por la previsión del artículo 81.1 CE que reserva a la ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas. El legislador estatal, el único con capacidad para adoptar este tipo de normas, será el encargado de desarrollar los derechos fundamentales y las libertades públicas recogidos en la Sección I del Capítulo II del Título I de la Constitución también cuando el titular de los mismos sea menor de edad²⁴. Ésta es la lógica que se observa en los

21. En este sentido, ESCOBAR ROCA, 2005, pp. 191 y ss.

22. En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, 1996, y PÉREZ VERA, 2002, pp. 1303 y ss.

23. En este sentido, CAZORLA PRIETO, 2001, pp. 932 y ss., y RUIZ-RICO y CONTRERAS, 2001, pp. 347 y ss.

24. En este sentido, en relación con los derechos de los menores de edad, ver: STC 135/2006, FJ 7.

primeros preceptos²⁵ de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM), en los que se desarrollan algunos de los derechos recogidos entre los artículos 15 y 29 CE, para aquellos casos en que su titular es menor de edad.

Más allá de este desarrollo, es de subrayar que los artículos 148 y 149 CE no hacen referencia específica a la minoría de edad en ninguno de los títulos competenciales atribuidos al Estado o a las Comunidades Autónomas. Las competencias más directamente relacionadas con el objeto de estudio son las recogidas en los artículos 149.1.8 CE, que atribuye al Estado, en exclusiva y a salvo de las precisiones que a continuación detallaremos, la legislación en materia civil; y 148.1.20 CE, que permite a todas las Comunidades Autónomas asumir competencias en el ámbito de la asistencia social. Además de estas previsiones, otros apartados del artículo 149 CE recogen competencias exclusivas del Estado en ámbitos relevantes para la materia objeto de estudio, en concreto, nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149.1.2 CE), Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE), o legislación penal, penitenciaria y procesal (art. 149.1.6 CE). Todos estos títulos competenciales fueron invocados por el legislador estatal a fin de justificar la adopción de alguno de los preceptos de la LOPJM.

El artículo 149.1.8 CE atribuye al Estado la competencia legislativa en materia civil, sin perjuicio de la «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». En virtud de este precepto, las Comunidades Autónomas en cuyo territorio fuera de aplicación Derecho civil foral o especial en el momento de adoptarse la Constitución, pueden atribuirse, a través de su Estatuto, la competencia para conservar, modificar o desarrollar este Derecho, incluidas aquellas instituciones que afecten a los menores de edad. Esta competencia aparece recogida en los Estatutos de Autonomía de Aragón²⁶, de las Islas Baleares²⁷, de Cataluña²⁸, de Valencia²⁹, de Galicia³⁰, de Navarra³¹, del País Vasco³² y de Extremadura³³.

25. La DF 23ª LOPJM señala cuáles de sus preceptos no son orgánicos.

26. Art. 71.2 LO 5/2007.

27. Art. 30.27 LO 1/2007.

28. Art. 129 LO 6/2006.

29. Art. 49.2 LO 1/2006.

30. Art. 27.4 LO 1/1981.

31. Art. 48 LO 13/1982.

32. Art. 10.5 LO 3/1979.

33. Art. 9.1.4 LO 1/1983.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Sin embargo, tal y como ha aclarado nuestro Tribunal Constitucional³⁴, esta competencia limita las facultades de las Comunidades Autónomas al Derecho civil foral o especial existente en el momento de adoptarse la Constitución, permitiendo no sólo su conservación y modificación, sino también su desarrollo y, en esta lógica, la regulación de «instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral». Por tanto, esta competencia afecta al objeto de este estudio tan sólo en relación con aquellas Comunidades Autónomas en las que el Derecho civil foral o especial preexistente regulara alguna institución que afecte al régimen de la minoría de edad³⁵.

Por otro lado, el artículo 148.1.20 de la Constitución permitió a todas las Comunidades Autónomas, independientemente de la vía por la que accedieron a la autonomía, asumir competencias en materia de asistencia social. Además de esta competencia, en la que algunas Comunidades anclan su capacidad para adoptar normas que regulen los instrumentos de protección pública de los menores, la mayoría de las Comunidades Autónomas contemplan en sus Estatutos competencias específicas en relación con la protección de los menores y la juventud. Gran parte de los Estatutos de Autonomía³⁶ asumían, antes de la última oleada de reformas estatutarias, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma respectiva bien en relación con la protección y tutela de menores³⁷, bien en relación con las instituciones públicas de protección y tutela de menores³⁸. Esta competencia aparece referida tanto a la función reformadora dirigida a los menores que han cometido algún ilícito penal, como a las instituciones dirigidas a proteger a aquellos menores que se encuentren en situación de riesgo o de desamparo³⁹.

34. SSTC 88/1993 y 156/1993.

35. En este sentido, PALMA DEL TESO, 2006, pp. 47 y ss.

36. Las únicas excepciones eran la LO 1/1981 (EA Galicia), la LO 1/1995 (EA Ceuta) y la LO 2/1995 (EA de Melilla). No obstante, el Estatuto gallego recogía la competencia exclusiva de la Comunidad gallega en el ámbito de la asistencia social y el desarrollo comunitario, y, los Estatutos de Ceuta y Melilla recogían las competencias de estas ciudades en el ámbito de la asistencia social.

37. Se refieren a este título competencial los siguientes Estatutos: art. 35.28 (Aragón), art. 10.25 (Asturias), art. 24.23 (Cantabria), art. 31.31 (Castilla-La Mancha), art. 32.20 (Castilla y León), art. 26.24 (Madrid), art. 8.32 (La Rioja).

38. Se refieren a este título competencial los siguientes Estatutos: art. 13.23 (Andalucía), art. 10.35 (Illes Balears), art. 30.14 (Canarias), art. 9.28 (Cataluña), art. 7.32 (Extremadura), art. 10.18 (Murcia), art. 44.23 (Navarra), art. 31.27 (Comunidad Valenciana). El art. 10.14 del EA del País Vasco hacía una precisión al recoger la competencia exclusiva del País Vasco en lo referido a la organización, régimen y funcionamiento de las instituciones de protección y tutela de menores.

39. En este sentido: STC 243/2004, FJ 3.

En la misma línea, la mayoría⁴⁰ de los Estatutos de Autonomía asumían, también antes de la última oleada de reformas estatutarias, la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma respectiva en relación con la promoción de la juventud o el desarrollo de políticas de promoción de la juventud⁴¹ o en relación con la promoción para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural⁴².

Las últimas reformas de los Estatutos de Autonomía de Aragón, Islas Baleares, Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía, Castilla y León y Extremadura han introducido alguna modificación en este panorama. Cataluña y Andalucía han concretado la referencia a la protección de menores al señalar que esta competencia incluye, «en todo caso, la regulación del régimen de la protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de los menores desamparados, en situación de riesgo y de los menores infractores» y además, supone la participación de la Comunidad respectiva en «la elaboración y la reforma de la legislación penal y procesal que incida en las competencias de menores»⁴³, aunque esta participación parece depender claramente de lo previsto en la legislación estatal al respecto. Aragón limita esta competencia a la regulación del régimen de protección y tutela de los meno-

40. Las únicas excepciones eran la LO 7/1981 (EA Asturias), la LO 10/1982 (EA Canarias), la LO 1/1981 (EA Galicia), la LO 3/1982 (EA La Rioja), la LO 1/1995 (EA Ceuta) y la LO 2/1995 (EA Melilla).

41. Se refieren a este título competencial los siguientes Estatutos: art. 13.30 (Andalucía), art. 10.13 (Illes Balears), art. 24.22 (Cantabria), art. 31.20 (Castilla-La Mancha): la propuesta de reforma de este Estatuto que fue presentada y después retirada hacía referencia a la competencia de la Comunidad Autónoma en relación con las políticas de juventud –art. 142, *BOCG*, de 11 de abril de 2008, Serie B, Propositiones de Ley), art. 32.19 (Castilla y León), art. 9.28 (Cataluña), art. 26.24 (Madrid), art. 10.19 (Murcia), art. 44.18 (Navarra), art. 31.25 (Comunidad Valenciana) y art. 10.39 (País Vasco)–.

42. Se refieren a este título competencial los siguientes Estatutos: art. 35.26 (Aragón) y art. 7.19 (Extremadura).

43. Art. 166.3 LO 6/2006, de reforma del EA de Cataluña, y art. 61.3 LO 2/2007, de reforma del EA para Andalucía. Una diferencia sustancial entre ambos preceptos se refleja en el hecho de que el Estatuto catalán recoge que la competencia sobre protección de menores se ejercerá en respecto de la legislación penal, mientras que el andaluz se refiere tanto a la legislación civil como a la penal. Esta ausencia se debe, sin lugar a dudas, a la existencia de un Derecho civil catalán, cuya conservación, modificación y desarrollo corresponde a Cataluña. Las propuestas de reforma de los Estatutos de Castilla-La Mancha (*BOCG*, de 11 de abril de 2008, Serie B, Propositiones de Ley) y de Canarias (*BOCG*, de 22 de septiembre de 2006. Serie B, Propositiones de Ley) contienen preceptos semejantes a los indicados. No obstante, es de reseñar que estos Estatutos no fueron aprobados en la VIII legislatura y que si bien la propuesta de reforma del Estatuto de Castilla La Mancha fue trasladada al próximo Congreso, y está siendo debatida en la actualidad, no ocurrió lo mismo en relación con la propuesta de reforma del Estatuto canario, que fue retirada.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

res desamparados o en situación de riesgo⁴⁴. Por su parte, la Comunidad balear ha modificado su título competencial al pasar de las instituciones públicas de protección y tutela de menores a la protección de menores⁴⁵ y Extremadura ha pasado a asumir la competencia en infancia, juventud, protección y tutela de menores⁴⁶.

Finalmente, es de reseñar que el artículo 45 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM), incide en las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de menores, al indicar que la ejecución de las medidas previstas en esa ley es competencia de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla. En relación con esta competencia ejecutiva, es de destacar que el Tribunal Constitucional⁴⁷ la distingue claramente de la competencia de ejecución de la legislación penitenciaria que pueden asumir las Comunidades Autónomas sobre la base de lo previsto en el artículo 149.1.6 CE. A ojos del Alto Tribunal, la competencia de ejecución de las medidas indicadas, unida a las competencias de protección y tutela de menores que han asumido las Comunidades Autónomas, no debe agotarse en la ejecución material de las medidas judicialmente acordadas «sino que podrá extenderse a cuanto sea preciso e idóneo para la reincorporación del menor a la sociedad, especialmente mediante el diseño de programas y actuaciones, de carácter eminentemente educativo y responsabilizador, que apoyen los procesos individuales de reinserción»⁴⁸.

Como se desprende de esta breve panorámica, la distribución de competencias en nuestro país en relación con el objeto de estudio alcanza una complejidad y una dispersión importante que parece girar en torno a dos elementos clave: la atribución al Estado de la competencia para desarrollar los derechos fundamentales de la Sección I del Capítulo II del Título I del texto constitucional, y para legislar en materia civil, penal y procesal; y la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias referidas a la protección y tutela de los menores desamparados, en riesgo y de los menores infractores; así como la ejecución de las medidas previstas en la LORPM. Tal y como apuntaremos más adelante, esta dispersión genera ciertas dificultades de articulación y coordinación de las distintas autoridades llamadas a incidir en la realidad de los menores de edad.

44. Art. 71.39 LO 5/2007, de reforma del EA de Aragón.

45. Art. 30.39 LO 1/2007, de reforma del EA de las Illes Balears.

46. Art. 9.1.26 LO 1/2011, de reforma del EA de Extremadura.

47. STC 243/2004, FJ 3.

48. Idem, FJ 4.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

España ha ratificado un número notable de textos internacionales que, bien reconocen derechos fundamentales de los menores, bien regulan relaciones privadas internacionales en que se encuentran involucrados menores⁴⁹. Los principales textos internacionales en la materia que vinculan a España han sido adoptados en una serie de ámbitos distintos, bien las Naciones Unidas, bien la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, bien el Consejo de Europa, bien la Unión Europea, bien la Conferencia Iberoamericana⁵⁰.

En el ámbito de las Naciones Unidas, la DUDH de 1948 recoge en su articulado derechos de toda persona o todo ser humano y, por tanto, también de los menores de edad. No obstante, la única referencia explícita a la infancia aparece en el artículo 25.2, que reconoce el derecho de la maternidad y la infancia a recibir cuidados y asistencia especiales, así como el derecho de todos los niños a igual protección social, independientemente de su filiación.

En la misma línea, el PIDCP y el PIDESC, de 1966, recogen derechos de todos, haciendo especial referencia a la infancia en los artículos 24 PIDCP y 10.3 PIDESC. El primero de estos preceptos reconoce el derecho de los niños a recibir protección tanto por parte de su familia como del Estado sin ser discriminados por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. Además, ese mismo precepto recoge el derecho de todo niño a ser inscrito después de su nacimiento, a tener un nombre y a adquirir una nacionalidad. El artículo 10.3 PIDESC reconoce la necesidad de adoptar medidas de protección de niños y adolescentes sin discriminación por razón de la filiación u otros motivos, así como la obligación de establecer una edad mínima por debajo de la cual se prohíba el empleo de mano de obra infantil y de sancionar el empleo de niños y adolescentes en trabajos nocivos para su salud o moral o que pongan en peligro su vida o su normal desarrollo.

La Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, es el primer texto adoptado en el ámbito de las Naciones Unidas que se dirige específicamente a los niños. No obstante, este importante texto ha quedado hoy desplazado por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989⁵¹ y com-

49. Realiza esta división, PÉREZ VERA 2002, p. 1305.

50. Un estudio exhaustivo puede encontrarse en PÉREZ VERA, 2002, pp. 1299 y ss. o en LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, pp. 66 y ss.

51. España ratificó este Tratado por Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE n° 313, de 31 de diciembre de 1990.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pletada por dos Protocolos facultativos⁵². Este instrumento, considerado hoy el texto internacional básico de los derechos del niño⁵³ y cuyo contenido se analizará a lo largo de este artículo, incluye dos elementos de gran importancia. En primer lugar, la Convención recoge una definición de niño, entendiendo por tal a «todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (art. 1). En segundo lugar, el artículo 3.1 CDN enuncia el principio fundamental sobre el que debe asentarse la protección del menor, el interés superior del niño.

En el ámbito de la OIT, destaca la adopción de varios Convenios relevantes referidos al trabajo infantil, el Convenio n° 138 sobre la edad mínima, de 26 de junio de 1973, ratificado por España el 16 de mayo de 1977, y el Convenio n° 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, de 17 de junio de 1999, ratificado por España el 2 de abril de 2001.

En el ámbito de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, España ha ratificado varios convenios centrados en la delimitación de las autoridades competentes y la ley aplicable en materia de protección del menor⁵⁴, en los aspectos civiles del secuestro internacional de menores⁵⁵, en los problemas que plantea la adopción internacional⁵⁶, y, finalmente, en la determinación y el cumplimiento de las obligaciones alimenticias respecto de menores⁵⁷.

52. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, adoptado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000, y ratificado por España el 8 de marzo de 2002; y Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General el 25 de mayo de 2000 y ratificado por España el 18 de diciembre de 2001.

53. En este sentido, ESCOBAR ROCA, 2005, p. 24, y LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, p. 99.

54. Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, de 5 de octubre de 1961, ratificado por España por Instrumento de 29 de abril de 1987, BOE n° 199, de 20 de agosto de 1987. Este Convenio está llamado a ser sustituido por el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996, todavía no ratificado por nuestro país.

55. Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, ratificado por nuestro país por Instrumento de 28 de mayo de 1987, BOE n° 202, de 24 de agosto de 1987.

56. Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado por España por Instrumento de 30 de junio de 1995, BOE n° 182, de 1 de agosto de 1995.

57. Convenio relativo al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973, ratificado por España por Instrumento de 28 de mayo de 1987, BOE de 12 de agosto de 1987; Convenio relativo

En el ámbito del Consejo de Europa, es de destacar, en primer lugar, que el instrumento clave de la protección de los derechos humanos en el ámbito de esta organización internacional, esto es, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), no hace referencia específica a los menores, la infancia o la adolescencia en ninguno de sus preceptos. Tampoco reconocen esta referencia ninguno de los Protocolos adicionales al CEDH. Sin embargo, el TEDH sí ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la titularidad de los derechos reconocidos en el CEDH, haciendo referencia específica a los menores de edad en varias ocasiones⁵⁸.

La Carta Social Europea⁵⁹ (CSE), el otro instrumento clave de la protección de los derechos humanos adoptado en el seno del Consejo de Europa sí hace referencia, por el contrario, a los menores de edad. El artículo 7 de este texto reconoce el derecho de niños y adolescentes a la protección contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos, concretando este derecho en una serie de medidas de protección del trabajo infantil y juvenil que deberán adoptar los Estados parte de este tratado, entre ellas, la prohibición con carácter general del empleo de menores de quince años o la prohibición del trabajo nocturno de los menores de dieciocho. Igualmente, el artículo 17 de la Carta Social recoge el derecho de los niños y las madres a la protección social y económica, a la par que el artículo 9 reconoce el derecho de los jóvenes y los niños a la orientación profesional, imponiendo a los Estados parte la obligación de promover la creación de un servicio gratuito de orientación profesional.

a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, de 2 de octubre de 1973, ratificado por España por Instrumento de 16 de mayo de 1986, BOE de 16 de septiembre de 1986; Convenio relativo a la ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores, de 24 de octubre de 1956, ratificado por España por Instrumento de 20 de febrero de 1974, BOE de 6 de mayo de 1974; y Convenio relativo al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones alimenticias respecto de menores, de 15 de abril de 1958, ratificada por España por Instrumento de 2 de julio de 1973, BOE de 12 de noviembre de 1973. Bajo los auspicios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado se ha elaborado el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, de 23 de noviembre de 2007, que pretende actualizar los convenios indicados, pero todavía no ha sido ratificado por nuestro país, aunque sí por la Unión Europea (8 de abril de 2010); así como un Convenio sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, de 23 de noviembre de 2007, que tampoco ha sido ratificado por nuestro país todavía.

58. El TEDH ha contemplado a los menores de edad como titulares de los derechos reconocidos por el CEDH en numerosas ocasiones, entre ellas: *Okkali* contra Turquía, de 12 de febrero de 2007; *Z y otros* contra Reino Unido, de 10 mayo de 2001; *T* contra Reino Unido y *V* contra Reino Unido, de 16 diciembre de 1999; o *A* contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998.
59. España ratificó este Tratado por Instrumento de 29 de abril de 1980, BOE n° 153, de 26 de junio de 1980.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el ámbito del Consejo de Europa, como también veíamos en el ámbito de las Naciones Unidas, se han adoptado otros tratados que atienden necesidades específicas de los menores de edad. Sin embargo, de entre todos ellos, España ha ratificado únicamente el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980⁶⁰, el Convenio europeo sobre la protección de los niños frente a la explotación y los abusos sexuales, de 25 de octubre de 2007⁶¹, y el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores (revisado), de 27 de noviembre de 2008; destacando la falta de ratificación por parte de nuestro país del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, de 25 de enero de 1996, y el Convenio europeo sobre las relaciones personales que conciernen a los niños, de 15 de mayo de 2003⁶², centrados, respectivamente, en el reconocimiento de una serie de derechos procesales de los menores que podrán ejercer bien directamente, bien a través de un representante, en litigios de carácter civil; y en el reconocimiento del derecho de los menores y sus padres y familiares a mantener relaciones personales de forma regular.

En el ámbito de la Unión Europea, hay que destacar, en primer lugar, la contribución realizada por la CDF. Este texto no sólo reconoce un importante elenco de derechos a todos⁶³, sino que además hace referencia específica a los menores en sus artículos 24 y 32.

El artículo 24 de la Carta recoge el derecho del menor a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, reconociendo el derecho de los niños a expresarse libremente y a que su opinión sea tomada en cuenta en los asuntos que les afecten; asuntos en los que la intervención de autoridades públicas e instituciones privadas habrá de guiarse siempre por el interés superior del menor. El inciso final de este precepto reconoce el derecho de los

-
60. España ha ratificado este Convenio por Instrumento de 9 de mayo de 1984, BOE n° 210, de 1 de septiembre de 1984.
 61. España ha ratificado este Convenio por Instrumento de 4 de noviembre de 2010, BOE n° 274, de 12 de noviembre de 2010.
 62. Además de los indicados, cabe reseñar que España tampoco ha ratificado el Convenio europeo en materia de adopción de niños, de 24 de abril de 1967, aunque sí su versión revisada, de 27 de noviembre de 2008; el Convenio europeo sobre la repatriación de menores, de 28 de mayo de 1970; el Convenio europeo sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio, de 15 de octubre de 1975; y la Carta Social Europea revisada, de 3 de mayo de 1996, en cuyo artículo 17 se reconoce más extensamente el derecho a la protección social jurídica y económica de niños y adolescentes.
 63. Este reconocimiento implicaría también el reconocimiento de esos derechos a los menores de edad, tal y como destacan también Rojo TORRECILLA y CAMAS RODA, 2004, pp. 861 y ss.

menores a mantener relaciones personales y periódicas con sus padres, salvo que éstas sean contrarias a sus intereses. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁶⁴ no parece haber deducido de esta última previsión ningún derecho subjetivo de los miembros de una familia a permanecer unidos, ni siquiera en el caso de que parte de ellos sean menores, tal y como se analizará posteriormente [*infra*, 4.4.1.a)].

Por su parte, el artículo 32 de la Carta prohíbe tajantemente el trabajo infantil, señalando que la edad mínima de acceso al empleo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria. El mismo precepto señala que los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo que estén adaptadas a su edad y deberán estar protegidos frente a cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, salud, desarrollo físico, psíquico, moral o social o que pueda poner en peligro su educación.

Además de estos preceptos, y teniendo en cuenta las competencias que atribuyen a la Unión Europea, los artículos 81 y siguientes y 165 y siguientes del TFUE, se han adoptado, en el ámbito de la Unión, diversas normas que fomentan la cooperación judicial en materia civil entre los Estados miembros y que afectan, en esta lógica, a los menores de edad⁶⁵, así como la Directiva 94/33/CE, del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo.

Finalmente, cabe destacar la ratificación reciente por nuestro país de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes⁶⁶, adoptada el 11 de octubre de 2005 en el marco de la Conferencia Iberoamericana, y que centra su interés en el reconocimiento de una serie de derechos a los jóvenes de entre 15 y 24 años, sin perjuicio de los derechos de los que sean titulares en cuanto menores de edad.

64. STJUE *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, de 27 de junio de 2006, as. C 540/03.

65. Entre ellas cabe destacar el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; y el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

66. España ha ratificado este Convenio por Instrumento de 8 de marzo de 2010, BOE n° 67, de 18 de marzo de 2010.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.4.1. Legislación estatal

La cita de todas las normas estatales que afectan a la materia objeto de estudio nos obligaría a hacer un repaso de la práctica totalidad del ordenamiento español, desde la legislación civil hasta la penal, pasando por el Derecho procesal y laboral. Es por ello que nos limitaremos a destacar las principales aportaciones de las normas estatales más relevantes en este ámbito, la LOPJM y la LORPM.

En relación con la LOPJM, hay que destacar que esta norma tuvo un papel muy significativo en la incorporación al ordenamiento español de una visión del menor de edad como sujeto de derechos. A pesar de que la adopción de la Constitución de 1978 supuso una transformación profunda del ordenamiento español en ese sentido, la LOPJM fue la primera norma estatal de la democracia española que reconoció un elenco de derechos específicamente a los menores de edad, asentando así la nueva concepción de la infancia en el ordenamiento español. Hasta ese momento, la regulación española referida a la minoría de edad se centraba en la función correctora de los menores que habían cometido algún ilícito penal o en la función protectora de los menores que se encontraban en situaciones de riesgo o desamparo, pero no desarrollaba de forma generalizada los derechos fundamentales de los menores de edad más allá de lo previsto en el propio texto constitucional⁶⁷. Quizás por ese motivo, todos los grupos parlamentarios⁶⁸ aplaudieron la iniciativa del último gobierno socialista de Felipe González, que presentó un Proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor en el año 1995⁶⁹. El proyecto, que se hacía eco de una demanda formulada por las propias Cortes⁷⁰ y el Defensor del Pueblo⁷¹, sufrió importantes modificaciones en su tramitación parlamentaria, destacando especialmente la introducción del que hoy es el Título I de la LOPJM, que regula las condiciones de ejercicio de ciertos derechos fundamentales por los menores de edad. En

67. Sobre la legislación vigente antes de la aprobación de la LOPJM, recomendamos la lectura de DEFENSOR DEL PUEBLO, 1991, pp. 76 y ss.

68. Sobre las posiciones iniciales de los grupos parlamentarios del Congreso, ver: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1995 V Legislatura n° 172 Sesión Plenaria n° 170 celebrada el jueves, 28 de septiembre de 1995.

69. Proyecto de Ley de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del CC, *BOCD* n° 117-1, de 16 de mayo de 1995.

70. Proposición no de Ley, aprobada por el Congreso de los Diputados, el 14 de junio de 1994, *BOCD*, Serie D, n° 114, de 21 de junio de 1994; Moción, aprobada por el Congreso de los Diputados el 28 de abril de 1994, *BOCD*, Serie D, n° 99, de 17 de mayo de 1994.

71. DEFENSOR DEL PUEBLO, 1991.

este sentido, la tramitación parlamentaria del proyecto amplió notablemente la proyección de la iniciativa gubernamental, que se centraba en la regulación de la adopción, la tutela y el acogimiento, al incluir un catálogo de derechos de los menores. Las modificaciones introducidas permitieron la adopción de un texto de consenso, que fue votado favorablemente por todas las fuerzas políticas⁷² y ha permanecido prácticamente invariado hasta la fecha⁷³.

El texto adoptado, tras recoger los dos principios que habrán de guiar la aplicación de la LOPJM, el interés superior del menor y la interpretación restrictiva de toda limitación de la capacidad de obrar de los menores, subraya que los menores son titulares de los derechos que les reconoce la Constitución y los tratados internacionales ratificados por España, desarrollando en su Título I algunos de los derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce a los menores. A pesar de la referencia a ciertos derechos de los menores contenida en el Título I de la Ley, la LOPJM se centra en los aspectos civiles y administrativos de la protección del menor, que ocupan todo su Título II.

La mayor parte del articulado de la LOPJM resulta de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en todo el territorio español, en cuanto estos preceptos son adoptados por el legislador estatal bien en virtud de la reserva de ley orgánica recogida en el artículo 81.1 CE, bien en virtud de los artículos 149.1.2^a, 5^a, 6^a y 8^a CE, que atribuyen al Estado competencias exclusivas en una serie de materias. El resto de los preceptos de esta norma son, tal y como indica la Disposición final vigésimo primera, legislación supletoria de la que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en la materia⁷⁴.

La otra gran norma estatal que afecta a los derechos de los menores es la LORPM, que regula los mecanismos de intervención pública sobre los

72. Sobre la votación final de conjunto, ver: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 1995 V Legislatura n° 188 Sesión Plenaria n° 186, celebrada el jueves, 30 de noviembre de 1995.

73. La única modificación sufrida por el texto inicial fue introducida por la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, que derogó el art. 25 LOPJM. No obstante, hay que reseñar que la STC 131/2010 ha declarado la inconstitucionalidad de dos DD FF de la citada Ley, la 12^a y la 23^a, por no respetar las exigencias impuestas por la CE en lo que se refiere al desarrollo del derecho fundamental a la libertad personal por ley orgánica.

74. La caracterización de los preceptos indicados en la DF 21^a como legislación supletoria ha sido criticada por parte de la doctrina, que entiende aplicable al caso la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal (SSTC 147/1991 y 118/1996). Ver, en este sentido, PALMA DEL TESO, 2006, pp. 52 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

menores de edad que han cometido algún ilícito penal. Esta norma nace en un contexto de clara insuficiencia de la legislación penal y procesal española aplicable a los menores de edad infractores, que se basó en principios contrarios al propio texto constitucional español hasta los años noventa⁷⁵.

La intervención pública sobre los menores de edad infractores giró, hasta el año 1992 en que se aprobó la Ley Orgánica 4/1992, de 11 de junio, en torno al Texto Refundido de la Legislación de los Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948⁷⁶. Este texto preconstitucional, claramente contrario al espíritu y la letra de la Constitución de 1978, según denunció reiteradamente el Defensor del Pueblo español⁷⁷ y según acabó confirmando el Tribunal Constitucional en 1991⁷⁸, contradecía la Constitución en aspectos sustantivos y procesales. En relación con los primeros, la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores regulaba de forma totalmente ambigua las conductas que podían dar lugar a la sanción de los menores de edad, incluyendo entre éstas, conductas que no daban lugar a sanción alguna en el caso de que su autor fuera un mayor de edad, lo que contravenía lo dispuesto en el artículo 25 CE. La legislación indicada también regulaba de forma flexible y ambigua las sanciones que cabía imponer a los menores infractores, dejando un margen de aplicación amplísimo a los tribunales tutelares de menores, margen que disminuyó claramente el Tribunal Constitucional al exigir el respeto a los principios de tipicidad y de proporcionalidad entre la conducta y la sanción en la imposición de tales sanciones, así como la imposibilidad de imponer a un menor una medida más grave o de duración mayor de la que correspondería a un adulto que hubiera cometido el mismo ilícito penal⁷⁹. En lo que atañía al procedimiento que se seguía ante los tribunales tutelares de menores era especialmente llamativo que la propia legislación previera que esos tribunales no tenían que sujetarse a las reglas procesales vigentes en las demás jurisdicciones, siendo el juez de menores competente para iniciar, investigar y decidir sobre la suerte del menor sin intervención ni del Ministerio Fiscal, ni de abogado defensor alguno (art. 15 del Texto Refundido), en la medida en que tales previsiones contradecían claramente el derecho a la tutela judicial

75. Para un análisis más detallado del proceso que llevó a la adopción de la LORPM, VENTAS SASTRE, 2002.

76. Junto a esa norma hay que citar la LOPJ y la Ley 38/1988, de Demarcación y de Planta Judicial, por la que se crearon y regularon los juzgados de menores.

77. Ver especialmente DEFENSOR DEL PUEBLO, 1991.

78. STC 36/1991, que tuvo origen en sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en torno a los arts. 15, 16, 18 y 23 del Texto Refundido de la Legislación de los Tribunales Tutelares de Menores.

79. STC 36/1991, FJ 7.

efectiva en el marco del proceso penal (art. 24 CE), tal y como indicó el propio Tribunal Constitucional⁸⁰.

La adopción de la Ley Orgánica 4/1992, de 11 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, vino precedida de la STC 36/1991, en la que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varios preceptos del Texto Refundido de la Legislación de los Tribunales Tutelares de Menores, e instó al legislador a modificar la norma indicada a fin de adaptarla a las exigencias impuestas por la Constitución de 1978. La Ley Orgánica 4/1992 se limitó a modificar los aspectos más controvertidos del Texto Refundido de 1948, reestructurando el proceso ante los tribunales tutelares de menores, fijando como edad mínima para la aplicación de la justicia de menores los doce años de edad, señalando como únicas conductas sancionables las previstas en las leyes penales y tipificando las sanciones que cabía imponer a los menores de edad infractores. No obstante, la modificación del Texto Refundido de 1948, recibió también la crítica del Tribunal Constitucional⁸¹, que consideró excesivamente flexibles los criterios que, según el artículo 16 de la nueva Ley, debían ser utilizados por los juzgados de menores para la imposición de la sanción correspondiente a los menores infractores. A pesar de que el Alto Tribunal no llegó nunca a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sí indicó que ésta debía ser interpretada de conformidad con los principios de legalidad penal y proporcionalidad entre el delito y la pena, recordando la imposibilidad de imponer a un menor una medida más grave o de duración mayor de la que correspondería a un adulto que hubiera cometido el mismo ilícito penal, independientemente de cual fuera su situación personal o social⁸².

Aunque la Ley Orgánica 4/1992 se definía a sí misma como una norma transitoria y urgente, que debía ser modificada por una legislación sobre reforma de menores plenamente adecuada a la Constitución de 1978 y las normas internacionales en la materia, la realidad es que tuvimos que esperar hasta el año 1998 para que el último gobierno socialista de Felipe González presentara un proyecto de ley sobre la materia; proyecto de ley que no reci-

80. Idem, FF JJ 5 y 6.

81. STC 61/1998. También se planteó ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 15 de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores, tal y como ésta había quedado modificada por la LO 4/1992, pero el Alto Tribunal no llegó a pronunciarse sobre el fondo del asunto, al considerar que la cuestión no cumplía los requisitos exigidos por la LOTC.

82. Idem, FJ 4.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

bió un apoyo unánime de los grupos parlamentarios⁸³, pero alcanzó la mayoría suficiente para convertirse en la LORPM.

La LORPM, desarrollada reglamentariamente por Real Decreto 1774/2004, de 30 julio⁸⁴, actualiza la legislación española referida a la responsabilidad penal de los menores de edad, adaptando nuestro ordenamiento a los textos internacionales en la materia que reconocen al menor como sujeto de derechos. La entrada en vigor de la ley supuso el aumento de la edad penal desde los dieciséis hasta los dieciocho años, según lo previsto en el artículo 19 del CP. En virtud de la nueva ley, la legislación penal de menores es de aplicación a todos los menores de dieciocho años que sean, a su vez, mayores de catorce años, siempre que hayan cometido hechos tipificados como delito o falta en el CP o en leyes penales especiales.

La LORPM pretende ser, tal y como se recoge en su Exposición de motivos, una norma de carácter sancionador-educativo, en la que el procedimiento a seguir para la determinación de la responsabilidad del menor y las medidas que se impongan al menor tengan un carácter eminentemente educativo, haciéndose primar siempre el interés superior del menor, pero reconociéndole paralelamente todos los derechos que nuestro texto constitucional reconoce a los adultos infractores. En este sentido, la ley reconoce a los menores a los que se les aplique todos los derechos recogidos en la Constitución y el resto del ordenamiento español. Asimismo, la LORPM señala que las medidas que se impongan a los menores infractores, especialmente las que supongan una privación de libertad, estarán orientadas a la resocialización (art. 55 LORPM) e intentarán evitar los efectos negativos del internamiento.

No obstante, esta loable orientación parece haber sido puesta en tela de juicio por las reformas operadas en el texto original de la ley⁸⁵, especialmente, por las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, tal y como destacan varios autores⁸⁶, en la medida en que esta reforma agrava la responsabilidad de los menores que hayan cometido delitos de cierta gravedad, aumentando la duración de las medidas que supo-

83. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2000 VII Legislatura n° 283, en el que consta que 8 diputados votaron en contra del texto y que 138 se abstuvieron.

84. Ciertos preceptos del Reglamento de desarrollo han sido criticados por parte de la doctrina, que entiende que no se adecuan a la propia LORPM: ORNOSA FERNÁNDEZ, 2007, pp. 75 y ss.

85. Las reformas operadas a la LORPM han sido numerosas: LL OO 7/2000, 9/2000, 9/2002, 15/2003 y 8/2006.

86. En este sentido; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, FEIJOO SÁNCHEZ Y POZUELO PÉREZ (2008, pp. 51 y ss.), ORNOSA FERNÁNDEZ (2007, pp. 78 y ss.), LANDROVE DÍAZ (2006, pp. 1-6) y GUTIÉRREZ ALBENTOSA, 2007.

nen una privación de libertad, aumentando los delitos que pueden llevar aparejada una medida privativa de libertad y previendo, incluso, la posibilidad de que el menor infractor acabe cumpliendo su condena en un centro penitenciario para adultos cuando alcance la mayoría de edad.

1.4.2. Legislación autonómica

En desarrollo de las competencias asumidas en sus Estatutos de Autonomía y del artículo 45 de la LORPM, todas las Comunidades Autónomas españolas han adoptado su propia ley del menor⁸⁷. La mayoría de estas leyes siguen una misma estructura. En un primer momento y tras definir el ámbito de aplicación subjetivo de la ley, esto es, los menores de edad que tengan su domicilio o se encuentren en el territorio de la Comunidad, recogen una serie de derechos de los menores, catálogo de derechos que suele encontrar una fuente de inspiración clara en la propia Constitución y la LOPJM. Los siguientes apartados de estas normas van dirigidos a regular las medidas de protección de los menores en situaciones de riesgo, desamparo y, en su caso, inadaptación, y, en la mayoría de las ocasiones, a regular el régimen de ejecución de las medidas acordadas por los Juzgados de Menores en el marco de la LORPM.

Existen algunas excepciones a esta regla general. La Comunidad Autónoma de Galicia⁸⁸ regula, en una misma norma, no sólo las instituciones de protección de los menores de edad, sino también las instituciones de promo-

87. Ley 8/2010, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia (Cantabria); Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (Cataluña); Ley 12/2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana; Ley 17/2006, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 1/2006, de Protección de Menores de La Rioja; Ley Foral 15/2005, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (Navarra), modificada por Ley Foral 18/2010; Ley 3/2005, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia (País Vasco), modificada por la Ley 3/2009; Ley 14/2002, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; Ley 12/2001, de la infancia y adolescencia en Aragón; Ley 27/2001, reguladora de la justicia juvenil (Cataluña); Ley 3/1999, de Protección del Menor de Castilla-La Mancha; Ley 1/1998, de los derechos y la atención del menor (Andalucía); Ley 1/1997, de Atención Integral a los Menores (Canarias), modificada por Ley 9/1998; Ley 3/1997, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (Galicia), modificada por Ley 9/2003; Ley 1/1995, de Protección de Menores (Asturias); Ley 4/1994, de Protección de Menores (Extremadura); Ley 3/1995, de la Infancia de la Región de Murcia; Ley 6/1995, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Madrid), modificada en última ocasión por Ley 5/2005.

88. Ley 3/1997, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción y apoyo a la familia. En una línea un tanto divergente, la Comunidad Autónoma de Cataluña⁸⁹ recoge en dos normas diferentes los derechos de los menores y la regulación de las medidas de protección de menores en situaciones de riesgo o desamparo, y la regulación de las funciones que ha de cumplir la Generalidad de Cataluña en la ejecución de las medidas acordadas por los Juzgados de Menores en el marco de la LORPM.

A pesar de estas divergencias, el espíritu de la normativa autonómica en la materia parte, al igual que ya observábamos al hablar de la legislación estatal, de una transformación radical de la visión del menor: el menor deja de ser observado como una futura persona, como un objeto de protección, y pasa a convertirse en verdadero titular de derechos que, por su especial situación, debe ser objeto de una protección que le permita desarrollarse libre y plenamente. Es necesario reseñar, en relación con esta nueva visión del menor de edad que se observa en la legislación autonómica y estatal, que el patrimonio jurídico de los menores vendrá determinado, en España, no sólo por las previsiones de la normativa estatal, sino también por los derechos y deberes que les impone la legislación autonómica. De este modo, en aquellos casos en los que la norma autonómica reconozca derechos que vayan más allá de los reconocidos en la legislación estatal, habrá que entender que tales derechos completan el patrimonio jurídico de los menores a los que sea de aplicación la legislación autonómica. En este sentido, catálogos de derechos tan amplios como los reconocidos por la Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana, o la Ley 3/2005, de 18 febrero, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco, habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de configurar el estatuto del menor.

2. FUNDAMENTO

La configuración del estatuto jurídico de los menores de edad y su reconocimiento como titulares de derechos ha estado fuertemente vinculada a la visión social de la infancia predominante en cada período de nuestra Historia⁹⁰. Durante largos siglos, los niños fueron considerados por diferentes culturas como seres carentes de valor en sí mismos; como seres humanos imperfectos, cuyo valor se asociaba a su futuro como adultos, una vez alcanzado su pleno desarrollo y maduración⁹¹. Esa visión social y cultural del menor vincu-

89. Ley 27/2001, reguladora de la justicia juvenil (Cataluña) y Ley 14/2010, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (Cataluña).

90. En este sentido, CAMPOY CERVERA, 2006.

91. Sobre la visión social de la infancia y el cambio que se ha producido desde la Antigüedad hasta fechas recientes, ver DE MAUSE, 1982, y CAMPOY CERVERA, 2006.

laba a los niños a la familia, considerándoles meros objetos propiedad de los padres o sobre los que los padres ejercían una serie de «derechos» derivados de la patria potestad. Esta visión, que impedía toda consideración de los menores como sujetos titulares de derechos, fue dulcificándose gracias a la influencia principal del cristianismo⁹², que comenzó a considerar a los niños como seres humanos independientes, como un bien otorgado por Dios a los padres, que debían, por tanto, cuidarlos y protegerlos.

Sin embargo, debemos esperar hasta la aparición del pensamiento ilustrado⁹³ para observar una transformación radical de la concepción social de la infancia; transformación que permitirá hablar del desarrollo de un primer modelo de protección de los niños, que ha recibido el nombre de *proteccionismo*⁹⁴. Este modelo parte de una consideración del niño como un ser con valor y cualidades propias, al que debe prestarse mayor atención, dedicando tiempo a sus cuidados y a su educación. El niño se concibe como objeto de protección de padres y autoridades públicas, ya que se entiende que su inocencia y su falta de madurez física y mental, le convierten en un ser dependiente, incapaz de dirigir de forma sensata su existencia.

En línea con esta concepción, la mayoría de los autores proteccionistas⁹⁵ tienden a centrar su interés en la protección de la infancia, esto es, en las obligaciones que el Derecho debe imponer a padres y autoridades públicas en relación con los menores de edad. La protección de los derechos de los niños y el reconocimiento de cierta autonomía a los menores de edad quedaba, de este modo, en un segundo plano, centrándose la atención en la protección del niño y en la reivindicación de unas instituciones que garantizaran la adecuada protección de la infancia. Este pensamiento paternalista tuvo un claro reflejo en los primeros grandes proyectos internacionales centrados en la defensa de la infancia: tanto la Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en el seno de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924, como la Declaración Universal de Derechos del Niño, adoptada en el seno de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, centraron su atención en la afirmación de una serie de obligaciones de los padres y la sociedad hacia los menores⁹⁶. Se demostraba así una notable preocupación

92. En este sentido, LYMAN, 1982.

93. En este sentido, ROBERTSON, 1982, p. 444.

94. Para un estudio en profundidad de este movimiento, ver CAMPOY CERVERA, 2006, pp. 530 y ss. No obstante, es destacar que este autor establece una distinción entre el llamado «proteccionismo tradicional» y el «proteccionismo renovado»; pero yo utilizo esta terminología únicamente para hacer referencia a la primera línea de pensamiento indicada.

95. *Ibidem*, pp. 530 y ss.

96. Sobre esta visión proteccionista de los menores y como se proyecta sobre ambas Declaraciones, ver PRICE COHEN, 1992, pp. 60 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

por la situación de la infancia; aunque se mantenía una visión de los niños como objeto de protección de sus familias y de las autoridades públicas, y no como sujetos de derechos, capaces de decidir por sí mismos sobre la base de argumentos sensatos y racionales.

Frente a la concepción proteccionista, y pasada la segunda mitad del siglo XX, surge un nuevo movimiento llamado a configurar de forma radicalmente distinta la protección de la infancia. El movimiento *liberacionista*⁹⁷, surgido entre pensadores británicos y estadounidenses, parte de una crítica profunda de las instituciones de protección de la infancia creadas bajo el pensamiento proteccionistas y de un rechazo a la situación real en que vivía la infancia: el liberacionismo denunciaba que la mayoría de las instituciones creadas para proteger a los niños no constituían sino un yugo que les sometía a los adultos, ya fueran éstos sus padres, tutores, profesores, o las propias instituciones públicas. En esta lógica, el liberacionismo propugnó una equiparación entre los derechos de niños y adultos, defendiendo la eliminación de lo que se consideró un doble estándar de protección para unos y otros. Este movimiento pretendía la liberación de los niños a través del reconocimiento de su plena autonomía y su total capacidad para el ejercicio de los derechos fundamentales: se defendía así la autodeterminación del menor, que se entendía era el mejor ubicado para decidir sobre aquellos asuntos que le afectaran directamente.

El movimiento *liberacionista*, especialmente criticado por obviar la situación real de desprotección de los menores y predicar una filosofía que suponía «abandonar a los niños a sus derechos»⁹⁸, ha dado paso a un posicionamiento intermedio, que hoy defienden la mayoría de los autores⁹⁹, y que se sitúa a medio camino entre el reconocimiento de la autonomía y la necesidad de protección de los niños. Desde este posicionamiento, el reconocimiento de los derechos de la infancia o de sus necesidades específicas de protección, de forma independiente, no es satisfactorio. Se pretende así aunar ambos posicionamientos, maximizando los derechos de los menores a la par que se justifica la necesidad de intervención parental o de los poderes públicos en determinadas circunstancias. Los menores no deben ser abandonados a sus derechos ya que, por su situación especialmente vulnerable y dependiente, necesitan de la protección de sus padres y de los poderes públicos. No obstante, estos autores defienden que un posicionamiento centrado únicamente

97. Para un análisis detallado de los posicionamientos liberacionistas, ver CAMPOY CERVERA, 2006, pp. 769 y ss., esp. pp. 892 y ss.

98. HAFEN (1977, p. 1383), señala las implicaciones de «*abandoning children to their rights*».

99. Este posicionamiento intermedio es defendido, entre otros, por FREEMAN (1983), ALÁEZ CORRAL (2003), CAMPOY CERVERA (2006) y VALERO HEREDIA (2009).

en el *paternalismo*, esto es, en la necesidad de protección de los menores, olvidaría que el reconocimiento de los derechos fundamentales persigue la dignificación de la persona y que aquellos que no tienen derechos están expuestos a los deseos y caprichos de terceros. Desde este punto de vista, un estudio correcto de los derechos de los menores debe partir de un posicionamiento que combine el reconocimiento de sus derechos con la articulación de mecanismos de protección de la infancia frente a los posibles abusos de que pudiera ser objeto por su situación especialmente dependiente.

En esta doble línea parecen ubicarse los principales textos internacionales en la materia hoy vigentes, especialmente la CDN¹⁰⁰, que no sólo reconoce una serie de derechos a todos los menores de edad, desde la libertad de expresión hasta el derecho a la vida privada, sino que también recuerda que el reconocimiento de esos derechos debe ir acompañado, en el caso de los niños, de la necesaria imposición de una serie de obligaciones de protección a los padres y los poderes públicos (especialmente, arts. 18 y 20 CDN). La CDN se inscribe así en el pensamiento mayoritario en relación con los derechos de los menores: un pensamiento que cabalga a medio camino entre la protección y la autonomía del menor.

Este posicionamiento intermedio plantea, sin embargo, el problema de determinar el punto exacto en el que el reconocimiento de la autonomía del menor de edad debe ceder frente a las necesidades específicas de protección de la infancia. Teniendo en mente esta difícil cuestión, FREEMAN propone la limitación de los derechos de los niños a fin de protegerlos de «acciones irracionales», entendidas como aquellas que puedan provocar un perjuicio de los intereses del sujeto que sea irreversible¹⁰¹ y no simplemente aquellas que sean contrarias a los intereses del sujeto. A ojos de este autor, sólo cabría limitar la autonomía de los niños en aquellos supuestos en los que la opción del menor podría perjudicar seriamente su desarrollo subsiguiente y su capacidad para alcanzar el pleno desarrollo de su personalidad. Además, las restricciones impuestas a la autonomía de los niños deben perseguir, a ojos de este autor, un objetivo principal: lograr que el menor madure convirtiéndose en un adulto autónomo, capaz de decidir como un ser libre y racional sobre la base de su propio sistema de valores. Así pues, desde este posicionamiento, los límites a los derechos de los menores sólo podrían justificarse cuando el niño, convertido en un adulto con plena autonomía,

100. Sobre esta posición, en cierto modo, dual de la CDN, ver PRICE COHEN, 1992, pp. 53-70.

101. FREEMAN (1992, p. 38), hace referencia a acciones que puedan provocar «*major, irreversible impairment of interests*».

valore positivamente y acepte las razones de las restricciones que se le impusieron cuando todavía era menor.

3. DERECHOS COMUNES

Tal y como ya apuntamos, la Constitución española y la LOPJM constituyen un punto de inflexión en el acercamiento del ordenamiento español a la problemática de la infancia, de modo que sólo a partir de esos dos textos cabe ubicar al Derecho español entre aquellos ordenamientos que no sólo contemplan al menor como objeto de protección, sino también como sujeto de derechos, ubicándose en la línea de pensamiento hoy predominante en relación con los derechos de los niños. En ambos textos, el lenguaje de los derechos viene acompañado, en lo que a los menores se refiere, de un lenguaje de las obligaciones; obligaciones impuestas a terceros en razón de la situación dependiente y necesitada de protección en que se encuentran los menores. Esta doble perspectiva da lugar, según afirma ALÁEZ CORRAL¹⁰², a un sistema mixto de protección del menor de edad, a un sistema en el que la autoprotección, entendida como aquella que le brinda el ordenamiento al reconocerlo como sujeto de derechos, aparece acompañada de heteroprotección, entendida como aquella que le proporciona el sistema al imponer una serie de obligaciones y deberes a terceros en su favor.

La Constitución española y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reconocen al menor como sujeto de derechos, como titular pleno del conjunto de derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional. Sin embargo, la necesidad de proteger a los menores de edad, reconocida constitucionalmente en el artículo 39 CE, delimita el alcance de algunos de los derechos recogidos en el texto constitucional, permitiendo verificar la existencia de ciertas ampliaciones (epígrafe 3.1) y limitaciones (epígrafe 3.2) de esos derechos que se justifican precisamente por la minoría de edad y situación de especial desprotección de su titular. En la misma lógica, el artículo 39 CE impone a los padres y a los poderes públicos un deber especial de protección de los menores de edad, especialmente de aquellos que se encuentran en situaciones que implican su mayor desprotección; deber cuyos contornos serán analizados en el epígrafe 4 de este capítulo.

En las próximas líneas, trataré de analizar algunas de las especificidades relevantes que plantea el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución cuando su titular es menor de edad. No obstante, no pretendo que este análisis sea exhaustivo, limitándome a estudiar aquellos aspectos que

102. ALÁEZ CORRAL, 2003, pp. 31 y ss.

suscitan más interés en la actualidad y que no son analizados en otras partes de esta obra.

3.1. AMPLIACIONES

3.1.1. Derecho a la integridad física y moral

El derecho a la integridad física y moral se define como el derecho de la persona a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su espíritu sin su consentimiento, imponiéndose el respeto de este derecho tanto a los particulares como a los poderes públicos, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹⁰³. El reconocimiento de este derecho en relación con los menores plantea dos cuestiones de sustancial relevancia, en concreto, si cabe deducir de ese reconocimiento la existencia de una obligación positiva que incumbe al Estado de proteger a los niños de posibles injerencias en su derecho llevadas a cabo por otros particulares y si cabe reconocer la capacidad de los menores para consentir ciertas intervenciones en su cuerpo o espíritu; cuestión, esta última, que será analizada como una restricción del derecho a la integridad física y moral de los menores (*infra*, 3.2.1).

En relación con la primera de las cuestiones apuntadas, hay que destacar que, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹⁰⁴ y del TEDH¹⁰⁵ parece poder afirmarse que el reconocimiento del derecho a la integridad física y moral no sólo impone a los poderes públicos una obligación negativa de respetar la integridad personal de todo sujeto, sino también una obligación positiva de proteger de manera suficiente la integridad de las personas sujetas a su jurisdicción; obligación positiva que adquiere tintes especiales, al menos a la luz de la jurisprudencia del TEDH¹⁰⁶, en relación con los menores de edad y otras personas especialmente vulnerables.

Ese especial deber de protección que incumbe a los poderes públicos en relación con los menores se manifiesta claramente en dos ámbitos, en concreto, en la obligación que incumbe a los poderes públicos de sancionar determinados comportamiento delictivos que tienen como víctimas a los me-

103. En este sentido, SSTC 207/1996 y 120/1990.

104. En este sentido, STC 181/2000, FJ 8.

105. En esa línea: SSTEDH *X e Y* contra Holanda, de 26 de marzo de 1985; *Stubbings y otros* contra Reino Unido, de 24 de septiembre de 1996; *A* contra Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998; *Z y otros* contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2001; *MC* contra Bulgaria, de 4 de marzo de 2004; y *KU* contra Finlandia, de 2 de diciembre de 2008.

106. En este sentido, SALADO OSUNA, 2009, pp. 123 y ss. Algunas sentencias del Tribunal Constitucional español parecen apuntar en esa línea: SSTC 154/2002 y 221/2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nores de edad y en la obligación que se impone a los poderes públicos de intervenir en aquellos casos en los que la desatención de un menor en el seno de la familia alcance determinados niveles de gravedad, tal y como analizaremos al referirnos a los menores privados de un adecuado entorno familiar (*infra*, 4.2).

Una cuestión relevante será determinar si la imposición de esos deberes especiales a los poderes públicos puede derivar en el reconocimiento de un derecho subjetivo de los menores a esa protección. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no se ha pronunciado claramente sobre la cuestión¹⁰⁷, aunque algunos de sus pronunciamientos sobre las obligaciones que se imponen a los poderes públicos en relación con los menores de edad que se encuentren en situación de desprotección sí parecen reconocer la existencia de un derecho subjetivo de los menores de edad a que su integridad sea protegida frente a terceros, incluso cuando éstos sean sus padres o quienes ostenten la patria potestad¹⁰⁸, tal y como veremos más adelante (*infra*, 4.2). Sin embargo, la jurisprudencia del TEDH resulta muy esclarecedora a ese respecto, en la medida en que el Alto Tribunal no sólo ha reconocido la violación del Convenio Europeo en casos en los que los poderes públicos no habían actuado de forma adecuada para defender la integridad de menores en situación de desprotección¹⁰⁹, sino también en supuestos en los que el legislador nacional no sancionaba adecuadamente determinados comportamientos delictivos que atentaban contra la integridad de menores y otras personas vulnerables¹¹⁰.

En esta última línea, el TEDH ha declarado en varios asuntos que la inexistencia de una sanción penal para determinados comportamientos delictivos cuyas víctimas son menores puede violar tanto el derecho a no sufrir torturas, ni tratos inhumanos o degradantes, como el derecho a la vida privada. En este sentido, resulta significativo, el asunto *A. contra Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998, en el que el TEDH consideraba que la absolución del padrastro del recurrente, un menor de nueve años, del delito de atentado

107. Sobre la posición del Tribunal es interesante ver CANOSA USERA, 2006, pp. 142 y ss.

108. Especialmente significativa, en este sentido, es la STC 221/2002, en la que se reconocía que la decisión de las autoridades públicas de devolver a una menor con la familia adoptiva que le había infligido malos tratos ponía en peligro su derecho a la integridad personal de la menor. Parecía deducirse así un derecho subjetivo de la menor a ser protegida adecuadamente por los poderes públicos frente a los malos tratos de su familia adoptiva.

109. En este sentido, es especialmente reseñable la STEDH Z y otros contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2001, que se analizará con detalle *infra* 4.2.

110. Aparte de los que se citarán en el texto, son especialmente reseñables las SSTEDH X e Y contra Holanda, de 26 de marzo de 1985, y KU contra Finlandia, de 2 de diciembre de 2008.

a la integridad física, tras demostrarse que pegaba al menor de forma continuada, suponía una violación del artículo 3 CEDH; y los asuntos *M. C. contra Bulgaria*, de 4 de marzo de 2004, y *K. U. c. Finlandia*, de 2 de diciembre de 2008, en los que el TEDH consideraba vulnerado el derecho a la vida privada de sendos menores que no habían sido protegidos convenientemente por las autoridades frente a supuestos de violación y abusos sexuales.

Independientemente del reconocimiento o no de ese derecho subjetivo, está claro que el legislador, tanto nacional como internacional, debe proteger especialmente la integridad de los menores de edad, bien exigiendo la condena bien condenando, comportamientos que tengan como víctimas a los menores. En este sentido, los textos nacionales e internacionales al respecto parecen preocupados, principalmente, por la explotación y el abuso sexual del menor en cualquiera de sus formas, el secuestro, la venta o la trata de menores, y los malos tratos ejercidos sobre menores.

En lo que se refiere a la *explotación y el abuso sexual* es de destacar, en primer lugar, el artículo 34 CDN, que insta a los Estados parte a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual, exigiéndoles que tomen las medidas necesarias para impedir la incitación o la coacción de los niños para dedicarse a actividades sexuales ilegales, la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, o la explotación de los niños en espectáculos o materiales pornográficos. Este artículo se desarrolla con más detalle en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000. En este Protocolo, los Estados parte se comprometen a sancionar penalmente y de acuerdo con su gravedad, la oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución y la producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión de pornografía infantil, entendiéndose por tal toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales. Es de destacar que este Protocolo exige a los Estados parte que adopten las medidas necesarias para hacer efectiva su jurisdicción con respecto a estos delitos cuando los mismos se cometan en su territorio, dejándoles abierta la posibilidad de extender su jurisdicción a aquellos casos en los que el presunto delincuente sea nacional de ese Estado o tenga residencia habitual en su territorio o a aquellos casos en los que la víctima sea nacional de ese Estado.

En el ámbito del Consejo de Europa, se han celebrado dos convenios internacionales que obligan a los Estados parte a criminalizar este tipo de conductas, el Convenio sobre el Cibercrimen, de 23 de noviembre de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

2001¹¹¹, que obliga a los Estados parte a sancionar penalmente una serie de conductas relacionadas con la producción, distribución, posesión, o transmisión de pornografía infantil a través de sistemas informáticos (art. 9); y el Convenio sobre la protección de los niños contra el abuso y la explotación sexual, de 25 de octubre de 2007¹¹², elaborado tras numerosas recomendaciones y resoluciones de la Asamblea y el Comité de Ministros del Consejo de Europa¹¹³ en la materia, y que obliga a los Estados parte a criminalizar una serie de conductas relacionadas con el abuso sexual, la prostitución y la pornografía infantil, cuando éstas tengan lugar en el territorio del Estado parte o sean realizadas por un nacional de ese Estado o por una persona que resida de forma permanente en él mismo.

En el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y la Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, son las dos normas claves en la materia. Estos textos obligan a los Estados miembros a sancionar penalmente una serie de conductas relacionadas con la pornografía infantil, la prostitución y el abuso sexual de menores, y arbitran procedimientos para incrementar la colaboración entre las autoridades de los Estados miembros a fin de luchar contra esos ilícitos.

El CP español sanciona este tipo de conductas en el Título VIII del Libro II, en el que se tipifican la agresión sexual (arts. 178-180) y el abuso sexual (arts. 181-182), agravados en el caso de que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad u otras circunstancias, y en el que se dedica un capítulo específico a los abusos y agresiones sexuales dirigidas a menores de 13 años de edad (arts. 183 y 183 bis). En este mismo Título se tipifican los delitos de exhibicionismo (arts. 185-186) y los delitos relativos a la prosti-

-
111. España ratificó este Convenio el 3 de junio de 2010, produciéndose la entrada en vigor del instrumento para nuestro país el 1 de octubre de 2010.
 112. España ha ratificado este Convenio por Instrumento de 4 de noviembre de 2010, BOE n° 274, de 12 de noviembre de 2010.
 113. Son de destacar: Resolución 1099 (1996), de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre la explotación sexual de menores; Recomendación 1371 (1998), de la Asamblea del Consejo de Europa, relativa a abusos y negligencias contra la infancia; Resolución 1307 (2002), de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre la explotación sexual infantil: tolerancia cero; Recomendación 1583 (2002), de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre la prevención de la reincidencia en crímenes contra menores; Recomendación del Comité de Ministros Rec. (91) 11, relativa a la explotación sexual, la pornografía y la prostitución de niños y jóvenes; Recomendación del Comité de Ministros (2001), 16 relativa a la protección de niños contra la explotación sexual.

tución y corrupción de menores (arts. 187-190). Parte de estos delitos pueden ser, además, juzgados por los órganos jurisdiccionales españoles aunque hayan sido realizados por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional, en la medida en que el artículo 23.4.d) LOPJ excluye la aplicación del principio de territorialidad de la ley penal en relación con los delitos relativos a la prostitución y con los delitos de corrupción de menores o incapaces. A pesar de la adecuación aparente de nuestra normativa a las exigencias impuestas por los instrumentos internacionales sobre la materia, es de reseñar que la efectividad con la que las autoridades españolas persiguen estos delitos ha sido puesta en entredicho por el Comité de Derechos del Niño que, en el año 2002¹¹⁴, en el 2007¹¹⁵ y en el año 2010¹¹⁶, ponía de manifiesto su preocupación por los informes que había recibido sobre la existencia de casos de prostitución infantil en centros turísticos y en grandes ciudades españolas, así como por la notable incidencia de la pornografía infantil y por la ausencia de datos estadísticos fidedignos sobre la incidencia de los abusos sexuales en nuestro país.

El *secuestro, la venta o la trata de menores* han sido objeto, al igual que los abusos y la explotación sexual de los menores, de una notable atención tanto por parte de la comunidad internacional como de nuestro legislador. El artículo 35 CDN constituye el punto de partida de la normativa en la materia al instar a los Estados parte a adoptar todas las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma. El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000, detalla parcialmente este precepto al exigir a los Estados parte que sancionen penalmente el ofrecimiento, entrega o aceptación de un niño con fines de explotación sexual, tráfico de órganos y trabajo forzoso, así como la inducción a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción, siempre y cuando estas acciones se produzcan a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

En el ámbito del Consejo de Europa, resulta relevante el Convenio sobre

114. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185, p. 11-12.
115. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España en relación con el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, octubre 2007, CRC/C/OPSC/ESP/CO/1.
116. Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/CO/3-4.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005¹¹⁷. Este Convenio, por lo que ahora interesa, considera que todo reclutamiento, transporte, traslado, encubrimiento o recepción de un menor de dieciocho años con el objeto de ser explotado debe ser considerado un delito de trata de seres humanos. La explotación incluye, según el Convenio, la prostitución u otras formas de explotación sexual, el trabajo forzado, la esclavitud o prácticas semejantes a la misma, la servidumbre o la extracción de órganos. Este Convenio obliga a los Estados parte del mismo a sancionar penalmente estas conductas, previendo la posibilidad de que la utilización de los servicios de una persona que sea víctima de este delito sea también sancionado penalmente. La definición de trata de seres humanos dada por el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos ha sido recogida, casi punto por punto, por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que sustituye a la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, y puede considerarse el principal instrumento de la Unión Europea en la materia¹¹⁸. Llama la atención que este texto no prevea la extensión de las sanciones penales por los hechos indicados a aquellos que hayan utilizado los servicios de una persona que sea víctima de este delito.

El secuestro de menores por familiares, objeto de notable preocupación de la comunidad internacional, ha determinado la adopción de varios textos llamados a garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en otros Estados¹¹⁹, sin centrarse, sin embargo, en la determinación de la responsabilidad penal de aquel que los traslade o retenga.

Nuestro CP tipifica los delitos de detención ilegal y secuestro en sus

-
117. Ratificado por España el 2 de abril de 2009, y en vigor para nuestro país desde el 1 de agosto de 2009.
118. Son de destacar, también, la Resolución del Consejo de 20 de octubre de 2003 sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres; y la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.
119. En este sentido, el art. 11 CDN también insta a los Estados parte a adoptar medidas para luchar contra los traslados ilícitos y la retención ilícita de niños en el extranjero. En la misma línea, son de destacar: Convenio de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980; Convenio europeo sobre la repatriación de menores, de 28 de mayo de 1970; Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

artículos 163 y 164, señalando que las penas asociadas a estos delitos se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuere menor de edad (art. 165). El Título XII del Libro II del CP actual recoge una serie de delitos contra las relaciones familiares, entre los que se encuentra la entrega, mediando compensación económica, a otra persona de un hijo, descendiente o cualquier menor (art. 221), o la sustracción de menores por uno de sus progenitores (art. 225 bis). Sin embargo, el precepto que sanciona penalmente el tráfico de personas, tal y como este delito ha sido definido en el ámbito internacional, es el artículo 318 bis CP, en el que se prevé el castigo con una pena de cuatro a ocho años de prisión para aquel que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. La sanción aumenta a una pena de prisión de cinco a diez años cuando el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuere la explotación sexual de las personas y la pena deberá imponerse en su mitad superior cuando concurren determinadas circunstancias, entre ellas, que las víctimas del delito sean menores de edad o incapaces. Ese delito resulta, además, perseguible por los tribunales españoles incluso cuando sea cometido por español o extranjero fuera del territorio nacional, según lo que prevé el artículo 23.4.f) LOPJ.

Finalmente, el *maltrato de menores* aparece contemplado en los artículos 19 y 28.2 CDN en su vertiente familiar y escolar. El artículo 19 CDN insta a los Estados parte a adoptar todas las medidas necesarias para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluida la sexual, mientras esté bajo la custodia de sus padres o de su representante legal. Por su parte, el artículo 28.2 CDN pretende la humanización de los castigos escolares al instar a los Estados parte a adoptar cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se adecue a la dignidad humana del niño.

El maltrato de los menores ha sido objeto, igualmente, de varias recomendaciones de la Asamblea y del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹²⁰ que insisten en la necesidad de prohibir todo tipo de castigo corporal de los menores y de desarrollar programas que informen a los padres y al conjunto de la sociedad sobre las graves consecuencias del maltrato infantil y sobre modos alternativos de educar a los niños.

120. Son de destacar: Recomendación 1666 (2004), de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre la prohibición del castigo corporal de los niños; Recomendación 1371 (1998), de la Asamblea del Consejo de Europa, relativa a abusos y negligencias contra la infancia; Recomendación 561 (1969), de la Asamblea del Consejo de Europa, sobre la protección de los niños contra los malos tratos; Recomendación 4 (1985), del Comité de Ministros, sobre la violencia dentro de la familia.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En línea con estas previsiones, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, ha modificado el antiguo artículo 154 CC en aras de eliminar la posibilidad, antes contemplada en este precepto, de corregir razonable y moderadamente a los hijos. Nuestro CC se adapta, de este modo, a las observaciones del Comité de Derechos del Niño¹²¹, que señalaba la contradicción existente entre ese precepto y el artículo 19 CDN. Además de esta reforma legal, el ordenamiento español ha puesto especial énfasis en la sanción penal del maltrato infantil. A pesar de la escasa atención prestada por los textos internacionales reseñados a la necesidad de sancionar penalmente el maltrato infantil, nuestro CP, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, agrava la pena de lesiones cuando la víctima es menor de doce años (art. 148 CP) y tipifica los delitos de malos tratos (art. 153 CP), amenazas (art. 171 CP), coacciones (art. 172 CP) y tratos degradantes (art. 173 CP), identificando como víctimas de los mismos tanto a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor, como a los menores que convivan con él.

Estas reformas legales no son capaces de ocultar, sin embargo, un problema real: en nuestro país no existen estadísticas exactas que proporcionen una imagen fiel del alcance real de este fenómeno. En el año 2002, el Comité de Derechos del Niño advertía a España que debía realizar estudios sobre el alcance del maltrato infantil en el hogar, así como arbitrar procedimientos normalizados para la determinación y la denuncia de los casos de maltrato y desatención de menores. En el año 2006, esta deficiencia volvía a ser criticada por el Informe *La Infancia en cifras*, elaborado por el Instituto de Infancia y Mundo Urbano. Este Informe destacaba que, a pesar de las deficiencias de las estadísticas oficiales sobre los menores maltratados en nuestro país, parecía poder reseñarse que el número de menores maltratados en el ámbito familiar se había triplicado desde el año 2001 hasta el año 2005, calculándose que, en ese año, el número de menores maltratados en el ámbito familiar ascendía a un total de 6.438. Esta estadística, nada alentadora, no es exacta, tal y como destaca el informe indicado y tal y como reitera el Informe *La Infancia en cifras*, 2009, el último hecho público por el Ministerio de Sanidad y Política Social. En esos informes se destaca la escasa fiabilidad de los datos proporcionados, derivada principalmente de que sólo algunas Comunidades Autónomas proporcionan información sobre los casos de malos tratos identificados. Sin esos datos y, por tanto, sin la determinación previa del alcance del problema, parece inviable que las autoridades españolas puedan llegar a

121. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185, p. 6.

solucionarlo, protegiendo adecuadamente a los menores víctimas de estos hechos.

3.1.2. Derecho a la libertad personal

Los menores de edad, a pesar de ser titulares de la libertad personal¹²², sufren restricciones de esa libertad alejadas del universo de los adultos y justificadas precisamente por la necesidad de protegerlos. Así, la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia de un menor pueden conllevar la restricción de esta libertad en la medida en que los padres, tutores o guardadores de un menor podrán, como regla general, fijar el lugar de residencia del menor, prohibirle determinados desplazamientos o, simplemente, fijar una serie de reglas que supongan una restricción de la libertad del menor. No obstante, estas restricciones¹²³ se justificarán, precisamente, por la necesidad de proteger al menor y por perseguir el interés superior y el bienestar del mismo¹²⁴.

Supuestos distintos son aquellos en los que el menor se ve efectivamente privado de libertad. El artículo 17 CE no delimita expresamente los motivos que pueden justificar esta privación. Sin embargo, el artículo 5 CEDH los enumera exhaustivamente, haciendo referencia específica a los menores en su apartado 1.d). En virtud de este precepto, los menores podrán ser privados de libertad con el fin de hacerles comparecer ante la autoridad competente y sobre la base de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación. En este caso, el TEDH ha dejado claro que el menor debe encontrarse en un centro debidamente equipado para vigilar su educación, debe estar atendido por personal especializado y debe desarrollar, efectivamente, actividades educativas¹²⁵.

122. En este sentido, SSTC 233/1993 y 94/2003 y STEDH *Nielsen* contra Dinamarca, de 28 de noviembre de 1988.

123. Ni el Tribunal Constitucional ni el TEDH analizan estos supuestos como privaciones de libertad. La STC 94/2003 rechaza que pueda considerarse una privación de libertad la permanencia de un menor en un centro dependiente del Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía tras la constatación de que su padre le había pegado y que, por tanto, podía sufrir malos tratos. La STEDH *Nielsen* contra Dinamarca, de 28 de noviembre de 1988, rechaza que la estancia de un menor (13 años) en una unidad de psiquiatría de un hospital infantil durante un período de cinco meses y medio decidida por su madre, que ostentaba la patria potestad en ese momento, debido a que el menor sufría ciertos trastornos nerviosos, pueda considerarse una privación de libertad.

124. No obstante, en determinados supuestos la justificación de estas medidas podrá ser compleja, tal y como ilustra ALÁEZ CORRAL, 2003, pp. 233 y ss.

125. En este sentido, SSTEDH *Bouamar* contra Bélgica, de 29 de febrero de 1988 y *DG* contra Irlanda, de 16 de mayo de 2002. En ambos asuntos, el TEDH aclaraba que el art. 5.1.d) CEDH autoriza la reclusión del menor con el fin de vigilar su educación en un centro que no tenga las características indicadas, aunque tan sólo por un

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Además de estas restricciones a la libertad personal que afectan únicamente a los menores, parece claro que éstos pueden ser también objeto de otros supuestos lícitos de privación de libertad, en concreto, y por lo que aquí interesa, los menores pueden ser privados de libertad con el objeto de cumplir una sentencia dictada por un tribunal competente [art. 5.1.a) CEDH], y pueden ser detenidos y privados de libertad para asegurar su comparecencia ante un órgano jurisdiccional cuando existan indicios de que han cometido una infracción, o cuando se considere necesario para impedir que cometan una infracción o para evitar que huyan después de haberla cometido [art. 5.1.c) CEDH]. Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, la privación de libertad de un menor por alguno de estos motivos plantea dos grandes interrogantes.

El primero de estos interrogantes se centra en la determinación de la edad a partir de la cual los sujetos pueden ser responsables penalmente, esto es, de la mayoría de edad penal, y de las consecuencias que esa determinación pueda tener sobre la libertad personal de los menores. La cuestión a analizar sería, por tanto, si la fijación de la responsabilidad penal en edades excesivamente bajas y la imposición a los menores infractores de penas que supongan efectivamente una privación de libertad, no vulnera de hecho su derecho fundamental a la libertad personal.

Las normas internacionales en la materia no aportan excesiva luz sobre la cuestión. El artículo 40.3.a) CDN se limita a instar a los Estados parte a que establezcan una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. Las Reglas de Beijing, uno de los principales instrumentos adoptados en la materia por las Naciones Unidas¹²⁶, no aclaran excesivamente esta indicación en la medida en que se limitan a señalar que la mayoría de edad penal no deberá fijarse a una edad «demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual» (regla 4).

Por su parte, el Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad de analizar esta cuestión, pero sí lo ha hecho su homólogo europeo, el TEDH, que en los asuntos *T. contra Reino Unido* y *V. contra Reino Unido*, de 16 de diciembre de 1999, hubo de resolver si la fijación de la mayoría de edad penal en los diez años podía considerarse una violación del artículo 3 CEDH. La conclusión del TEDH fue clara: la falta de acuerdo en la materia en los

breve período de tiempo mientras se decide sobre el mejor destino del menor a los efectos educativos indicados.

126. Las Reglas Mínimas Uniformes para la Administración de Justicia de Menores, adoptadas por las Naciones Unidas en 1985, son también conocidas como Reglas de Beijing.

distintos textos internacionales y en los ordenamientos de los Estados parte del CEDH, llevaban al tribunal a concluir que la determinación de la mayoría de edad a efectos penales en los diez años de edad no suponía ni tortura ni trato inhumano o degradante y que, en este ámbito, los Estados parte del CEDH tenían todavía un amplio margen de apreciación. Sin embargo, en ese mismo asunto, el TEDH consideraba que sí se había vulnerado el artículo 6 CEDH en el marco del proceso penal del que se dedujo la culpabilidad de varios menores y ello por cuanto los menores no pudieron participar activamente en su defensa, tal y como veremos más adelante [*infra*, 3.1.4.b)].

Parece claro, por tanto, que ante la ausencia de un consenso sobre la cuestión, las principales normas internacionales sobre la materia han obviado la determinación de una edad mínima de la que no podría descender, en ningún caso, la mayoría de edad penal. A pesar de ello, el Comité de Derechos del Niño ha recomendado en una de sus observaciones generales¹²⁷ que la edad mínima a efectos de responsabilidad penal no se fije, en ningún caso, antes de los 12 años de edad y que, en aquellos Estados en los que la edad establecida sea superior, ésta sea mantenida. Este posicionamiento debe ser aplaudido, ya que parece evidente que la imposición de penas privativas de libertad y, consecuentemente, la restricción del derecho fundamental a la libertad personal, debería ir unida a cierta madurez de juicio; madurez que no parece poder predicarse de un menor que se encuentre en una edad muy temprana.

La segunda cuestión que plantea la aplicación del derecho a la libertad personal al universo de los menores es si el reconocimiento de ese derecho exige que la privación de libertad de los menores presente características que la diferencien de la de los adultos en razón de la especial protección que éstos merecen. En este sentido, los textos internacionales más relevantes y el propio ordenamiento español introducen una serie de elementos que caracterizan la detención, prisión provisional y la ejecución de penas privativas de libertad por menores.

En lo que se refiere a la *detención* del menor, las Reglas de Beijing señalan que los padres o tutores habrán de ser informados inmediatamente de la detención del menor y que la autoridad competente deberá examinar sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor (regla 10). El artículo 5 CEDH no hace especial referencia a las garantías que deben rodear la detención de un menor. Sin embargo, el TEDH criticó, en el asunto *Okkali contra Turquía*, de 12 de febrero de 2007, que la detención de un menor de

127. Observaciones general n° 10, 2007, del Comité de Derechos del Niño, *Los derechos del niño en la justicia de menores*, CRC/C/GC/10.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

catorce años se hubiera llevado a cabo como la de cualquier adulto, y que no se le hubiera proporcionado abogado, ni acudiera el Fiscal, ni se comunicara a sus padres la detención hasta pasadas dos horas.

Al igual que el CEDH, el artículo 17 CE no prevé ninguna garantía específica en caso de producirse la detención de un menor. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha limitado, al menos hasta la fecha, a aplicar sin distinciones las garantías previstas por el precepto tanto a adultos como a menores¹²⁸. Sin embargo, el artículo 17 LORPM contempla, ampliándolas, las previsiones de las Reglas de Beijing y la jurisprudencia del TEDH. Este precepto prevé, sustancialmente, que toda detención de un menor habrá de practicarse en la forma en que menos le perjudique, informándole de forma comprensible e inmediata de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de sus derechos. La detención del menor habrá de comunicarse inmediatamente a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal y sus declaraciones deberán desarrollarse en presencia de su abogado y de sus padres o, en su defecto, del Ministerio Fiscal. Los menores deberán encontrarse detenidos en dependencias adecuadas y separadas de las de los mayores de edad y, además de aplicárseles los plazos máximos de detención previstos en el artículo 17.2 CE, deberán ser puestos en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas. El Ministerio Fiscal deberá, a su vez, resolver sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento en la incoación del expediente o sobre la incoación del mismo y la puesta a disposición del menor ante el Juez de Menores, en el plazo de cuarenta y ocho horas.

En lo que se refiere a la *prisión provisional* de los menores, es de destacar que las Reglas de Beijing dedican su punto 13 a señalar que la prisión provisional o preventiva deberá aplicarse al menor como último recurso y siempre durante el plazo más breve posible. Si fuera factible, esta medida habrá de ser sustituida por otras como la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o una institución educativa. Los menores a los que se aplique esta medida deberán permanecer separados de los adultos y deberán recibir cuidados, protección y toda la asistencia que requieran según su edad, sexo y sus características individuales.

El artículo 28 LORPM parece adecuarse a estas exigencias al recoger que, cuando existan indicios racionales de comisión de un delito y riesgo de

128. En este sentido: STC 288/2000, sobre el plazo previsto en el art. 17.2 CE y sobre el procedimiento de *habeas corpus*. En este asunto se observa que el Tribunal Constitucional aplica las garantías derivadas del derecho a la libertad personal sin ninguna especificidad, a pesar de que el recurrente es un menor de edad.

eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, el Ministerio Fiscal podrá solicitar al Juez de Menores que adopte medidas cautelares, que podrán consistir en internamiento en centro, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La decisión de la medida a adoptar deberá tomar en especial consideración el interés del menor y, en caso de que la medida sea el internamiento, la adopción de la misma habrá de tener en cuenta la gravedad de los hechos, las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el hecho de que el menor haya reincidido. Esta medida se adoptará, según la redacción actual de la ley, por un período de seis meses, prorrogable por otros tres meses a instancia del Ministerio Fiscal. Es de destacar, en este punto, que la redacción del artículo 28 LORPM introducida por Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, ha endurecido notablemente la regulación anterior de las medidas cautelares, incrementando la duración de la medida de internamiento (de tres a seis meses, prorrogables). Esta ampliación parece alejarse así de los términos enunciados en las Reglas de Beijing, que exigen que la prisión provisional tenga la duración más breve posible¹²⁹.

Además de las garantías enunciadas, nuestro ordenamiento exige que la adopción de una medida provisional de internamiento de un menor persiga la reeducación y protección del menor. En este sentido, y a pesar de que el artículo 17 CE no hace referencia expresa a la cuestión, es de destacar la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en la STC 233/1993. En este asunto, la defensa del recurrente en amparo, menor de edad, señalaba que la medida provisional de internamiento que había adoptado el Juez de Menores era contraria al artículo 17 CE en la medida en que no perseguía una finalidad educativa y protectora del menor, sino sólo represiva. El Tribunal Constitucional analizaba, en este contexto, las garantías que deben rodear el internamiento preventivo de menores. En primer lugar, el Tribunal Constitucional destacaba que la posibilidad de acordar el internamiento preventivo de menores no vulnera, por sí misma, el artículo 17 CE en cuanto éste debe ser entendido a la luz de las CDN y las Reglas de Beijing, que autorizan el internamiento preventivo de un menor cuando se le impute la comisión de hechos tipificados como delitos. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional destacaba que la medida de internamiento preventivo debe guardar la necesaria proporcionalidad con las circunstancias personales del

129. En este sentido, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, FEIJOO SÁNCHEZ Y POZUELO PÉREZ, 2008, p. 341.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

menor y con la infracción que se le impute, pero sin olvidar las necesidades de la sociedad o el interés general. En tercer lugar, el Tribunal Constitucional parecía subrayar que estas medidas han de ser adoptadas, efectivamente, teniendo en mente la educación y protección del menor. No obstante, esta finalidad no se enfrenta con el eventual carácter punitivo de la medida en cuanto, afirmaba el Tribunal Constitucional, «todo método pedagógico incluye también el castigo de las conductas negativas».

Finalmente, debemos analizar las especiales garantías que rodean el cumplimiento de una *medida privativa de libertad* por menores. Las Reglas de Beijing inciden especialmente en el carácter resocializador, educativo y protector de la justicia de menores (regla 5), así como de la reclusión de menores infractores en establecimientos penitenciarios (regla 26). Estas Reglas señalan, igualmente, que la reclusión de menores en centros penitenciarios debe tener un carácter excepcional, y favorecen la adopción de otras medidas aplicables a menores infractores, tales como la libertad vigilada, la prestación de servicios a la comunidad o las sanciones económicas (reglas 18 y 19). No obstante, cuando se adopte la medida privativa de libertad, los menores serán confinados en centros en los que se encuentren separados de los adultos, en los que se les prestarán cuidados, protección y toda la asistencia necesaria que puedan requerir por razón de su sexo, su edad, su personalidad o su desarrollo adecuado (regla 26). Además, se facilitará el acceso al centro de padres o tutores (regla 26) y deberá proveerse para que la privación de libertad sea lo más breve posible (regla 19), concediéndose la libertad condicional tan pronto como sea factible (regla 28).

Los artículos 7 a 15 y 54 y siguientes LORPM recogen las exigencias plasmadas en las Reglas de Beijing, aunque las últimas modificaciones introducidas en esta Ley plantean serias dudas sobre su carácter resocializador. A pesar de ello, el artículo 55 LORPM hace especial hincapié en la finalidad resocializadora y educativa de la actividad de los centros de internamiento en los que los menores cumplan las medidas privativas de libertad, así como en la necesidad de que la vida dentro del centro se asemeje lo máximo posible a la vida en libertad, favoreciéndose el contacto del menor con sus padres, familiares y allegados. El artículo 54 LORPM prevé que las medidas privativas de libertad de menores habrán de ejecutarse en centros específicos, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las penas privativas de libertad de los adultos. Los artículos 7 y siguientes LORPM enuncian las distintas medidas que pueden imponerse a menores que hayan cometido hechos tipificados como delito o falta, señalando, por lo que aquí interesa, que la medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá imponerse cuando el menor haya cometido hechos tipificados como delito grave por el CP o las leyes pena-

les especiales, hechos que aunque estén tipificados como menos graves se hayan ejecutado empleando violencia o intimidación en las personas o actuando con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas, y hechos tipificados como delito que se cometan en grupo o que se cometan cuando el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades¹³⁰. La medida de internamiento no podrá exceder, según la gravedad de los hechos cometidos, la edad y las circunstancias del menor, de los tres, seis u ocho años, duración máxima que fue ampliada en la última modificación de la Ley y que podría plantear problemas desde la perspectiva del carácter resocializador de la norma y desde el punto de vista de la exigencia contenida en el regla 19 de las Reglas de Beijing, que exige que el confinamiento de los menores en centros penitenciarios sea utilizado como último recurso y por el más breve plazo posible¹³¹.

Esta ampliación de los plazos de reclusión de los menores podría incluso contradecir la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha señalado la necesidad de que las medidas impuestas a menores en virtud de la legislación correspondiente tengan un carácter reformador y educativo. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia en varias ocasiones al carácter reformador y educativo de las medidas impuestas a los menores, señalando que esas medidas no pueden tener un carácter exclusivamente retributivo o represivo, debiendo orientarse a la reinserción social del menor, tal y como recoge con carácter general el artículo 25.2 CE¹³². En la misma línea, y con expresa mención de las Reglas de Beijing (regla 17), el Tribunal Constitucional ha señalado que la determinación de las medidas a imponer a menores infractores habrá de tener en cuenta una serie de límites, impuestos por el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25 CE, en concreto, la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta y la imposibilidad de acordar medidas más graves o de una duración superior a las que les corresponderían a los adultos en el caso de haber cometido los mismos hechos¹³³.

Finalmente, es de reseñar, en relación con la adecuación de nuestro ordenamiento a las exigencias internacionales sobre menores infractores, que el

130. Un comentario extenso y actualizado a estos preceptos de la LORPM puede encontrarse en ORNOSA FERNÁNDEZ (2007, pp. 199 y ss.), y en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, FEIJOO SÁNCHEZ y POZUELO PÉREZ (2008, pp. 109 y ss.).

131. Critican también la excesiva duración de las medidas que pueden imponerse a los menores infractores DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, FEIJOO SÁNCHEZ y POZUELO PÉREZ, 2008, pp. 127 y ss.

132. En este sentido, ATC 33/2009 y SSTC 60/1995 y 36/1991.

133. En este sentido, SSTC 61/1998 y 36/1991.

Defensor del Pueblo viene observando el funcionamiento de los centros de internamiento de menores desde la adopción de la LORPM. Diversos informes de esta institución ponen de manifiesto la existencia de notables divergencias en el funcionamiento de estos centros en las diferentes Comunidades Autónomas; diferencias que repercuten, en ocasiones, en aspectos tan consustanciales al correcto funcionamiento de los centros que cabe plantearse si, efectivamente, algunos de ellos están habilitados y cuentan con el personal adecuado para desarrollar el principio resocializador que inspira la LORPM¹³⁴.

3.1.3. Derechos frente a los medios de comunicación social

Los menores de edad se encuentran especialmente protegidos frente a los medios de comunicación social en razón, en primer lugar, del especial alcance que cobran los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen cuando su titular es un menor de edad, y, en segundo lugar, en razón de la identificación de la protección de la juventud y de la infancia como uno de los límites a los derechos reconocidos en el artículo 20 CE, derechos entre los que se recogen muy especialmente la libertad de expresión y de información.

A. Derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores

El artículo 16 CDN reconoce los derechos de los menores a la vida privada, a la reputación y la honra, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de la correspondencia. Incidiendo en la misma línea, el artículo 40.2 CDN recoge los derechos que deben garantizarse al menor infractor, indicando que habrá de respetarse la vida privada de los menores infractores en todas las fases del procedimiento dirigido a determinar su responsabilidad penal.

Estos derechos son reconocidos en el ordenamiento español por el artículo 18 CE, que hace referencia a los derechos al honor, la intimidad personal y familiar, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos de carácter personal; derechos de los que son titulares los menores de edad, tal y como confirman el artículo 4 LOPJM, varios preceptos de las leyes autonómicas de protección del menor¹³⁵ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³⁶.

134. DEFENSOR DEL PUEBLO, 2002, así como *Informe 2008*, pp. 207 y ss.; *Informe 2007*, pp. 244 y ss.; *Informe 2006*, pp. 186 y ss.

135. Art. 6 de la Ley 1/1998, de los derechos y la atención del menor (Andalucía); art. 11 de la Ley 12/2001, de la infancia y adolescencia en Aragón; art. 13 de la Ley 1/1995, de Protección de Menores (Asturias); art. 27 de la Ley 17/2006, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; art. 11 de la Ley 3/1999, del Menor de Castilla-La Mancha; art. 8.i) de la Ley 3/1997, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (Galicia); art. 17 de la Ley Foral 15/2005, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (Navarra); art. 11 de la Ley 1/2006, de Protección de Menores de La Rioja; art. 10 de la Ley 3/2005, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia (País Vasco).

136. En relación con el derecho a la intimidad de menores, SSTC 197/1991, 134/1999 y 127/2003. En relación con el derecho a la propia imagen, STC 159/2009.

No obstante, el alcance de algunos de estos derechos sufre variaciones relevantes cuando su titular es un menor de edad. En este sentido, resulta especialmente significativa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español¹³⁷ que ha reconocido la especial protección o la «superprotección»¹³⁸ de que gozan estos derechos cuando su titular es un menor de edad. Esta especial protección no determinaría que toda intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores de edad sea considerada como ilegítima, sino que la ponderación de sus derechos con otros intereses o derechos en liza deberá realizarse con especial cuidado, garantizándose el respeto del derecho del niño al menor indicio de menoscabo de su honra, reputación o intereses. Así parece desprenderse de la lectura conjunta del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, del artículo 4.3 LOPJM, y de varios preceptos de la LORPM y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Efectivamente, la regla general aparece contenida en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, que afirma que no se producirá una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por estos derechos cuando el titular de los mismos preste su consentimiento expreso. El artículo 3 de la misma norma se refiere al citado consentimiento cuando el titular del derecho es un menor. En este caso, si la madurez del menor lo permite, será él mismo el que otorgue el consentimiento, mientras que, en caso contrario, serán sus representantes legales los que lo presten. No obstante, y según indica el artículo 4.3 LOPJM, se considerará una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores cualquier utilización de su imagen o de su nombre en los medios de comunicación siempre y cuando esa utilización implique menoscabo de su honra o reputación o sea contraria a sus intereses. En este último caso, parece claro, por tanto, que de nada servirá el consentimiento del menor o de sus representantes legales, ya que la intromisión habrá de ser considerada siempre ilegítima¹³⁹.

137. Además de las sentencias del Tribunal Constitucional indicadas en la nota a pie anterior, también encontramos ejemplos de esa superprotección de los derechos de los menores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: STS de 22 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, recurso n° 446/2005, y la STS de 23 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, recurso n° 2071/2005.

138. Algún autor habla de la *hiperprotección* de estos derechos cuando su titular es un menor de edad: DE LA ROSA CORTINA, 2003, pp. 17 y ss.

139. El art. 4.3 LOPJM parece introducir así, una modificación en los arts. 2 y 3 de la LO 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, tal y como han subrayado ya DE LA ROSA CORTINA (2003, pp. 28 y ss.) y LINDE PANIAGUA y VIDAL BELTRÁN (2007, p. 521).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Sin embargo, la previsión del artículo 4.3 LOPJM parece necesitada de una mayor concreción, ya que podrán existir dudas sobre las circunstancias en que la difusión de la imagen o del nombre de un menor implique menoscabo de su honra, reputación o intereses. En este sentido, la LORPM y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, aclaran algunos de los supuestos en los que, en todo caso, habrá de entenderse que existe ese menoscabo de la honra, reputación o intereses del menor.

La LORPM arbitra así una serie de medidas para proteger la intimidad de los menores infractores, en concreto, autoriza al Juez de Menores a decretar el secreto del expediente durante toda la instrucción o un período de ésta (art. 24) y a acordar que la audiencia no sea pública (art. 35.2), señalando, igualmente, que no se permitirá a los medios de comunicación social obtener o difundir imágenes del menor infractor ni datos que permitan su identificación (art. 35.2).

Por su parte, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, normativa básica en el sector audiovisual, prohíbe tajantemente la difusión de la imagen, el nombre o cualquier otro dato que permita la identificación de menores involucrados en hechos delictivos –parece entenderse que tanto si son víctimas como si son infractores¹⁴⁰–, así como la difusión de cualquier emisión en la que se discuta su tutela o filiación (art. 7.1), previsión que refuerza, sin lugar a dudas, la superprotección de los derechos de la personalidad de ciertos menores al fijar claramente ciertos supuestos en que su identificación en medios de comunicación social perjudica sus intereses o su reputación. Es de destacar, además, que la Ley General de la Comunicación Audiovisual crea un organismo público, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, que será el encargado de controlar que los medios audiovisuales cumplan con las obligaciones que les impone la ley en relación con los menores de edad, pudiéndoles sancionar en caso de incumplimiento. Dada la reciente creación de este organismo, no puede valorarse todavía su actuación en relación con la protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, aunque previsiblemente su creación reforzará la labor que ya se está llevando a cabo a través de mecanismos de autorregulación de los propios prestadores de servicios audiovisuales¹⁴¹.

140. La especial protección de los menores víctimas de ciertos delitos, y no sólo de los menores infractores, también aparece recogida en ciertas normativas autonómicas de protección del menor (art. 21 de la Ley 14/2002, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; art. 9 de la Ley 8/1995, de atención y protección de niños y adolescentes), y en la jurisprudencia de nuestros tribunales (STS de 22 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, recurso n° 446/2005, y la STS de 23 de octubre de 2008, Sala de lo Civil, recurso n° 2071/2005, entre otras).
141. El principal instrumento de autorregulación adoptado hasta la fecha en nuestro

B. La protección de la juventud y de la infancia como límite a las libertades de expresión e información

El artículo 17 CDN enmarca las relaciones de los menores con los medios de comunicación partiendo de la necesidad de garantizar el derecho de los menores a recibir información de distintas fuentes, de la obligación de los Estados parte de alentar a los medios de comunicación a difundir materiales de interés para el niño y, paralelamente, de promover la «elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar».

Ambos aspectos del derecho a recibir información de los menores de edad son recogidos en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que el artículo 5 LOPJM reconoce el derecho de los menores a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo, a la par que señala que los padres o tutores y las Administraciones públicas deberán velar por que la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales. La posibilidad de limitar la actividad de los medios de comunicación en aras de proteger a los menores aparece así expresamente prevista no sólo en el artículo 20.4 CE, sino también en el artículo 5 LOPJM, señalándose, en este último precepto, que las Administraciones públicas deberán velar por que los medios de comunicación «promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un trato degradante o sexista» en su programación dirigida a menores.

Sin lugar a dudas, este último aspecto de la relación entre la juventud y la infancia y los medios de comunicación social, que no supone sino una restricción de las libertades de expresión e información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de los menores de edad, es el que ha recibido una mayor atención de nuestro legislador. Esta protección de los menores se ha plasmado en una multitud de normas estatales y autonómicas, algunas de las

país es el Código de autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia, adoptado por los principales operadores de televisión de nuestro país el 9 de diciembre de 2004. Este Código no sólo prevé compromisos específicos de los medios audiovisuales en lo que se refiere al respeto de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores de edad, sino que también incide especialmente en el control de la programación y la publicada televisiva en aras de proteger a la infancia y la juventud. El propio Código crea un Comité de Autorregulación y una Comisión Mixta de Seguimiento, encargados del control de las emisiones audiovisuales de los firmantes del Código y de la tramitación de las quejas que se hayan podido recibir sobre su incumplimiento, así como de la emisión de informes anuales sobre el cumplimiento del Código, que son accesibles en la página web: <http://www.tvinfancia.es/Informes/default.htm>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuales tienen su origen en tratados firmados en el seno del Consejo de Europa o en normas de la Unión Europea.

En lo que se refiere a la *programación*, debemos destacar, en primer lugar, las previsiones del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza¹⁴². Este Convenio, adoptado en el ámbito del Consejo de Europa, insta a los radiodifusores a no transmitir programas que puedan perjudicar el desarrollo físico, psíquico y moral de niños y adolescentes, en franjas horarias en las que puedan ser vistos por ese público (art. 7). En la misma dirección, aunque en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, recoge disposiciones bastante más estrictas a las indicadas, al distinguir entre programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores y programas que puedan perjudicar este desarrollo aunque no de forma seria. En el primer caso, los Estados miembros se comprometen a garantizar que los organismos de radiodifusión televisiva bajo su jurisdicción no incluyan en su programación este tipo de emisiones, mientras que, en el segundo caso, los Estados miembros deberán garantizar que los menores no verán o escucharán el programa, bien por la elección de la hora de emisión, bien por la utilización de algún medio técnico que lo evite (art. 22).

En el *ámbito publicitario*, también son de destacar algunas disposiciones del Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza que, en su Capítulo III, hace referencia a la publicidad televisiva y la televenta. En este sentido, el artículo 11 del Convenio subraya que la publicidad televisiva y la televenta dirigida a niños no deben ser contrarias a sus intereses y deben tener en cuenta su especial sensibilidad. Igualmente, la televenta dirigida a niños no debe incitarlos a celebrar contratos para la venta o el arrendamiento de bienes o servicios. Finalmente, el artículo 14 del Convenio prevé que los programas infantiles que tengan una duración inferior a 30 minutos no pueden ser interrumpidos por publicidad o programas de televenta. La Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, adopta medidas semejantes en relación con la publicidad televisada dirigida a menores en sus artículos 3 sexies y 15.

142. Ratificado por España el 1 de junio de 1998. Este Convenio ha sido enmendado por el Protocolo de enmienda al Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza, ratificado por España el 1 de marzo de 2002.

Recogiendo estos preceptos y ya en el ámbito estatal, debemos destacar las previsiones de la Ley 17/2006, de 5 junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad, y, especialmente, de la recientemente aprobada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. La Ley 17/2006, de 5 junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, aplicable únicamente al sector audiovisual de titularidad estatal, señala que la programación de Radio Televisión Española deberá atender especialmente a ciertos colectivos sociales, entre los que se cita a la juventud y la infancia (art. 25), sin concretar esa genérica previsión. Tal concreción se realiza, en lo que se refiere a la infancia y la juventud, en el artículo 7 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, norma que fija las limitaciones esenciales a respetar por la programación y la publicidad del sector audiovisual a fin de proteger los derechos de los niños. Es de destacar que esta ley no sólo es de aplicación a la corporación de Radio Televisión Española, sino al conjunto del sector audiovisual español, en la medida en que se define como normativa básica (Disposición final sexta).

En lo que se refiere a la *programación televisiva*, la Ley General de la Comunicación Audiovisual refuerza el sistema de protección de la infancia previsto en la legislación anterior¹⁴³, al establecer una suerte de sistema escalonado de programación que prohibiría totalmente la emisión en abierto de contenidos que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, como por ejemplo, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita; y que fijaría varias franjas horarias en las que los contenidos a emitir se diferenciarían en función del número y la edad de los menores que previsiblemente estarán viendo tales contenidos. En este sentido, se establece una franja de protección de los menores entre las seis de la madrugada y las diez de la noche, franja durante la cual no podrán emitirse contenidos que sean perjudiciales (no seriamente perjudiciales) para el desarrollo físico, mental o moral de los menores; y tres franjas de protección reforzada (entre las 8 y las 9 horas, entre las 17 y las 20 horas en el caso de los días laborables, y entre las 9 y las 12 horas sábados, domingos y fiestas de ámbito estatal) durante las cuales sólo podrán emitirse contenidos que sean recomendados para menores de trece años. Se establece, además, la obligación de los prestadores de servicios audiovisuales de mantener los indicativos visuales de calificación por edades de los contenidos televisivos durante toda la emisión, indicándose, además, que la calificación por edades de los distintos contenidos deberá ser la homologada por el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia, firmado por las

143. Para su estudio, remitimos a LINDE PANIAGUA y VIDAL BELTRÁN, 2007, pp. 515 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

principales operadoras audiovisuales el 9 de diciembre de 2004. La propia normativa estatal remite así al principal código de conducta adoptado por los operadores audiovisuales; lo que supone una curiosa juridificación de un instrumento de autorregulación.

En el *ámbito publicitario*, hay que realizar una primera referencia a la Ley 34/1988, de 11 noviembre, General de Publicidad, que incluye entre la publicidad ilícita aquella que vaya dirigida a la infancia e incite a los menores a la compra de un bien o un servicio; que presente a los niños en situaciones peligrosas; o que induzca a error sobre las características de un producto, sobre su seguridad o sobre la capacidad y aptitudes necesarias del niño para utilizar dichos productos sin producir daño para sí o para terceros (art. 3). La Ley General de la Comunicación Audiovisual traslada esas previsiones generales al sector audiovisual, añadiendo que las comunicaciones publicitarias tampoco podrán incitar a los niños a persuadir a sus padres para que compren bienes o servicios, ni explotar la especial relación que tienen los menores con sus padres, profesores u otras personas (art. 7.3).

A pesar de que la normativa española en materia de programación y publicidad parece adecuarse bien a la normativa europea en la materia, hay que valorar su cumplimiento. Hasta la adopción de la Ley General de la Comunicación Audiovisual existían en España varios Consejos Audiovisuales autonómicos¹⁴⁴, encargados de controlar y sancionar el incumplimiento de las obligaciones, inclusive las referidas a la protección de los menores de edad, impuestas a los medios audiovisuales cuya cobertura no sobrepasara el ámbito autonómico. No obstante, la función de control y sanción en el caso de los medios estatales recaía sobre el Ministro de Fomento y el Consejo de Ministros¹⁴⁵, que se apoyaba en el sistema de autocontrol organizado en torno al Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia y a la labor del Comité de Autorregulación y la Comisión Mixta de Seguimiento de ese Código.

Algunos informes apuntaban que el sistema indicado no permitía un correcto control del cumplimiento de la legislación audiovisual española¹⁴⁶

144. Existen Consejos Audiovisuales en Cataluña (Ley 2/2000, del Consejo del Audiovisual de Cataluña), Navarra (Ley Foral 18/2001, por la que se regula la actividad audiovisual en Navarra y se crea el Consejo Audiovisual de Navarra), Andalucía (Ley 1/2004, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía) y Madrid (Ley 2/2001, de contenidos audiovisuales y servicios adicionales).

145. Art. 19 de la Ley 25/1994, por la que se incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva.

146. Consejo Audiovisual de Andalucía, *Informe General sobre Menores y Televisión en Andalucía* (2008), Documentos del CAA, <http://www.consejoaudiovisualdeandalucia.es/>; Defen-

y que debería efectuarse por un organismo independiente¹⁴⁷, encargado de controlar y sancionar posibles incumplimientos de la legislación audiovisual. Con ese objetivo, la Ley General de la Comunicación Audiovisual ha creado el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, cuyos consejeros deberán ser propuestos por el Congreso de los Diputados por una mayoría de 3/5 (rebatible a mayoría absoluta si en dos meses no hubiera acuerdo), esto es, por una mayoría lo suficientemente amplia como para garantizar la representación de las distintas fuerzas parlamentarias en el seno del Consejo. Este órgano tendrá en sus manos, por lo que aquí interesa, la función de controlar el cumplimiento de las obligaciones que la legislación española y europea impone a los operadores audiovisuales, inclusive las obligaciones que se les impone en relación con la protección de la juventud y la infancia (arts. 44 y ss. de la Ley General de la Comunicación Audiovisual). Una vez que el Consejo comience a realizar su trabajo, habrá que analizar su capacidad para llevar a cabo tan laboriosa tarea.

3.1.4. Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y garantías procesales

Los menores de edad son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, así como del resto de las garantías procesales contempladas en los artículos 24 y 25 CE, tal y como se desprende del texto constitucional, que hace referencia a «todas las personas» como sujetos del derecho indicado, y de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁴⁸. No obstante, el ejercicio de ese derecho podrá verse sometido a ciertas exigencias de edad o madurez, tal y como señalaré más adelante (*infra*, 3.2.2).

En contrapartida, los menores se ven reconocidos ciertas garantías procesales alejadas del universo de los adultos, en concreto, el derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, y el derecho a que el procedimiento dirigido a determinar su responsabilidad

del Menor de la Comunidad de Madrid, Informe Anual 2007, pp. 186 y ss.; Defensor del Menor de Andalucía, Informe Anual 2007, pp. 352 y ss.; Consejo Audiovisual de Navarra, *Carta de Calidad de contenidos en horario de protección infantil*, Documento del COAN: [http://www.consejoaudiovisualdenavarra.es/actualidad/documents/](http://www.consejoaudiovisualdenavarra.es/actualidad/documents/CartadeCalidaddecontenidosenhoriodeproteccioninfantil.pdf)

147. En este sentido: Asociación de Usuarios de la Comunicación, *El Consejo Superior del Audiovisual: criterios básicos para su creación a nivel estatal*, Documento de AUC: <http://www.auc.es/>; Plataforma de organizaciones de infancia, *La Plataforma de Infancia considera insuficientes los resultados del 3º Informe del Código*, 2008, noticia accesible en: http://www.plataformadeinfancia.org/que_noticia_pla.php?id=25.

148. En el ámbito civil, STC 244/2005. En el ámbito penal, STC 36/1991, además de las que serán a lo largo del epígrafe.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

penal se desarrolle en un clima de comprensión que permita al menor participar activamente en su defensa.

A. Garantías procesales de los menores: el derecho a ser oído

El artículo 12 CDN recoge el derecho del niño a ser oído en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte; derecho que parece poder relacionarse con la limitada capacidad de obrar y procesal que le reconocen la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Este derecho es reconocido a los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio y las opiniones de los mismos habrán de ser tenidas en cuenta en función de su edad y madurez. En línea con este precepto, el artículo 9 LOPJM recoge, igualmente, el derecho del menor a ser oído, aunque no sólo en los procedimientos judiciales o administrativos en que esté directamente implicado y que conduzcan a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social, sino también en el ámbito familiar. El artículo indicado reconoce este derecho a los menores que tengan suficiente juicio, señalando, además, que las comparecencias del menor deberán realizarse de forma adecuada a su situación y a su desarrollo evolutivo.

El derecho indicado forma parte, a ojos de nuestro Tribunal Constitucional, del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que el Tribunal Constitucional considera vulnerado el artículo 24 CE en aquellos casos en que, dándose las circunstancias recogidas en el artículo 9 LOPJM, el menor no es oído. El Tribunal Constitucional ha constatado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en varios asuntos en los que, a pesar de que se resolvía sobre cuestiones que afectaban directamente a menores edad con juicio suficiente, los tribunales competentes obviaron escuchar a las menores, provocando una indefensión que no fue remediada posteriormente¹⁴⁹.

B. Garantías procesales de los menores en el ámbito penal: el derecho a que el proceso se desarrolle en condiciones que permitan la participación efectiva del menor en su defensa

El artículo 40 CDN recoge y aplica a los menores las garantías procesales que rodean todo procedimiento penal. En este sentido, la CDN reafirma el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho a ser infor-

149. En este sentido, ATC 347/2007 y SSTC 71/2004 y 221/2002, referidas, respectivamente, a la repatriación de un menor extranjero a su país de origen, al acogimiento familiar y la declaración del desamparo de dos menores de diez y doce años de edad. En sentido contrario, STC 22/2008, en la que se considera que no se ha vulnerado el derecho del menor porque la decisión sobre la que se reclamaba su derecho a ser oído no afectaba a su esfera personal, familiar o social.

mado de la acusación, el derecho a recibir asistencia jurídica, el derecho a un juez imparcial que resuelva sin demora sobre la cuestión planteada en una audiencia equitativa, el derecho a no testificar contra uno mismo y a no declararse culpable, el derecho a interrogar a los testigos, el derecho a un intérprete, el derecho a la segunda instancia en materia penal, y el derecho a que la vida privada del menor se respete en todas las fases del procedimiento.

Estas garantías son reiteradas, con carácter general, en el punto 7 de las Reglas de Beijing que, sin embargo, ponen mayor énfasis en las garantías que diferencian la justicia penal de los adultos de la de los menores, esto es, en el mayor respeto que se debe a la intimidad del menor infractor, cuestión ya analizada [*supra*, 3.1.3.a)], y en la necesidad de que el conjunto del procedimiento para determinar la responsabilidad penal del menor se sustancie en lo que la regla 14 denomina «un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente».

A pesar de que el Tribunal Constitucional español no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de considerar esas garantías como exigencias derivadas directamente del artículo 24 CE, la jurisprudencia del TEDH en la materia defiende la necesidad de vincular el derecho a la tutela judicial efectiva con la obligación de sustanciar el procedimiento dirigido a determinar la responsabilidad penal del menor infractor en un clima que le permita participar plenamente en el desarrollo del mismo. Incluso debe afirmarse que la jurisprudencia del TEDH en la materia va aún más lejos, exigiendo no sólo el desarrollo del procedimiento en un determinado clima, sino también que el menor, debido a su edad y a sus características personales, sea capaz de comprender el sentido de lo que ocurre a su alrededor, participando activamente en su defensa.

El TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el desenvolvimiento de procesos contra menores en tres ocasiones, los asuntos *T* contra Reino Unido y *V* contra Reino Unido, de 16 de diciembre de 1999, y *SC* contra Reino Unido, de 10 de noviembre de 2004. En los tres casos, los menores infractores tenían entre diez y once años de edad y estaban siendo juzgados por delitos violentos, un asesinato de un niño de dos años que conmocionó al conjunto de la sociedad británica y un robo con violencia. También en los tres casos, el proceso se sustanció ante la jurisdicción ordinaria y en audiencia pública, aunque adaptando moderadamente el protocolo ordinario, de forma que los menores estaban acompañados de sus progenitores y un asistente social que les explicaba todo lo que ocurría, y las sesiones se desarrollaban teniendo en consideración el cansancio o stress que pudieran sufrir los niños, haciéndose pausas más frecuentes que permitieran a los menores disfrutar de mayores períodos de descanso.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

A pesar de estas modestas adaptaciones, el TEDH consideró que se había producido una vulneración del derecho a un proceso equitativo en los tres asuntos indicados. Según el tribunal, este derecho exige que el imputado tenga la posibilidad real de participar en el proceso, lo que no ocurrió en ninguno de los tres casos. En los dos primeros, la sala en la que se desarrolló la vista estuvo repleta de medios de comunicación en todo momento, los menores fueron abucheados al entrar en el tribunal, el lugar en el que debían sentarse estaba elevado del suelo de forma que eran plenamente visibles para el conjunto de los asistentes y los jueces no hicieron esfuerzo alguno por adaptar su lenguaje a la edad de los menores infractores, de modo que el ambiente fue tan tenso que podía entenderse que los niños no se encontrarán lo suficientemente arropados como para poder participar en su defensa. En el tercer asunto, las condiciones en que se produjo la vista no fueron las mismas. El delito cometido por el menor no levantó la curiosidad del gran público y la vista, aunque pública, transcurrió desapercibida. A pesar de ello, los jueces de la *Crown Court* no adaptaron su lenguaje a la capacidad comprensiva del menor, cuya edad mental se situaba en torno a los ocho años, y los esfuerzos de la asistente social que lo acompañaba por hacerle comprender lo que estaba ocurriendo a su alrededor no fueron suficientes para que el menor alcanzara a ver la gravedad de la situación; gravedad que no comprendió ni siquiera cuando se produjo su ingreso en el centro de internamiento tras la condena correspondiente.

Esta jurisprudencia del TEDH parece confirmar, sin lugar a dudas, que el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, incluye, en los casos en los que se determina la responsabilidad penal de un menor, la necesaria adaptación del procedimiento y del lenguaje en él utilizado a la edad y a la capacidad de comprensión del menor, de forma que se permita al mismo participar plenamente en su defensa. Sin esas adaptaciones, la tutela judicial no es efectiva y deja en una manifiesta indefensión a los menores.

En línea con esta jurisprudencia, el artículo 1.3 LORPM afirma que los menores a los que se les aplique la LORPM gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, recogiendo así una de las principales exigencias derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia, esto es, la aplicación a los procedimientos para determinar la responsabilidad penal de los menores de las mismas garantías que resultan aplicables a los procedimientos penales seguidos contra adultos¹⁵⁰. Además de esta exigencia constitucional, la LORPM prevé

150. La sentencia más relevante en la materia es la STC 36/1991. Sobre la relevancia de esta sentencia para la justicia de menores, ver LANDROVE DÍAZ, 2001, pp. 85 y ss. En la misma línea: STC 60/1995, sobre el derecho a un juez imparcial; STC 211/1993,

una serie de normas específicas sobre el procedimiento dirigido a determinar la responsabilidad penal de los menores. En este sentido, los artículos 35 y 36 LORPM prevén quién podrá asistir a la audiencia ante el Juez de Menores, señalando que el menor podrá estar acompañado de sus representantes legales, así como el modo en el que el Juez debe dirigirse al menor, indicándose, concretamente, que el Juez deberá informar al menor, «en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad», de las medidas solicitadas y de los hechos en que se funden. Los artículos 35 y 36 LORPM parecen hacerse eco, en este sentido, de las indicaciones contenidas en el punto 14 de las Reglas de Beijing, intentando crear un clima favorable para la plena participación del menor en el desarrollo del proceso.

3.1.5. Derecho al trabajo

El artículo 35 CE reconoce el derecho al trabajo y el deber de trabajar de todos los españoles, recogiendo, igualmente, la libertad de elección de profesión u oficio, el derecho a la promoción a través del trabajo y el derecho a una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia. En este mismo ámbito, el artículo 40.2 CE insta a los poderes públicos a fomentar una política que garantice la formación y readaptación profesionales, a velar por la seguridad e higiene en el trabajo y a garantizar el descanso necesario de los trabajadores.

Siguiendo estos preceptos, parece claro que todos los españoles somos titulares del derecho al trabajo. No obstante, el legislador español, en línea con los principales instrumentos internacionales en la materia, ha prohibido el ejercicio de este derecho a aquellos menores que no alcancen una edad determinada, tal y como se analizará posteriormente (*infra*, 3.2.5); y paralelamente, ha acentuado las garantías que ha de reunir la prestación de empleo de aquellos menores que sí han alcanzado la edad mínima para trabajar. En el plano de la minoría de edad, se observa, por tanto, la existencia de una restricción al ejercicio del derecho al trabajo, a la par que una mayor precisión de las condiciones en las que el trabajador menor de edad desempeñará un trabajo digno y seguro.

Efectivamente, las condiciones en que se desarrolla la prestación de empleo varían sustancialmente cuando el trabajador es menor de edad, ya que se pretende protegerle frente a la explotación y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud, su seguridad o su desarrollo. La primera previsión de las normas internacionales en la materia se refiere

sobre la presunción de inocencia; y STC 153/2005, sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

precisamente a la explotación económica o social de los menores. Los menores han de estar protegidos frente a cualquier forma de explotación económica o social, tal y como prevén los artículos 32.1 CDN, 10.3 PIDESC y 32 CDF, exigiéndose la sanción, incluso penal, de comportamientos contrarios a este derecho [art. 32.2.c) CDN]¹⁵¹. El Convenio n° 182 sobre las peores formas de trabajo infantil parece detallar algunas de las formas que puede adoptar esa explotación económica y social, instando a los Estados parte a prohibir, entre otras, todas las formas de esclavitud, la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas, el trabajo forzoso y obligatorio, y la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o para la realización de actividades ilícitas (art. 3).

Además, los menores de edad, incluso cuando hayan superado la edad mínima para trabajar, no podrán desempeñar trabajos que puedan ser peligrosos para su salud o su normal desarrollo, tal y como prevén los artículos 32.1 CDN, 10.3 PIDESC y 32 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. El empleo de un menor en este tipo de trabajos habrá de ser sancionado por ley, según lo previsto en los artículos 32.2.c) CDN y 10.3 PIDESC. En la misma línea, el artículo 7.2 CSE prevé que la edad mínima de admisión al empleo habrá de ser superior a los quince años para trabajos que sean peligrosos o que puedan dañar la salud del menor. Especificando estas previsiones, el Convenio n° 138 sobre la edad mínima, adoptado en el ámbito de la OIT, señala que la edad de acceso a empleos que puedan perjudicar la salud, seguridad o moralidad de los menores no podrá ser inferior, con carácter general, a los dieciocho años (art. 3). El legislador o las autoridades nacionales serán las encargadas de determinar cuáles son esos trabajos peligrosos o perjudiciales para la salud, moral o seguridad de los menores, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas (art. 4 Convenio n° 182 de la OIT).

Sin embargo, las autoridades nacionales no cuentan con total discrecio-

151. La necesidad de sancionar penalmente ciertos comportamientos que atentan contra el derecho de los menores a un trabajo digno también parece poder deducirse del art. 4 CEDH, tal y como recoge la decisión del TEDH en *Siliadin* contra Francia, de 26 de julio de 2005. En este asunto, el TEDH analizó si el art. 4 CEDH, que prohíbe la esclavitud y los trabajos forzados, imponía a los Estados parte la obligación de sancionar penalmente los comportamientos contrarios a las prohibiciones contenidas en el precepto. En el asunto analizado una menor había sido sometida a trabajos forzados durante varios años por una familia francesa, que, a pesar de ello, no fue condenada penalmente, sino tan sólo en el ámbito civil. El TEDH estimó que en base al precepto indicado incumbe a los Estados parte del CEDH sancionar penalmente las conductas que puedan considerarse contrarias a la prohibición de esclavitud, servidumbre, y los trabajos forzados, y que, por tanto, se había producido una violación del derecho.

nalidad en la materia, en la medida en que la Conferencia General de la OIT ha señalado qué elementos deben tener en cuenta los Estados parte del Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil para determinar qué ocupaciones deben entenderse como peligrosas o perjudiciales para los menores. En este sentido, la Recomendación sobre las peores formas de trabajo infantil, adoptada el 1 de junio de 1999, señala que para determinar qué trabajos son de esas características debe tenerse en cuenta: a) los trabajos en que el niño quede expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual; b) los trabajos que se realicen bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados; c) los trabajos que se realicen con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conlleven la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas; d) los trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud, y e) los trabajos que impliquen condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retengan injustificadamente al niño en los locales del empleador.

En el ámbito europeo, el artículo 7.3 CSE y el artículo 32 CDF añaden a estas prohibiciones ciertas exigencias en materia educativa. El primero de estos preceptos se limita a exigir a los Estados parte que aseguren que los menores sujetos a escolaridad obligatoria no realicen trabajos que les impidan aprovechar plenamente su educación. La Carta de derechos fundamentales de la Unión parece ir más lejos al instar a los Estados parte a proteger a los menores de edad frente a cualquier trabajo que pueda poner en peligro su educación –se entiende, no sólo la obligatoria–.

En lo que se refiere a las condiciones de trabajo de los menores, el instrumento internacional más detallado es, sin lugar a dudas, la CSE. El artículo 32.2 CDN y el artículo 32 CDF se limitan a señalar que los Estados parte habrán de regular condiciones de trabajo apropiadas o adaptadas a la edad de los menores, respectivamente. Sin embargo, el artículo 7 CSE recoge una regulación mucho más precisa, previendo que el horario de trabajo de los menores de dieciséis años debe limitarse de acuerdo con las exigencias de su desarrollo y de su formación profesional, que el tiempo empleado por un menor en su formación profesional y durante las horas normales de trabajo debe ser incluido en el cómputo total de horas de trabajo, y que los menores de dieciocho años no podrán desempeñar, con carácter general, trabajos nocturnos. Igualmente, el artículo 7 CSE reconoce el derecho de los menores trabajadores a un salario justo y a no menos de tres semanas de vacaciones retribuidas. Finalmente, en el terreno sanitario, este precepto

insta a los Estados parte a asegurar que los menores empleados en áreas fijadas por el ordenamiento nacional sean objeto de control médico regular.

Las exigencias impuestas por las normas internacionales en la materia son ampliamente respetadas por la legislación española, tanto la penal, tal y como ya quedó reseñado (*supra*, 3.1.1), como la laboral. Los artículos 6.2 y 6.3 ET prohíben a los menores de dieciocho años la realización de trabajos nocturnos, de horas extraordinarias, o de cualquier actividad o puesto de trabajo que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana»¹⁵².

El horario de trabajo y los períodos de descanso del trabajador menor de dieciocho años también aparecen flexibilizados con respecto a los de los adultos. El artículo 34 ET prevé que la jornada laboral de los trabajadores menores no podrá exceder de las ocho horas de trabajo efectivo, incluyendo las horas dedicadas a formación, mientras que para el resto de los trabajadores la previsión es de nueve horas. Idénticas diferencias se observan en lo referido al descanso necesario durante la jornada laboral; que deberá ser de un mínimo de treinta minutos para los trabajadores menores que tengan jornadas superiores a las cuatro horas y media, mientras que sólo se prevé para los adultos cuando desarrollen jornadas de más de seis horas y por un período mínimo de quince minutos (art. 34 ET). En cuanto al descanso mínimo semanal de los menores, este deberá ser de un mínimo de dos días ininterrumpidos, frente al día y medio previsto para los adultos (art. 37 ET).

3.1.6. Participación política, social, económica y cultural de la juventud

El artículo 48 CE, en línea con lo previsto por el artículo 9.2 CE, incide en la necesidad de que los poderes públicos promuevan las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural. Esta previsión, cuyo alcance parece difícilmente identificable, dado lo indeterminado de su sujeto –los jóvenes–, y de su objeto –participación en el desarrollo político, social, económico y cultural–¹⁵³, ha

152. El art. 27.2 LPRL prevé, tras establecer una serie de obligaciones de los empresarios en relación con el trabajo de los menores de 18 años, que el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos. No obstante, el Gobierno no ha desarrollado todavía estas limitaciones, siendo de aplicación hasta que así se haga el Decreto de 26 julio de 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, según lo indicado en la DD Única de la Ley referida anteriormente.

153. En el mismo sentido, RUIZ-RICO y CONTRERAS, 2001.

tenido reflejo en la creación de varios organismos relevantes en el nivel estatal y en el nivel autonómico, fruto de la asunción de competencias por parte de varias Comunidades Autónomas en materia de juventud, y de la jurisprudencia constitucional¹⁵⁴ que atribuye al Estado y a las Comunidades Autónomas que hayan asumido tales competencias, la facultad para desarrollar su propia política de promoción de la juventud, siempre que no interfieran en las competencias de la otra entidad.

En el ámbito estatal, la promoción de la participación de la juventud se ha desarrollado principalmente a través del Consejo de la Juventud¹⁵⁵ y el Instituto de la Juventud¹⁵⁶. El Consejo de la Juventud es una plataforma de entidades juveniles, entre cuyos objetivos se encuentra colaborar con los agentes sociales para conseguir una política juvenil global que dé respuesta a los problemas e inquietudes de los jóvenes; fomentar su participación y el asociacionismo juvenil; canalizar las propuestas de los jóvenes hacia la Administración y hacia la propia sociedad; y sensibilizar a la opinión pública sobre los problemas específicos de la juventud. Por su parte, el Instituto de la Juventud es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Igualdad cuyos fines principales son el fomento del asociacionismo juvenil, de las relaciones y la cooperación internacional en materia de juventud, la promoción cultural de la juventud, la formación de los jóvenes en valores de solidaridad e igualdad, o el desarrollo de las condiciones sociales y políticas necesarias para la emancipación de los jóvenes. En el ámbito autonómico, destaca la creación de diversos Institutos de la Juventud de nivel autonómico¹⁵⁷, todos

154. En este sentido STC 13/1992, FJ 13, *in fine*.

155. El Consejo de la Juventud de España fue creado por Ley 18/1983, de creación del organismo autónomo Consejo de la Juventud de España. Este organismo es una plataforma de entidades juveniles, formada por los Consejos de Juventud de las Comunidades Autónomas y organizaciones juveniles de ámbito estatal.

156. El Estatuto de este organismo autónomo es regulado por RD 486/2005, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Instituto de la Juventud, BOE n° 112, de 11 de mayo de 2005.

157. A título ilustrativo, se reseña la creación de los siguientes entes en el ámbito autonómico: Instituto Andaluz de la Juventud (Ley 9/1996, por la que se aprueban Medidas Fiscales en materia de Hacienda Pública, Contratación Administrativa, Patrimonio, Función Pública y Asistencia Jurídica a Entidades de Derecho Público); Instituto Asturiano de la Juventud (Decreto 64/1999, regulador de la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Cultura, y Decreto 138/1999, de organización y funcionamiento del Instituto Asturiano de la Juventud); Instituto Riojano de la Juventud (Ley 7/2005, de Juventud de La Rioja, y Decreto 38/2006, por el que se aprueban los estatutos del Instituto Riojano de la Juventud); Instituto de la Juventud de Extremadura (Ley 1/2007, de creación del Instituto de la Juventud de Extremadura); Instituto Navarro de la Juventud (Decreto foral 217/2007, por el que se crea el organismo autónomo Instituto Navarro de la Juventud y se aprueban sus estatutos); Instituto Foral de la Juventud de Álava (Norma Foral 22/1988, que crea el Instituto Foral de la Juventud); Instituto Valenciano de la Juventud (Ley de la Gene-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ellos dirigidos a fomentar el asociacionismo juvenil y a promover la participación de los jóvenes en la esfera pública.

3.2. LIMITACIONES

3.2.1. Derecho a la integridad física y moral y capacidad de los menores para prestar su consentimiento a ciertas intervenciones

Tal y como ya quedó indicado (*supra*, 3.1.1), el reconocimiento del derecho a la integridad física y moral previene contra todo tipo de intromisión en la integridad personal; intromisión que sólo podrá ser llevada a cabo, con carácter general, con el consentimiento del titular del derecho. Esa previsión general no resulta de aplicación, sin embargo, a los menores de edad, en la medida en que, según la legislación actualmente vigente en España, no siempre serán ellos los habilitados para prestar su consentimiento para una intervención clínica. En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 9, regula el consentimiento del paciente menor de edad para someterse a intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos, indicando, como regla general, que los menores de edad podrán prestar su consentimiento para una intervención clínica siempre que estén emancipados o sean mayores de dieciséis años y no sean incapaces o hayan sido incapacitados. Las únicas excepciones al respecto son la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida, en la medida en que la tercera excepción inicialmente contemplada por la Ley, esto es, la interrupción voluntaria del embarazo, ha sido integrada, con ciertas especificidades¹⁵⁸, en el régimen general, por la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En cuanto a los menores de dieciséis años, la regla general es que el consentimiento para una intervención clínica deberá ser otorgado por el representante legal del menor cuando éste no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, aunque eso sí,

ralitat Valenciana 4/1989, sobre el Institut Valencià de la Joventut); Instituto Aragonés de la Juventud (Ley 19/2001, del Instituto Aragonés de la Juventud).

158. El art. 13 de la LO 2/2010 señala que las mujeres mayores de dieciséis años deberán prestar por sí mismas el consentimiento para que se les practique la interrupción voluntaria del embarazo. No obstante, uno de sus representantes legales deberá ser informado de la decisión, si la mujer es menor de edad, salvo cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.

deberá prestarse una vez que se haya escuchado al menor de edad, siempre que éste cuente al menos con doce años. Parece apuntarse así que, en el caso de menores de edad que sean capaces de comprender el alcance de la intervención, el ejercicio del derecho y, por tanto, la prestación del consentimiento deberán atribuirse al propio menor.

Sin embargo, la determinación de la madurez del menor para prestar su consentimiento puede llegar a convertirse en una cuestión espinosa, tal y como demuestra una de las sentencias resueltas por el Tribunal Constitucional español, la STC 154/2002¹⁵⁹. En este asunto, el Tribunal Constitucional analizaba si la condena penal de unos padres por la muerte de su hijo, de trece años de edad, tras la negativa del propio menor y de sus padres a que se le realizara una transfusión sanguínea, único tratamiento que podía salvarle la vida, podía ser contraria a la libertad religiosa, reconocida en el artículo 16 CE. Los padres y el menor eran testigos de Jehová y rechazaron la transfusión debido a sus convicciones religiosas.

En esta lógica, el Tribunal Constitucional trataba de determinar el alcance de la negativa del menor a prestar su consentimiento para que se le realizara la transfusión, y, por tanto, la capacidad del menor para consentir un tratamiento que suponía una injerencia en su integridad personal. A ojos del Tribunal Constitucional, la capacidad del menor para prestar o negar ese consentimiento dependía de su madurez de juicio, ya que «el ejercicio de los derechos fundamentales de los menores y la facultad de disponer sobre ellos no se abandonan por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o su patria potestad, sino que el disfrute por el menor de sus derechos se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar». La valoración de la madurez de juicio del menor dependía, según el Alto Tribunal, de que el menor fuera capaz de entender las consecuencias que se derivaban de su negativa a ser trasfundido. Sin embargo, el Tribunal Constitucional consideró que no había quedado acreditado que la madurez de juicio del menor fuera suficiente como para entender que las consecuencias de su negativa no eran otras que su propia muerte y, por ello, rechazaba que los padres del menor y las autoridades públicas debieran sentirse vinculadas por la voluntad del menor¹⁶⁰.

Se desprendía claramente de estas afirmaciones que, en aquellos casos

159. Sobre esta Sentencia, ver VALERO HEREDIA (2009, pp. 125 y ss.), SANTOS MORÓN (2006) y BARRERO ORTEGA (2005).

160. En contra de la opinión del Tribunal Constitucional, ver SANTOS MORÓN, 2006, pp. 1-6.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en que el menor contara con la madurez de juicio suficiente para poder entender las consecuencias que se derivaran de su consentimiento, habría de reconocerse eficacia jurídica al mismo. Cuando esa madurez faltara, serían los representantes legales del menor, y, en último caso, los poderes públicos, los que estarían obligados a proteger la integridad del mismo. Sin embargo, aunque el criterio parece claro, también parece percibirse de forma evidente la dificultad de aplicarlo en cuestiones límite como la resuelta por la STC 154/2002.

3.2.2. Derecho a la tutela judicial efectiva: la limitada capacidad procesal de los menores

El derecho a la tutela judicial efectiva es reconocido por nuestro ordenamiento a todas las personas, tal y como ya indicamos (*supra*, 3.1.4). Sin embargo, el ejercicio efectivo de ese derecho por los menores de edad se ve limitado por lo que prevén las leyes procesales españolas que, a la hora de determinar quienes cuentan con capacidad procesal en los distintos órdenes jurisdiccionales, exigen ciertos requisitos para permitir la comparecencia en juicio sin intervención de una persona que supla o integre la falta de capacidad procesal. La determinación de estos requisitos, que inciden en la capacidad procesal de los menores de edad, es especialmente relevante, ya que la adecuada protección de los derechos de niños y jóvenes dependerá en buena medida de cómo se articule su intervención en los procesos en los que sus derechos e intereses se vean afectados y de que se articulen procedimientos que permitan al menor de edad instar una actuación judicial en defensa de esos derechos o intereses, incluso en contra de la voluntad de quien le represente legalmente.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en la STC 183/2008, en la que el Alto Tribunal hubo de resolver un recurso de amparo planteado por un menor de edad extranjero contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se apreció su falta de capacidad procesal para impugnar judicialmente la decisión administrativa que resolvía sobre su repatriación a su país de origen. Llamaba la atención que, en este asunto, tanto la entidad tutora del menor, la Comunidad de Madrid, como el Ministerio Fiscal, apoyaban la decisión administrativa, siendo el menor el que decidió impugnarla al considerar que violaba sus derechos fundamentales. Se planteaba así una evidente contradicción entre los intereses del menor de edad, que ya contaba con diecisiete años, y los de la entidad responsable del mismo, la Comunidad de Madrid, que el Tribunal Superior de Justicia madrileño obvió, negando la posibilidad de que el menor instara directamente la acción de la justicia, ya que la representación de

sus intereses correspondía a la Comunidad de Madrid. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional recordaba el reconocimiento de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva a los menores de edad y señalaba claramente que «forma parte del contenido esencial del artículo 24.1 CE que se posibilite a cualquier menor de edad, con capacidad y madurez suficiente, instar de los órganos judiciales, en cualquier orden jurisdiccional, la defensa de intereses que afecten a su esfera personal, incluso contra la voluntad de quienes ejerzan su representación legal» (FJ 5). El Tribunal Constitucional reseñaba así que, en el caso concreto, se había violado el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que no se había arbitrado un procedimiento que permitiera al menor de edad instar el control judicial de una decisión que afectaba claramente a su esfera personal, al decidir sobre la repatriación a su país de origen.

A pesar de lo ocurrido en el asunto indicado, una adecuada lectura de la legislación procesal española sí parecería poder cumplir las exigencias impuestas por la doctrina del Tribunal Constitucional. En este sentido, es de destacar que el artículo 7 LECiv contiene la norma general en la materia, en la medida en que reconoce capacidad procesal para comparecer en juicio a los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles; referencia que ha sido interpretada por la doctrina¹⁶¹ en el sentido de reconocer no sólo la capacidad procesal de los mayores de edad, sino también de los menores de edad emancipados, aunque con ciertas limitaciones¹⁶². Sin embargo, los menores de edad no emancipados deben ser representados en el proceso, con carácter general¹⁶³, por sus padres o tutores y, en caso de que se produzca un conflicto de intereses entre ellos, debe nombrarse un defensor judicial que los represente (art. 8 LECiv). Se garantiza así la protección efectiva de los intereses de los menores de edad, en la medida en que se arbitra un procedimiento que permita la defensa genérica de los derechos e intereses del menor, incluso en contra de los intereses de sus representantes legales.

Los artículos 16 LJS y 18 LJCA regulan la participación de los menores en el proceso laboral y contencioso-administrativo de forma más abierta, en la medida en que reconocen la capacidad de los menores de edad de comparecer en ciertos procesos sin intervención alguna de quienes deban suplir o

161. En este sentido: GIMENO SENDRA (dir.), 2008, pp. 171 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, Díez-PICAZO JIMÉNEZ, VEGAS TORRES y BANACLOCHE PALAO, 2001, pp. 85 y ss.; y GARBERÍ LLOBREGAT (dir.), 2001, pp. 106 y ss.

162. Sobre las restricciones de la capacidad procesal de los menores de edad emancipados, GIMENO SENDRA (dir.), 2008, pp. 171 y ss.

163. Para un estudio más detallado, ver los autores citados en la nota a pie 158.

integrar su capacidad, aun cuando no estén emancipados. En este sentido, la LJS reconoce capacidad procesal a los mayores de dieciséis años respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social, y de sus derechos sindicales y de representación, siempre que no necesiten de autorización para celebrar su contrato de trabajo o que la hayan obtenido. Igualmente, la LJCA reconoce capacidad procesal a los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Las dos previsiones indicadas parecen tener así en cuenta las normas sustantivas de las que traen causa, reconociendo la capacidad procesal a los menores de edad cuando el propio ordenamiento jurídico les reconoce la capacidad para ejercer, sin asistencia alguna, los derechos correspondientes¹⁶⁴.

En caso contrario, esto es, si no resultan aplicables los artículos 16 LPL y 18 LJCA, parece que deberían aplicarse las normas generales contenidas en la LECiv¹⁶⁵, de modo que los menores sean representados por sus padres o tutores, y en caso de que surja un conflicto de intereses, se nombre el defensor judicial correspondiente. Se garantizaría así el derecho del menor de edad a instar la acción de la justicia sin asistencia alguna en relación con los derechos sustantivos que la ley le autoriza a ejercer por sí mismo, a la par que la defensa imparcial de los derechos e intereses de los menores en aquellos casos en los que el menor necesite asistencia para ejercer el derecho sustantivo correspondiente.

3.2.3. Derecho de sufragio activo y pasivo y otros derechos de participación política

El derecho de sufragio es uno de los derechos de cuya titularidad han sido excluidos tradicionalmente los menores de edad al entenderse que tal derecho sólo correspondía a aquellos individuos que cumplieran ciertos requisitos, entre ellos, haber alcanzado una edad determinada. Esta tendencia queda reflejada incluso en la CDN, que omite toda referencia al derecho de sufragio, a pesar de reconocer al niño como titular de otros derechos de

164. En este sentido, en relación con la LJCA ver GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT, MORENO CATENA, y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1999, pp. 199. En relación con la antigua LPL, cuyo texto mantiene la LJS, ver MONTOYA MELGAR y otros, 2003, pp. 86.

165. En este sentido, en relación con la LJCA ver GONZÁLEZ PÉREZ, 1998, pp. 432 y ss., y GIMENO SENDRA, GARBERÍ LLOBREGAT, MORENO CATENA, y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1999, p. 199. En relación con la antigua LPL, ver ALONSO OLEA y ALONSO GARCÍA, 2008, pp. 122 y ss., y MONTOYA MELGAR y otros, 2003, pp. 85 y ss.

participación política, como el derecho de asociación, de reunión o de manifestación.

No obstante, la Constitución española no hace referencia, en ningún momento (arts. 23 y 68), a la necesidad de alcanzar cierta edad para acceder a la titularidad del derecho, permitiendo fundamentar la extensión de la titularidad del mismo también a los menores de edad. Además de este derecho, nuestro ordenamiento reconoce a los menores como sujetos de otros derechos de participación política, tales como el derecho de reunión (art. 21) o el derecho de asociación (art. 22).

A. *Derecho al sufragio activo y pasivo y minoría de edad*

Tal y como ya indicamos, los artículos 23 y 68 CE no contienen ninguna referencia a la mayoría de edad como exigencia constitucional que permita identificar a los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo. El artículo 23 CE se limita a señalar que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, entendiéndose, a la luz de lo previsto en el artículo 13 CE que, con carácter general y a salvo de lo previsto para las elecciones municipales, los españoles serán los únicos titulares de ese derecho. El artículo 68 CE vuelve a incidir sobre ese requisito de nacionalidad al subrayar que, en las elecciones al Congreso de los Diputados, serán electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. Ninguno de los dos preceptos hace referencia, por tanto, a la exigencia de una determinada edad que permita el reconocimiento del derecho de sufragio, de forma que cabe entender que los menores también son titulares del derecho de sufragio activo y pasivo¹⁶⁶, aunque no puedan ser electores y elegibles hasta su mayoría de edad por expresa previsión legal.

En este sentido, es de reseñar que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), sí ha previsto un requisito de edad en aras de permitir el ejercicio del derecho de voto. El artículo 2 LOREG señala que los españoles mayores de edad, esto es, mayores de dieciocho años (art. 12 CE), serán electores siempre y cuando no se encuentren en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 3 LOREG. La misma edad es recogida por el artículo 6 LOREG como exigencia para ser elegible.

PRESNO LINERA justifica la exigencia de una edad mínima para votar al entender que «para intervenir en la formación de las diferentes opciones

166. En la misma lógica, PRESNO LINERA, 2003, pp. 131 y ss. ALÁEZ CORRAL (2003, pp. 102 y ss.) distingue entre la titularidad y el ejercicio del derecho, subrayando que si bien los menores son titulares del derecho de sufragio, no pueden ejercer parte del contenido de este derecho (no pueden votar, ni ser votados) hasta alcanzar la edad legalmente indicada para ello.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

políticas y poder pronunciarse sobre ellas» resulta necesario tener la «capacidad suficiente para discernir entre unas y otras»¹⁶⁷. La exigencia de esa edad mínima estaría justificada, por tanto, por la necesidad de que el sujeto que ejercite su derecho al voto tenga la capacidad suficiente para entender el contenido de las diferentes opciones políticas que se le plantean y elegir de entre ellas la que le parezca más adecuada. Esta convincente justificación no es suficiente para explicar, sin embargo, el porqué del límite de edad impuesto por el legislador español. Si bien la propia lógica del derecho parece imponer, efectivamente, que el sujeto que vaya a ejercerlo tenga la capacidad suficiente para poder participar en la formación de una determinada opción política y comprender las propuestas planteados por otros, posicionándose ante las mismas, no resulta tan claro, sin embargo, que la edad a la que un sujeto alcance esa capacidad sea, necesariamente, a los dieciocho años. En este sentido, la edad mínima para votar y ser votado prevista en la LOREG ya ha recibido alguna crítica, que apuesta por la disminución de la edad mínima exigida para ejercer el derecho de voto en aras de potenciar una mayor participación política de los jóvenes¹⁶⁸, tal y como recomendaría el artículo 48 CE.

B. Derechos de asociación, manifestación y reunión de los menores

Los artículos 21 y 22 CE reconocen los derechos de reunión y asociación sin hacer específica referencia a los titulares de los mismos. No obstante, el artículo 7 LOPJM, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁶⁹, y la lectura del texto constitucional español a la luz del artículo 15 CDN, permiten reconocer a los menores como titulares de ambos derechos; si bien es cierto que el ejercicio de los mismos por los menores de edad presentará ciertas especificidades, recogidas esencialmente en el artículo 7 LOPJM.

En lo que se refiere al ejercicio del derecho de asociación por los menores de edad, hay que atender tanto a la dicción del artículo 7.2 LOPJM como del artículo 3 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación (LODA). Este último precepto señala, con carácter general, que sólo las personas físicas con capacidad de obrar y no sometidas a condición legal para el ejercicio del derecho podrán constituir asociaciones y formar parte de ellas. Esta afirmación general parece atribuir a los menores

167. PRESNO LINERA, 2003, p. 135.

168. PRESNO LINERA, 2003, p. 138.

169. En este sentido, STC 2/1982, asunto en el que varios menores plantean la eventual vulneración de sus derechos de reunión y manifestación. Aunque se deniega el amparo, se reconoce implícitamente la titularidad del derecho por parte de menores de edad.

de edad emancipados capacidad para ejercer el derecho de asociación, en la medida en que se les reconoce cierta capacidad de obrar¹⁷⁰. Sin embargo, ésa no parece ser la situación del resto de los menores de edad, ya que la lectura conjunta del artículo 3.b) LODA y del artículo 7.2 LOPJM permite establecer una importante diferencia basada en la tipología de la asociación en relación con la cual el menor pretenda ejercer sus derechos.

La regla general aparece recogida en el artículo 3 LODA, que prevé que podrán constituir y formar parte de asociaciones, no sólo las personas físicas que tengan capacidad de obrar, sino también los menores no emancipados que sean mayores de catorce años, y siempre que cuenten con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad. En esta lógica, la LODA parece poder interpretarse en el sentido de que los menores de catorce años podrán ejercer el derecho de asociación, aunque no de forma directa, sino a través de sus representantes, en aplicación de las reglas generales que recoge el CC¹⁷¹. Sin embargo, los menores de edad que sean mayores de catorce años (y no estén emancipados) podrán formar parte o constituir asociaciones con el consentimiento expreso de aquellos que deban completar su capacidad; lo que exige la concurrencia de voluntades del menor y su representante, encargado de proteger al menor frente a su posible participación en asociaciones que perjudiquen sus intereses¹⁷².

Sin embargo, el régimen general indicado se flexibiliza en relación con la participación de los menores de edad en asociaciones infantiles o juveniles. En este sentido, el artículo 7.2 LOPJM señala que los menores de edad podrán formar parte de las asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos –aunque no podrán constituir las, tal y como se desprende del propio precepto– y que tendrán derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles, inscribirlas, y a formar parte de los órganos directivos de las mismas. A pesar de que ese genérico reconocimiento podría interpretarse en un sentido muy amplio, esto es, en el sentido de reconocer a los menores, independientemente de su edad y su madurez, el derecho

170. Sobre esta cuestión: DÍAZ ALABART, 2002, p. 632 y CABALLERO LOZANO, 2003, pp. 307 y ss.

171. En este sentido, CABALLERO LOZANO, 2003, pp. 307 y ss.

172. En esa misma línea, el art. 7.2 LOPJM prevé una salvaguarda tendente a garantizar que los menores no formen parte de organizaciones que puedan perjudicar su desarrollo. Este precepto señala, en concreto, que en caso de que un menor o sus padres pertenezcan a una asociación que impida o perjudique el desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a formar parte, promover e inscribir asociaciones infantiles y juveniles, sin intervención de sus representantes, la realidad es que esa interpretación no parece lógica, en la medida en que el ejercicio de esas facultades parece requerir cierta madurez, que no tendrán los menores de edades tempranas¹⁷³.

El Real Decreto 397/1988, de 22 de abril, por el que se regula la inscripción registral de asociaciones juveniles¹⁷⁴ ha resuelto, de forma quizás inadecuada, el problema interpretativo que plantea el artículo 7.2 LOPJM. El artículo 1 de ese Real Decreto define como asociaciones juveniles a aquellas cuyos miembros tengan una edad comprendida entre los catorce y los treinta años (art. 1); previsión que parece limitar el ejercicio del derecho de asociación de los menores de edad más allá de lo previsto en la LOPJM, al exigir haber cumplido una cierta edad –14 años– para poder ejercer el derecho de asociación en relación con asociaciones juveniles. Este límite relevante al ejercicio del derecho, debería quizás haberse regulado directamente en la propia LOPJM, en la medida en que la definición de la edad a partir de la cual puede ejercerse el derecho de asociación en el ámbito juvenil parece una cuestión esencial de desarrollo del derecho, a regular por Ley Orgánica, tal y como exige el artículo 81 CE.

En lo que se refiere al derecho de reunión y manifestación, el artículo 7.3 LOPJM reconoce el derecho de los menores a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas. Sin embargo, la posibilidad de que los menores convoquen o promuevan una reunión o una manifestación se ve sometida a una restricción alejada del universo de los adultos, en concreto, la necesidad de contar con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores; requisito que parece adecuado dada la responsabilidad en que pueden incurrir los promotores u organizadores de una reunión o manifestación (art. 4 de la LO 9/1983, del derecho de reunión).

3.2.4. Derecho al matrimonio

El derecho al matrimonio es reconocido por el artículo 32 CE al hombre y a la mujer, señalándose que ambos tienen derecho a contraer matrimonio

173. En este sentido, la doctrina ha defendido que este precepto parece indicar que sólo los menores con suficiente madurez podrán ejercer tales facultades por sí mismos y que, en el resto de los casos, serán los representantes del menor los encargados de ejercerlas; lo que parece acorde con la regla general prevista por el art. 162 CC. Sobre esta cuestión, DÍAZ ALABART, 2002, pp. 627 y ss.

174. En el mismo sentido, el RD 1532/1986, por el que se regulan las asociaciones de alumnos, señala que no podrán formar parte de este tipo de asociaciones los alumnos que cursen preescolar y los ciclos inicial y medio de la Educación General Básica; previsión que debe ser adaptada al actual sistema educativo.

con plena igualdad jurídica. Este precepto remite a la ley a fin de que sea ésta la que regule las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

El texto constitucional parece reconocer, de este modo, un derecho en el que la intervención del legislador resultaría necesaria a fin de determinar, por lo que aquí interesa, la edad a partir de la cual puede contraerse matrimonio. Las normas internacionales en la materia limitan, no obstante, esta amplia capacidad del legislador español a fin de proteger a los menores de edad, y sobre todo a las niñas¹⁷⁵, frente a matrimonios excesivamente tempranos.

Si bien la CDN no hace referencia alguna a esta cuestión¹⁷⁶, tanto la DUDH, como el PIDCP, el CEDH y la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres, de 18 de diciembre de 1979, sí prevén un límite a esta libertad. Los tres primeros textos se refieren al derecho del hombre y la mujer en «edad núbil» a contraer matrimonio (arts. 23 PIDCP, y 12 CEDH, 16 DUDH). El artículo 16 de la Convención de 1979 resulta más explícito al hacer hincapié en tres cuestiones que resultan de relevancia para este estudio, en concreto, la necesidad de eliminar toda forma de discriminación contra la mujer en cuestiones referidas a la familia y al matrimonio, la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para determinar una edad mínima a partir de la cual pueda contraerse matrimonio y la exigencia de que el compromiso matrimonial o el matrimonio de un niño estén desprovistos de todo efecto jurídico. Este último elemento parecería indicar, efectivamente, que la edad mínima para contraer matrimonio coincidiría con el momento en que una

175. Efectivamente, el Comité de Derechos del Niño ha destacado que muchos Estados establecen edades mínimas para contraer matrimonio que son más elevadas para los niños que para las niñas. Éstas contraen matrimonio antes que aquéllos, de forma que normalmente no han alcanzado la madurez suficiente, en el momento en que contraen matrimonio, para decidir libremente sobre una cuestión tan relevante para su vida futura. Estos matrimonios tempranos han sido criticados, no sólo por el Comité de Derechos del Niño (Informe sobre «La Niña», CRC/C/38, 8 Sesión, 21 de enero de 1995), sino también por el Relator Especial sobre violencia contra las mujeres (Informe Preliminar presentado ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, E/CN.4/1995/42), como uno de los factores que contribuye a la violación de los derechos de las mujeres y las niñas.

176. Es de destacar que, aunque no sea de aplicación en nuestro ámbito territorial, la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar de los Menores, adoptada en julio de 1990 por la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, señala en su art. 21, por lo que aquí interesa, que el matrimonio y el compromiso matrimonial de niños debe ser prohibido, indicándose que la edad mínima para contraer matrimonio no debe ser inferior a los 18 años.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

persona deja de considerarse niño, según la definición adoptada en el ámbito de Naciones Unidas. En este ámbito, el artículo 1 CDN reconoce como niño a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Por lo tanto, la edad mínima para contraer matrimonio debe ser, en principio, los dieciocho años.

El ordenamiento español se adapta bien a parte de las exigencias plasmadas en estos textos, alguna de las cuales incluso constitucionaliza. En este sentido, los artículos 66 y siguientes CC sancionan la igualdad en derechos y deberes de los cónyuges, de acuerdo con lo previsto en el artículo 32 CE. Sin embargo, un importante punto de discordia entre la normativa nacional y los textos internacionales reseñados se observa en relación con la edad mínima para contraer matrimonio, tal y como ya ha señalado el Comité de Derechos del Niño en sus observaciones referidas a España¹⁷⁷. Efectivamente, los artículos 46 y 48 CC fijan la edad mínima para contraer matrimonio; edad mínima que coincide, como regla general, con la mayoría de edad. No obstante, esos preceptos autorizan igualmente, el matrimonio de los mayores de dieciséis años cuando se hayan emancipado y de los mayores de catorce años, siempre y cuando concurra justa causa, se solicite por la parte, y previa dispensa del Juez de Primera Instancia. Estas excepciones constituyen, sin duda, una clara violación de los textos internacionales en la materia, de modo que parece obvia la recomendación realizada por el Comité de Derechos del Niño a nuestro Estado, en la que se indicaba la conveniencia de modificar la legislación nacional a fin de elevar a 16 años la edad mínima para contraer matrimonio en circunstancias excepcionales y con el permiso de un juez, y de especificar de manera explícita que se trataba de casos excepcionales¹⁷⁸.

3.2.5. Derecho al trabajo de los menores: la edad mínima de acceso al empleo

Tal y como ya se ha señalado (*supra*, 3.1.5), en lo que se refiere al ejercicio del derecho al trabajo por parte de los menores de edad se observa la existencia de una restricción al ejercicio del derecho al trabajo relacionada con la fijación de una edad mínima de acceso al empleo, a la par que una

177. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185, p. 5; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 2.

178. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 2.

mayor precisión de las condiciones en las que el trabajador menor de edad desempeñará un trabajo digno y seguro. En este punto, nos ocuparemos de la primera de las cuestiones reseñadas.

Efectivamente, el artículo 6.1 ET prohíbe el trabajo de los menores de dieciséis años con carácter general, excluyendo de esta prohibición únicamente la intervención en espectáculos públicos, siempre y cuando conste la autorización de la autoridad laboral y la intervención no suponga peligro para la salud física o la formación profesional o humana del menor¹⁷⁹.

La legislación española se sitúa, de este modo, en línea con las exigencias internacionales en la materia, que preconizan, sustancialmente, la abolición efectiva del trabajo infantil y la progresiva elevación de la edad mínima de admisión al trabajo. En este sentido, además de los artículos 10.3 PIDESC y 32.2.a) CDN, que se limitan a instar a los Estados parte a que fijen una edad mínima por debajo de la cual se prohíba el acceso al trabajo, son de destacar las previsiones de la CSE, la CDF y el Convenio n° 138 sobre la edad mínima, adoptado en el marco de la OIT. Estos tres documentos prevén edades mínimas de acceso al trabajo que no son del todo coincidentes. La regla más estricta aparece fijada en el Convenio sobre la edad mínima, que señala, en su artículo 2.3 y con carácter general, que la edad mínima no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a los quince años. Los quince años son la edad mínima de acceso al empleo que prevé, con carácter general, el artículo 7 de la CSE. Por su parte, el artículo 32 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea prevé que la edad mínima de acceso al empleo no podrá ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria. A pesar de las diferencias de criterios de estos textos, el ordenamiento español se adecua a las exigen-

179. Es de subrayar que esta única excepción resulta mucho más restrictiva que las previstas en los arts. 4 y 5 de la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. En este sentido, RUANO ALBERTOS, 2001, pp. 346 y ss. y 124 y ss. Debido a las divergencias entre este texto y el Estatuto de los Trabajadores, algunos autores apoyan una interpretación del texto español a la luz del texto de la Directiva, de forma que pudieran extenderse vía interpretativa los escasos supuestos en los que se permite el trabajo de los menores en España. En este sentido, LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, p. 704. Sin embargo, en contra de esta opinión, debemos destacar que el TJUE sólo ha reconocido la eficacia interpretativa de Directivas que no hayan sido transpuestas o hayan sido transpuestas incorrectamente por los Estados miembros (STJCE *Von Colson*, de 10 de abril de 1989). Sin embargo, este no parece ser el caso de la Directiva indicada en la medida en que los arts. 4 y 5 de la misma no recogen una obligación de los Estados miembros de autorizar los trabajos infantiles que señalan, sino sólo la posibilidad abierta a los Estado de autorizar este tipo de trabajos. La normativa española no parece, por ello, disconforme con las previsiones de la Directiva.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cias de todos ellos, en la medida en que la escolaridad obligatoria concluye en España a los dieciséis años (art. 4.2 Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) y ésta es la edad fijada con carácter general por el ordenamiento español para el acceso al empleo.

No obstante, desde la perspectiva que ahora interesa, lo que resulta más relevante es el análisis de la constitucionalidad de esta restricción al ejercicio del derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35 CE. Sin duda, la interpretación de este precepto a la luz de los instrumentos internacionales en la materia, tal y como exige el artículo 10.2 CE, resulta un elemento a tener en cuenta para la justificación de esta limitación. No obstante, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a otros argumentos que se añaden al indicado, en concreto, el Alto Tribunal ha justificado el establecimiento de una edad mínima de acceso al empleo utilizando dos razonamientos diversos: la necesidad de garantizar la formación básica de los individuos, «dentro de una política encaminada a promover la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y a remover los obstáculos que impidan a éstos el pleno desarrollo físico y psíquico de su personalidad»; y la necesidad de «uniformar los ciclos educativos y evitar una costosa diversificación según el ritmo de evolución de cada niño o adolescente»¹⁸⁰. Ambos argumentos parten de valores y principios fundamentales asumidos por nuestro texto constitucional, según destaca el propio tribunal, esto es, el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE) y la obligación que incumbe a los poderes públicos españoles en base a lo previsto en el artículo 9.2 CE; por lo que parece una opción legislativa adecuada.

4. DERECHOS ESPECÍFICOS

4.1. VIDA FAMILIAR DEL MENOR Y DERECHO A RECIBIR CUIDADOS DE SUS PROGENITORES

Los artículos 7, 9 y 10 CDN configuran el derecho de los menores a la vida familiar como un derecho del niño a conocer a sus padres, a no ser separado de ellos y a ser cuidado por ellos. En este sentido, la CDN se alinea con los informes que reseñan que la vida en familia favorece el correcto desarrollo del menor¹⁸¹, reconociendo que todo niño debe permanecer con sus progenitores que, además, habrán de ser los obligados, en primera instan-

180. En este sentido, STC 22/1981, FJ 5.

181. En este sentido es de destacar el Informe del Comité de Derechos del Niño titulado «Children without parental care», CRC/C/153, 14 Sesión, 30 de septiembre de 2005.

cia, a proporcionarle todos los cuidados necesarios. Tan sólo en casos excepcionales, en los que los padres biológicos del menor no puedan poner a su disposición lo necesario o hagan peligrar su correcto desarrollo, el interés superior del niño justificará una intervención de los poderes públicos, que tan sólo en última instancia podrá derivar en un alejamiento de su familia biológica (*infra*, 4.2).

Los preceptos indicados de la CDN se centran así en tres aspectos diferentes de un mismo problema, que han sido tratados de forma diversa por la jurisprudencia: el derecho del menor a conocer a sus progenitores; el derecho del menor a no ser separado de sus padres y el derecho del menor a recibir los cuidados necesarios de éstos.

En relación con el *derecho de los menores a conocer a sus progenitores*, destaca que el artículo 7 CDN precise que ese derecho se reconoce a los menores «en la medida de lo posible». En línea con esta previsión, el TEDH ha incluido el derecho de los hijos a conocer la identidad de sus padres en el extenso derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH¹⁸²; y el artículo 39.2 CE ha exigido a la ley que posibilite la investigación de la paternidad, reconociendo así una suerte de derecho de los hijos a conocer a sus progenitores. No obstante, la jurisprudencia en la materia, tanto la del Tribunal Constitucional como la del TEDH, muestran como el derecho de los hijos a conocer a sus progenitores se ve limitado por la concurrencia de diversos intereses.

Sintetizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del TEDH en la materia, parece poder afirmarse, con carácter general, que el derecho de los hijos a conocer a sus progenitores prevalece sobre los derechos de los padres a la intimidad o a la integridad siempre y cuando se den ciertas condiciones. Estas condiciones aparecen fijadas claramente en la jurisprudencia.

182. El TEDH ha analizado las cuestiones referidas a la investigación de la paternidad desde dos ópticas distintas, según que el recurrente fuera uno de los progenitores, al que se impedía de alguna forma reconocer su paternidad; o que el recurrente fuera el hijo, al que se le impedía investigar su filiación. En el primero de los casos, el TEDH analiza la cuestión desde la perspectiva del derecho a la vida familiar del progenitor (*SSTEDH Rasmussen contra Dinamarca*, de 28 de noviembre de 1984; *Kroon y otros contra Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994; y *Yousef contra Países Bajos*, de 5 de febrero de 2003). En el segundo de los casos, el TEDH entiende que una medida que impide a un sujeto conocer su filiación vulnera su derecho a la vida privada, en la medida en que esta noción engloba ciertos aspectos de la identidad de todo sujeto, y el respeto del derecho a la vida privada exige que cada individuo pueda delimitar los detalles de su identidad personal, accediendo a aquella información que resulta relevante para el libre desarrollo de su personalidad (*SSTEDH Mikulić contra Croacia*, de 4 de septiembre de 2002; *Ebru y Tayfun Engin Çolak contra Turquía*, de 30 de agosto de 2006; y *Jäggi contra Suiza*, de 13 de noviembre de 2006).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dencia del Tribunal Constitucional¹⁸³ referida a las pruebas biológicas que permiten determinar la paternidad. A ojos del Tribunal Constitucional, esas pruebas serán constitucionalmente legítimas siempre que se ordenen por la autoridad judicial competente, sean llevadas a cabo por un profesional de la medicina en condiciones sanitarias adecuadas, persigan objetivos legítimos, tengan cobertura legal, no supongan un grave riesgo para la salud del que ha de sufrirlas y guarden una adecuada proporción entre la intromisión que conllevan en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas y la finalidad a la que sirven.

En caso de cumplirse estas condiciones, la negativa del presunto padre a que le sea practicada la citada prueba sin que de ello se derive ninguna consecuencia jurídica determinará, a ojos del Tribunal Constitucional¹⁸⁴, una vulneración del artículo 24 CE, mientras que a ojos del TEDH¹⁸⁵, provocará una vulneración del derecho a la vida privada, reconocido en el artículo 8 CEDH. Efectivamente, el Tribunal Constitucional exige en su jurisprudencia que, ante la negativa del presunto padre a que le sea practicada la prueba, las autoridades judiciales deduzcan las consecuencias procesales oportunas, entre ellas, la consideración de la propia negativa del presunto padre como un indicio que pruebe su paternidad. El TEDH considera, en la misma línea, que en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico del Estado parte no prevé ningún tipo de consecuencia jurídica ante la negativa del presunto padre a que le sea practicada la prueba indicada, se produce una violación del derecho a la vida privada del hijo y, en ocasiones, de la madre.

Una situación distinta parece presentarse en aquellos casos en los que el ordenamiento niega al hijo la posibilidad de conocer su filiación no con el objetivo único de proteger la identidad o integridad del progenitor, sino en aras de proteger otros bienes jurídicos. Un ejemplo significativo de esta segunda situación lo encontramos en la STEDH *Odièvre* contra Francia, de 13 de febrero de 2003. En este asunto, el TEDH analiza si la legislación francesa que permitía a una mujer dar a luz en un hospital en condiciones de anonimato, esto es, dando a su hijo en adopción sin que figuraran ni pudieran hacerse públicos sus datos, vulnera el derecho a la vida privada de los hijos. El TEDH analiza si esta legislación pondera adecuadamente los

183. En este sentido, SSTC 7/1994 y 95/1999.

184. Idem. No obstante, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que la negativa del supuesto progenitor a realizar esa prueba no podrá derivar automáticamente en una atribución de paternidad, sino que deberá valorarse de acuerdo con el resto de los elementos probatorios para determinar si existen o no indicios suficientes que permitan atribuir la paternidad: STC 29/2005.

185. En este sentido: SSTEDH *Mikulic* contra Croacia, de 4 de septiembre de 2002, y *Ebru y Tayfun Engin Çolak* contra Turquía, de 30 de agosto de 2006.

intereses en conflicto, de un lado, el derecho a la vida privada de los hijos, y de otro lado, el derecho a la vida privada de la madre biológica y su familia, los intereses de los padres adoptivos, y el interés general, plasmado en la voluntad de proteger a las madres y los niños, evitando que se dé a luz en condiciones no adecuadas desde el punto de vista sanitario o que se produzcan abortos ilegales. El TEDH, tras poner especial énfasis en este último interés, estimaba que la ley francesa conciliaba bien todos los intereses en conflicto, máxime si se tenía en cuenta que una reforma reciente permitía a las madres desvelar sus datos para que aquellos hijos que lo desearan tuvieran la oportunidad de conocerlas.

Una jurisprudencia semejante la encontramos en el STC 116/1999, en la que nuestro Tribunal Constitucional resuelve sobre la eventual inconstitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, y, por lo que aquí interesa, sobre la eventual inconstitucionalidad del precepto de la ley que garantizaba el anonimato del donante de espermia. En este asunto, el Tribunal Constitucional subraya que el anonimato del padre biológico no contradice las previsiones del artículo 39.2 CE por dos motivos principales. En primer lugar, no existiría tal contradicción porque, en este caso, el conocimiento del progenitor no iría dirigido a constituir, entre padre biológico e hijo, «un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial», que es el objetivo principal que persiguen las acciones de investigación de paternidad amparadas en el artículo 39.2 CE. En segundo lugar, el anonimato del donante se justificaría en la persecución de un fin legítimo, en concreto, la necesidad de obtener «gametos y preembriones susceptibles de ser transferidos al útero materno e imprescindibles para la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida orientadas a fines terapéuticos y a combatir la esterilidad humana» y, además, resultaría una medida proporcionada, por cuanto ese anonimato podría ceder en circunstancias extraordinarias que comportaran un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando procediera con arreglo a las leyes procesales penales (FJ 15). El Tribunal Constitucional aclaraba, de este modo y muy en línea con la jurisprudencia del TEDH en la materia, que si bien el artículo 39.2 CE reconoce un derecho de los ciudadanos a que se investigue la identidad de sus progenitores, este derecho no es un derecho absoluto sino que habrá de ceder frente a otros intereses igualmente dignos de ser respetados.

El derecho de los hijos a no ser separados de sus padres aparece regulado en el artículo 9 CDN, que impone a los Estados parte la obligación de velar por que los menores no sean separados de sus padres, a no ser que la separación sea necesaria en interés del menor, como por ejemplo, en caso

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de maltrato o negligencia. Se prevén, además, una serie de requisitos procedimentales que deberán ser cumplidos en caso de separación del menor de sus familiares (art. 9 CDN). Se prevé así que la separación sólo podrá producirse en aquellos casos previstos legalmente; por decisión adoptada por las autoridades competentes, siguiendo el procedimiento legalmente previsto; que el procedimiento a seguir deberá permitir la participación de todos los afectados; y, finalmente, que la decisión correspondiente deberá ser revisable por un órgano jurisdiccional.

El TEDH también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el derecho a la vida familiar de los menores de edad¹⁸⁶, subrayando que tanto para los padres como para los hijos, permanecer unidos constituye un elemento esencial de la vida familiar, de modo que la separación de ambos sólo podrá producirse en caso de estar prevista por la ley, perseguir un objetivo legítimo, como sería el interés superior del menor, y ser necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, el TEDH ha señalado que los motivos aducidos por las autoridades públicas para justificar la separación de padres e hijos deberán ser pertinentes y suficientes¹⁸⁷.

A pesar de las indicaciones al respecto de la CDN y de la jurisprudencia del TEDH, la Constitución española no recoge ninguna referencia expresa a un eventual derecho de los hijos a permanecer junto a sus padres, a disfrutar de una vida familiar junto a ellos; derecho que, por otra parte, no parece poder deducirse del derecho a la intimidad familiar, reconocido en el artículo 18 CE. A pesar de ello, entiendo que el reconocimiento de ese derecho, en nuestro ordenamiento, debe deducirse de una lectura del artículo 39 CE, apartado primero, a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de los preceptos correspondientes de la CDN sobre el derecho a la vida familiar de los menores de edad. Efectivamente, el artículo 39.1 CE hace referencia a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Entiendo que una legislación que permitiera el alejamiento de los miembros de una familia sin cumplir los requisitos impuestos por la jurisprudencia de Estrasburgo y la CDN en torno al derecho

186. Algunos ejemplos de asuntos en los que el alejamiento de un menor de sus progenitores es analizado desde la óptica del art. 8 CEDH son: SSTEDH *Eriksson* contra Suecia, de 23 de mayo de 1989; *Margaretta y Roger Andersson* contra Suecia, de 20 de enero de 1992; *Scozzari y Giunta* contra Italia, de 13 de julio de 2000; *TP y KM* contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2000; *P, C y S* contra Reino Unido, de 16 de noviembre de 2002; *Venema contra Países Bajos*, de 17 de diciembre de 2002; *Haase* contra Alemania, de 8 de julio de 2004; y *Wallová y Walla* contra República Checa, de 26 de marzo de 2007.

187. Ver las Sentencias referidas en la nota a pie anterior.

a la vida familiar se toparía, sin duda, con las obligaciones que el artículo 39.1 CE impone a las autoridades públicas.

Finalmente, es de reseñar que el artículo 7 CDN reconoce el *derecho de los niños a ser cuidados por sus padres*; derecho que parece encontrar cierta correspondencia en el artículo 39.3 CE, que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad o en otros casos que legalmente proceda. El texto constitucional español incide, de este modo, en el derecho plasmado en la CDN, aunque construyéndolo sobre la base de la correlativa obligación de los progenitores, obligación que encuentra su manifestación legal más relevante en el artículo 154 del CC. Este precepto, tras señalar que la patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos, señala que comprende una serie de deberes y facultades, en concreto, la de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarlos y administrar sus bienes.

4.2. LOS MENORES PRIVADOS DE UN ENTORNO FAMILIAR ADECUADO Y EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Los artículos 19 y 20 CDN imponen a los Estados parte una serie de obligaciones en relación con los menores que sufren abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación en su entorno familiar y reconocen a los menores privados de su medio familiar la protección especial del Estado. En este sentido, los Estados se comprometen, por un lado, a proteger a los niños que sufran situaciones de abuso en su entorno familiar, arbitrando programas sociales de atención a los niños maltratados, y formas diversas de prevención, identificación y tratamiento de esas situaciones (art. 19 CDN). Por otro lado, los Estados se comprometen a prestar protección y asistencia especiales a los niños privados de su medio familiar y a garantizar el cuidado de esos niños a través de otros medios (art. 20 CDN).

Ambas obligaciones implican necesariamente la creación de un sistema nacional de protección de los menores de edad, que prevenga e identifique posibles casos de maltrato en el ámbito familiar, y que provea soluciones para los menores que se encuentren en situación de desprotección. La configuración de este sistema y su adecuado funcionamiento se relaciona especialmente con dos derechos de los menores que ya han sido analizados, el derecho a la integridad y el derecho a la vida familiar, en la medida en que los contornos de ambos derechos proporcionan pautas para la configuración de los sistemas nacionales de protección de los menores de edad.

En este sentido, es de destacar que la inactividad o el inadecuado funcio-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

namiento de los servicios de protección de menores podrían provocar la vulneración del derecho a la integridad de los niños, al menos en casos debidamente caracterizados. De este modo, el reconocimiento del derecho a la integridad implicaría, en el caso de los menores de edad, la imposición a los poderes públicos de una obligación positiva de actuar en determinados supuestos desprotección del niño en el ámbito familiar, y el reconocimiento correlativo del derecho subjetivo del menor a esa actuación. La existencia de esta obligación y su vinculación con el derecho a la integridad se deducen claramente de la jurisprudencia del TEDH¹⁸⁸ y el Tribunal Constitucional español¹⁸⁹ que han reconocido, en sendos supuestos de malos tratos sufridos por menores en el seno de sus familias biológicas o adoptivas, que la falta de intervención de las autoridades públicas o la inadecuada intervención de las mismas, puede determinar la vulneración del derecho a la integridad del menor de edad. La jurisprudencia del TEDH es especialmente clara al señalar que, en casos en los que los malos tratos del menor de edad alcancen una determinada gravedad, el menor tendrá derecho, en virtud del reconocimiento de su derecho a la integridad, a ser protegido de su entorno familiar, incluso con la separación del mismo, si así lo exigiera su superior interés; lo que parece requerir del Estado la creación de un sistema de protección de menores eficiente y capaz de prevenir y atajar situaciones como la indicada.

Sin embargo, los límites de la actuación de los servicios estatales de protección del menor vienen también configurados por el derecho del menor a la vida familiar. En este sentido, ya ha quedado señalado (*supra*, 4.1) que los menores tienen derecho a permanecer junto a sus padres y a recibir cuidados de ellos, de modo que la intervención de las autoridades estatales alejando a

188. En este sentido, ver especialmente, la STEDH Z y otros contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2001, en la que el TEDH declaraba que se había producido una vulneración del art. 3 CEDH en relación con cuatro menores que fueron objeto de malos tratos físicos y psíquicos inflingidos por sus padres durante cuatro años y medio hasta que las autoridades nacionales decidieron intervenir, declarándolos menores desamparados y ubicándolos en hogares de acogida. También resulta llamativa la STEDH ES y otros contra Eslovaquia, de 15 de septiembre de 2009, en la que el TEDH se pronuncia en el mismo sentido, aunque en relación con un caso en el que el maltrato no era sufrido únicamente por los hijos, sino también por la madre, a manos del padre y marido.

189. En este sentido, ver especialmente, la STC 221/2002, en la que el Tribunal Constitucional reseñaba que la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla que instaba el retorno de una menor (12 años) con su familia adoptiva ponía en riesgo su integridad moral, ya que la menor había sido víctima de malos tratos por parte de la madre de la familia adoptiva y se encontraba integrada, perfectamente, en una familia de acogida. El Tribunal Constitucional adopta una postura diferente en las SSTC 22/2008 y 71/2004, al considerar que, en esos casos, la posible lesión de la integridad moral de la menor no es tan evidente, tan palmaria, como en la STC 221/2002.

los niños de sus progenitores sólo se justificará en situaciones especialmente caracterizadas y siempre que así lo exija el interés superior del menor. En este sentido, el Comité de Derechos del Niño ha advertido que el alejamiento de un menor de su familia debe ser una medida de última *ratio* y que, antes de adoptarla, las autoridades estatales han de intentar la permanencia del menor con sus progenitores mediante un apoyo adecuado a la familia¹⁹⁰.

La LOPJM y las leyes del menor de las diferentes Comunidades Autónomas articulan el sistema de protección de los menores existente en nuestro país. Las Comunidades Autónomas son la administración competente en materia de protección de menores, tal y como ha quedado indicado en el punto 1.2.3 de este capítulo, debido a lo cual el sistema de protección presenta diferencias significativas en el conjunto del territorio nacional¹⁹¹. La LOPJM y el CC realizan una configuración inicial del sistema, en tanto definen las condiciones en que cabe declarar el desamparo de un menor de edad y las consecuencias que se derivan de esa declaración. En la misma línea, la LOPJM define también otra situación de desprotección del menor, la situación de «riesgo»; que no alcanza la gravedad del desamparo, pero que permite cierta actuación pública para garantizar los derechos del menor y su adecuado desarrollo. No obstante, los artículos de la LOPJM que regulan la situación de riesgo son preceptos supletorios de los dictados por las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social o protección de menores, de modo que sería perfectamente factible que algunas Comunidades hubieran optado por no contemplar esa situación o por contemplar medidas de protección de menores diferentes.

A pesar de esa posibilidad, la realidad es que la mayoría de las normas autonómicas dictadas en la materia han contemplado un sistema escalonado de intervención pública que prevé la actuación de los servicios autonómicos de protección de menores en relación con menores en situación de riesgo y en situación de desamparo¹⁹². Además, un buen número de Comunidades

190. Recomendación del Comité de Derechos del Niño, *Children without parental care*, 17 de marzo de 2006, CRC/C/153, pars. 644 y ss.

191. Para un análisis más detallado de esta cuestión remitimos a DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009, pp. 58 y ss.; asimismo, PALMA DEL TESO, 2006, esp. pp. 135 y ss.

192. En este sentido: arts. 22 y 23 de la Ley 1/1998, de los derechos y la atención del menor (Andalucía); arts. 27 y ss. y 35 y ss. de la Ley 3/1999, de Protección del Menor de Castilla-La Mancha; arts. 24 y ss. de la Ley 1/1995, de Protección de Menores (Asturias); arts. 40 y ss. y 49 y ss. de la Ley 1/2006, de Protección de Menores de La Rioja; arts. 5 y ss. y 14 y ss. de la Ley 4/1994, de Protección de Menores (Extremadura); arts. 56 y ss. de la Ley 12/2001, de la infancia y adolescencia en Aragón; arts. 14 y 17 y ss. de la Ley 3/1997, de protección jurídica, económica y social de la familia, la infancia y la adolescencia (Galicia); arts. 51 y ss. y 56 y ss. de la Ley 3/2005, de atención y protección a la Infancia y la Adolescencia (País Vasco); arts. 93 y ss. y 99 y ss. de la Ley 12/2008, de Protección Integral de la Infancia

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Autónomas recogen la posibilidad de intervención pública en relación con menores en situación de conflicto social¹⁹³.

La situación de riesgo implica, con carácter general, una intervención protectora que se desarrolla en el propio entorno familiar del menor cuando la situación de desprotección del menor es moderada, pero concurren ciertas circunstancias que perjudican el desarrollo personal o social del menor. La situación de dificultad social conlleva una actividad educadora-protectora de los poderes públicos que deberán favorecer la integración social de menores que se encuentran en situaciones de inadaptación o tienen graves problemas de socialización. No obstante, esta situación es configurada de forma notablemente diferente en las distintas Comunidades Autónomas, de modo que algunas de ellas han llegado incluso a asociar la situación de riesgo social con el cumplimiento de las medidas impuestas a los menores infractores en virtud de lo previsto por la LORPM¹⁹⁴, lo que parece confundir una medida de protección con una medida de carácter educativo-punitivo. En las Comunida-

y la Adolescencia de la Comunidad Valenciana; arts. 50 y ss. de la Ley 6/1995, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Madrid); arts. 18 y ss. de la Ley 3/1995, de la Infancia de la Región de Murcia; arts. 47 y ss. y 55 y ss. de la Ley 14/2002, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León; arts. 45 y ss. y 50 y ss. de la Ley Foral 15/2005, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (Navarra); arts. 60 y ss. y 63 y ss. de la Ley 17/2006, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; arts. 41 y ss. y 46 y ss. de la Ley 1/1997, de Atención Integral a los Menores (Canarias).

193. Recogen esta figura, aunque con nombres diferenciados: Andalucía (art. 40 de la Ley 1/1998, en relación con los menores en situación de conflicto social); Castilla-La Mancha (arts. 62 y ss. de la Ley 3/1999, en relación con los menores en situación de conflicto social); Aragón (arts. 78 y ss. de la Ley 12/2001, en relación con los menores en situación de conflicto social); Galicia (arts. 37 y ss. de la Ley 3/1997, en relación con los menores en situación de conflicto social); Madrid (arts. 67 y ss. de la Ley 6/1995, en relación con los menores en situación de conflicto social); Castilla y León (arts. 37 y 96 de la Ley 14/2002, en relación con los menores con problemas de inadaptación o desajuste social); Navarra (arts. 83 y ss. de la Ley Foral 15/2005, en relación con los menores en situación de conflicto social); Islas Baleares (arts. 105 y ss. de la Ley 17/2006, en relación con los menores en situación de conflicto social).
194. Es notable el caso de La Rioja, que identifica la inadaptación social con la aplicación de las medidas cautelares y sancionadoras reguladas en la LORPM y con la adopción de medidas de libertad vigilada o de actividad socioeducativa en el caso de suspensión de la ejecución del fallo de una sentencia dictada por un juez de menores en virtud de lo previsto en la LORPM (arts. 57 y ss. de la Ley 1/2006, de Protección de Menores de La Rioja). Y también el de Aragón, que identifica la situación de conflicto social considerando menores en conflicto social a aquellos niños y adolescentes que pudiesen encontrarse en riesgo de causar perjuicios a sí mismos o a otros, así como aquellos a los que les fuera aplicable la LORPM (arts. 78 y ss. de la Ley 12/2001, de la infancia y adolescencia en Aragón).

des Autónomas en que la configuración de esa situación se ha centrado en la inadaptación social del menor, sin que éste haya sido objeto de aplicación de la LORPM, la actuación educadora-protectora de la administración pública deberá desarrollarse en el propio entorno socio-familiar del menor, pero según parece deducirse de la legislación autonómica, podrá desarrollarse en centros especializados en el caso de que esta primera opción fracase¹⁹⁵; cuestión que podría plantear problemas desde el punto de vista de la libertad personal de los menores dependiendo de las condiciones de internamiento, del tipo de centro y de la forma de control sobre la medida de internamiento¹⁹⁶. Finalmente, la situación de desamparo implica la atribución a la Administración competente de la tutela del menor y, por tanto, el alejamiento del menor de su familia. Esta medida sólo llega a adoptarse cuando la situación de desprotección resulta especialmente grave, considerándose que el menor está en situación de desamparo «a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material» (art. 172.1 CC).

A la luz de este marco general, parece poder afirmarse que nuestro sistema de protección de menores respeta las exigencias materiales básicas impuestas por la CDN y el CEDH, en la medida en que se prevé la obligación de las autoridades públicas de intervenir en todo supuesto de desprotección de un menor de edad, pero se articula un sistema escalonado en el que el alcance de la intervención pública dependerá de la gravedad de la situación de desprotección en que se encuentre el menor, previéndose el alejamiento del menor de su familia biológica tan sólo en casos especialmente caracterizados de desprotección, esto es, en caso de que sea declarado el desamparo del menor. No obstante, sería conveniente una mayor articulación de las legislaciones autonómicas en la materia, de forma que los mecanismos de protección de menores fueran uniformes en todas ellas, y se garantizaran iguales condiciones de protección de los menores en todo el Estado, así como una coordinación adecuada de las autoridades autonómicas encargadas de asegurar la protección de los menores de edad, tal y como ya ha recomendado el Comité de Derechos del Niño¹⁹⁷ y el Defensor del Pueblo

195. Para un estudio más completo de la cuestión: DEFENSOR DEL PUEBLO, 2009, pp. 58 y ss.

196. Llama la atención sobre esta cuestión el Comité de Derecho del Niño: Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, pp. 41 y 42.

197. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185, párr. 33 y 34; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, pp. 11 y 12.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

español¹⁹⁸. Esta última institución ha subrayado los problemas que plantea el carácter fragmentado del sistema español de protección de los menores, señalando la necesidad de fomentar la cooperación entre las distintas autoridades autonómicas a fin de garantizar una mayor eficacia del mismo.

Aparte de la necesidad de una mayor articulación territorial del sistema, varios informes del Defensor del Pueblo estatal y de los Defensores del Menor de la Comunidad de Madrid y de Andalucía han apreciado deficiencias en la aplicación práctica del mismo. En este sentido, se ha destacado que algunos casos trágicos de ineficacia de los servicios de protección del menor se han debido a la falta de coordinación en la actuación de los distintos agentes implicados, señalando que resulta necesario establecer protocolos de actuación coordinados que afecten tanto a la Administración de Justicia, como a los servicios sociales, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado e incluso a las corporaciones locales, en la medida en que éstas son competentes, en ocasiones, para desarrollar determinadas actuaciones en el ámbito de la protección de menores¹⁹⁹. Otros informes han apuntado las deficiencias que presentan ciertos Centros en los que son acogidos los menores de edad que requieren de alguna de las medidas de protección previstas en la legislación española. En este sentido, resulta particularmente llamativo el Informe elaborado por el Defensor del Pueblo español en el año 2009 sobre los centros en los que son acogidos menores en situación de conflicto social²⁰⁰. Este demoledor informe plasma la absoluta dejación de sus funciones por parte de las autoridades públicas españolas en lo que se refiere al control del correcto funcionamiento de estos centros y, sobre todo, del respeto en ellos a los derechos de los niños.

4.3. ADOPCIÓN

La adopción es una institución muy ligada a la vida familiar de los menores, en concreto, a la ausencia de un entorno familiar biológico, y muy delicada desde el punto de vista del respeto de sus derechos fundamentales. La relevancia de la cuestión se observa ya en el artículo 21 CDN, dedicado a imponer a los Estados parte una serie de obligaciones en relación con la

198. *Informe 2006*.

199. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Informe anual 2008; Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, Informe anual 2006, accesibles en: http://www.defensordelmenor.org/pdf/estudios_publicaciones_2006/MENOR-MEMORIA-2006.pdf; Defensor del Menor de Andalucía, Informe al Parlamento 2006, accesible en: <http://www.defensor-and.es/informes/ftp/dma-06/dma-06.pdf>.

200. Informe sobre los Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en situación de Dificultad Social, Defensor del Pueblo, 2009, accesible en: <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>.

adopción. En concreto, este precepto gira en torno a una serie de ideas centrales: la adopción perseguirá siempre el interés superior del menor; deberá ser realizada por las autoridades competentes, sin mediar ningún tipo de beneficio financiero; y deberá realizarse previa comprobación de que el menor puede ser efectivamente adoptado por la situación jurídica en la que se encuentra y de que su familia adoptiva es idónea para cuidar de él. En el difícil terreno de la adopción internacional, este precepto añade una última garantía: la adopción internacional deberá ser una medida de protección subsidiaria, de forma que sólo se utilizará previa comprobación de que el menor no puede ser atendido de forma adecuada en el país de origen.

La legislación española en materia de adopción nacional no parece presentar ningún problema desde el punto de vista de las exigencias impuestas por la Convención. Los artículos 175 y siguientes CC marcan unos requisitos y un procedimiento para la adopción nacional que parecen asegurar que ésta sólo se llevará a cabo en caso de redundar en el interés superior del menor adoptado, una vez comprobada la adoptabilidad del menor, así como la idoneidad de sus futuros padres, y una vez que se hayan recabado todos los consentimientos o asentimientos necesarios para proceder a la adopción, incluidos los del menor y los de los padres biológicos del menor, cuando fueren necesarios²⁰¹.

No obstante, la adopción nacional es cada vez menos relevante en nuestro país, en la medida en que viene siendo desplazada por la adopción internacional desde el año 2001. Según datos facilitados por el Ministerio de Sanidad y Política Social²⁰², desde ese año el número de adopciones nacionales está disminuyendo mientras las adopciones internacionales han aumentado considerablemente. Por ejemplo, en el año 2007, el 83 % de las adopciones que se llevaron a cabo en España eran internacionales, frente al 16 % que representaban las adopciones nacionales. Este fenómeno, relativamente reciente, plantea numerosos problemas desde el punto de vista de los derechos de los menores, en la medida en que los mecanismos de adopción internacional, más porosos y menos controlados que los de adopción nacional, facilitan prácticas que no siempre respetan los principios enumerados en el artículo 21 CDN y pueden prestarse, en ocasiones, a la sustracción, la venta o el tráfico de menores.

El Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia

201. El procedimiento y los requisitos exigidos para la constitución de una adopción nacional se analizan con detalle en LÁZARO GONZÁLEZ, 2002, pp. 396 y ss.

202. Estadísticas de adopción internacional, Ministerio de Sanidad y Política Social, 2009: accesible en: http://www.msps.es/politicaSocial/familiasInfancia/docs/definitivoEstadistica2005_09.pdf.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, adoptado en el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y ratificado por España en 1995²⁰³, persigue establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan en cuenta el interés superior del menor y respeten sus derechos fundamentales, a la par que pretende crear mecanismos de cooperación entre los Estados parte que aseguren el respeto de esas garantías y prevengan la sustracción, venta o tráfico de menores.

La filosofía del Convenio ha sido trasladada al ordenamiento español a través de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (LAI). Esta norma resulta aplicable a las adopciones que presentan un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o residencia de adoptante o adoptando (art. 1 LAI), aunque en la realidad española actual los supuestos más habituales a los que es de aplicación esta norma son los de menores extranjeros residentes fuera de España que son desplazados a nuestro país después de ser adoptados o en aras de ser adoptados por nacionales o residentes en España. Los artículos 2 y 3 LAI señalan que estas adopciones deberán respetar los principios inspiradores de la CDN y del Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, y que tendrán lugar en consideración del interés superior del menor y respetando siempre sus derechos fundamentales.

A fin de lograr estos objetivos, la LAI arbitra el procedimiento a seguir en materia de adopción internacional, asegurando la idoneidad de los adoptantes (arts. 10 y 26.3 LAI), intentando asegurar que las entidades que pueden intermediar en los procedimientos de adopción internacional respeten una serie de criterios éticos y que el Estado de origen del adoptando respete los criterios y principios recogidos en la CDN y el Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional. En relación con las entidades que efectuarán la intermediación, el artículo 7 LAI prevé unos requisitos mínimos que deben cumplir las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional para su acreditación, requisitos que coinciden, por lo demás, con los establecidos en el artículo 11 del Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, pero que deben ser desarrollados por las respectivas Comunidades Autónomas, con el consecuente peligro de que los controles efectuados sean más estrictos en unas que en otras.

En relación con el respeto de los criterios y principios recogidos en la CDN y el Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en

203. Instrumento de ratificación de 30 de junio de 1995, BOE n° 182, de 1 de agosto de 1995.

materia de adopción internacional por parte de los Estados de origen de los adoptandos, el artículo 4 LAI señala que no se tramitarán solicitudes de adopción internacional en relación con menores nacionales o residentes en un país que se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural, en el que no exista una autoridad específica que controle y garantice la adopción o en el que no se respeten las garantías para la adopción exigidas en la CDN y el Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional. Entre esas garantías resultan especialmente relevantes, por las consecuencias que pueden tener sobre la vida del menor, las previstas en los artículos 4 y 16 del Convenio. El artículo 4 del Convenio prevé que el Estado de origen del adoptando deberá asegurarse de que el niño es adoptable; de que la adopción internacional responde al interés superior del menor, una vez analizadas las posibilidades de colocación en el Estado de origen; de que sean tenidos en cuenta los deseos y opiniones del menor; y finalmente, de que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción han sido convenientemente asesoradas y debidamente informadas de las consecuencias de su consentimiento y de que éste ha sido prestado libremente, de forma legal, por escrito, y sin mediar ningún pago o compensación. Por su parte, el artículo 16 señala que la colocación del menor deberá realizarse siempre que obedezca al interés superior del menor, a la luz de los informes sobre los adoptantes y el adoptado, y teniéndose en cuenta las condiciones de educación del niño y su origen étnico, religioso y cultural.

A pesar de las buenas intenciones plasmadas en estas previsiones, es de reseñar que las autoridades españolas podrán muy difícilmente asegurarse de que, en todos los Estados de origen de los niños adoptados por nacionales o residentes en España, se respetan las exigencias básicas contenidas en el Convenio sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, tal y como ya ha destacado la doctrina²⁰⁴. En este sentido, resulta sintomático que el Convenio no haya sido ratificado por los países de los que provienen, en la actualidad, la mayoría de los menores extranjeros adoptados por nacionales o residentes en España. Según los datos proporcionados por el Ministerio de Sanidad y Política Social en 2009²⁰⁵, los cinco países de los procedían un mayor número de niños adoptados por españoles o residentes en España, eran Rusia, Etiopía, China, Vietnam y Co-

204. La dificultad de comprobar que las garantías indicadas son cumplidas en el Estado de origen del adoptando también se ponen de manifiesto en FERRANDIS TORRES, 2003, pp. 203-212.

205. Estadísticas de adopción internacional, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2010: accesible en: http://www.msps.es/politicaSocial/familiasInfancia/docs/definitivoEstadistica2005_09.pdf.

lombia. De estos Estados, tan sólo China (16 de septiembre de 2005), (Vietnam (1 de diciembre de 2011) y Colombia (13 de julio de 1998), han ratificado el Convenio, circunstancia que refleja, sin lugar a dudas, la escasa voluntad o la incapacidad de algunos Estados para adaptarse a las garantías mínimas previstas por el Convenio.

4.4. LOS MENORES PERTENECIENTES A GRUPOS DESAVENTAJADOS

4.4.1. Extranjeros

El artículo 22 CDN es el único precepto de la Convención que hace específica referencia a la cuestión migratoria en relación con los menores. Sin embargo, este precepto se centra en la situación jurídica de los menores refugiados o de aquellos que puedan acceder a este estatuto, no amparando estrictamente la situación de otros menores migrantes. La situación de estos últimos habrá de medirse en relación con el resto de los preceptos de la Convención, destacando especialmente la situación de los menores migrantes no acompañados, que será objeto de una referencia específica ya que estos menores se encuentran desprovistos de la protección de un adulto, lo que comporta obligaciones especiales para las autoridades públicas, tal y como ha destacado el propio Comité de Derechos del Niño en una de sus Observaciones Generales²⁰⁶.

A. Derechos fundamentales de los menores extranjeros: una aproximación general

La definición del estatuto jurídico de los menores de edad extranjeros debe partir de lo previsto en el artículo 2 CDN; precepto por el que los Estados parte de la CDN se comprometen a respetar y asegurar la aplicación de los derechos reconocidos en la CDN a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna por razón de su origen nacional. La lectura de este precepto permite establecer una distinción relevante entre adultos y menores extranjeros, de forma que cabe afirmar que todos los menores extranjeros a los que resulte de aplicación la CDN, independientemente de su situación legal, han de verse reconocidos los derechos contenidos en la CDN en las mismas condiciones que los menores nacionales.

En este sentido, procede una lectura de la Constitución española que distinga entre menores y adultos extranjeros. Si bien el artículo 13.1 CE y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sostienen la posibilidad de establecer diferencias en la titularidad y el ejercicio de algunos de los

206. Comité de Derechos del Niño, Observación general n° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

derechos reconocidos en el Título I en relación con los extranjeros²⁰⁷. Tales diferencias de trato no parecen factibles en relación con los derechos reconocidos por la CDN a los menores de edad extranjeros.

En esta clave hay que leer las referencias específicas a ciertos derechos de los menores extranjeros que realizan tanto la LE, recientemente modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de enero, como la LOPJM. Ambas normas hacen específica referencia al derecho de los menores extranjeros a la educación y a la asistencia sanitaria en los términos que ahora estudiaremos. Además, haremos referencia a la regulación de la reagrupación familiar de los menores de edad extranjeros con sus familiares residentes en España, por la especial trascendencia que tiene esta cuestión desde el punto de vista del derecho a la vida familiar de estos menores.

En relación con el derecho a la educación, los menores extranjeros, cualquiera que sea su situación legal, se ven reconocido el derecho a acceder a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.1 LE). En la misma línea, el legislador español ha modificado recientemente el artículo 9 LE, a fin de prever que los menores de dieciocho años extranjeros podrán acceder también a la educación postobligatoria en las mismas condiciones que los españoles²⁰⁸. La normativa española se adecua así a la normativa internacional en la materia, que no sólo reconoce el derecho del niño a la educación básica, sino también la obligación de las autoridades públicas de hacer que todos los niños tengan acceso a la enseñanza secundaria [art. 28.1.b) CDN] y a la enseñanza superior [art. 28.1.c) CDN], sin discriminación alguna por razón de su origen nacional (art. 2 CDN).

Por su parte, el derecho a la asistencia sanitaria se reconoce a los menores extranjeros que se encuentren en España en las mismas condiciones que a los españoles y sin necesidad de estar empadronados en el municipio en el que residan habitualmente (art. 12.3 LE)²⁰⁹. A pesar de la amplitud de este

207. En este sentido: SSTC 107/1984, 115/1987, 94/1993, 174/1999 y 236/2007.

208. La modificación se ha producido por LO 2/2009. La anterior versión de la Ley 4/2000 exigía que los menores fueran residentes legales en España para poder acceder a la educación no obligatoria. Sin embargo, el Tribunal Constitucional (SSTC 236/2007 y 262/2007) consideró inconstitucional la exigencia de residencia legal a la que hacía referencia la anterior versión de la Ley.

209. Este precepto extiende el derecho recogido en el art. 10.3 LOPJM, que parece reconocer el derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos a los menores extranjeros que residieran legalmente en España, y a los menores extranjeros que se encontraran en una situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

reconocimiento, varias organizaciones no gubernamentales²¹⁰ y el propio Comité de Derechos del Niño²¹¹, han destacado que los menores extranjeros no acompañados, cuya residencia en centros de acogida suele ser inestable durante largos períodos de tiempo, carecían de la tarjeta sanitaria correspondiente, con la consecuente limitación de su acceso al sistema sanitario público.

Finalmente, una última cuestión que resulta interesante desde el punto de vista de los derechos fundamentales de los menores extranjeros es la regulación legal de la reagrupación familiar. La legislación española de extranjería regula el derecho de un extranjero residente legal en nuestro país a reagrupar a ciertos familiares, principalmente, en los artículos 16 y siguientes LE y 52 y siguientes del RE, recientemente aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril²¹². Esta regulación legal podría vulnerar el derecho a la vida familiar de los menores extranjeros si fuera demasiado restrictiva en cuanto a la edad o al procedimiento por el que el menor puede llegar a convivir con sus progenitores en nuestro país. Sin embargo, ese no parece ser el caso, en la medida en que, según el artículo 17 LE, los residentes legales a los que se aplica el régimen general de extranjería pueden reagrupar, por lo que aquí interesa, a sus hijos y a los de su cónyuge, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con alguna discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a sus problemas de salud. El residente en España será el que deberá iniciar el procedimiento a seguir para la reagrupación familiar (art. 18 bis LE), y sólo podrá hacerlo cuando haya obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, y aporte prueba de que dispone de una vivienda adecuada y medios de vida suficientes para atender a las necesidades de su familia una vez que se haya producido la reagrupación (art. 18 LE).

A pesar de que la regulación legal de la reagrupación familiar afecta a uno de los derechos reconocidos en el CEDH, el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), entendido como el derecho de los miembros de una familia

210. En este sentido: Informe «Menores no acompañados: Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España». Save the Children, 2002-2003, pp. 15-16.

211. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185.

212. Es de destacar que se hace referencia únicamente a la regulación de la reagrupación familiar en el régimen general de extranjería, regulado por la LE. Sin embargo, existen regímenes de extranjería específicos aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (RD 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) y a los asilados (Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria).

a permanecer unidos, la legislación española parece adaptarse bien a las exigencias plasmadas al respecto en la jurisprudencia del TEDH²¹³ y del TJUE²¹⁴, ya que estos tribunales han admitido restricciones más relevantes a la reagrupación familiar de los menores de edad de las que contempla la legislación española, como por ejemplo, la posibilidad de impedir la reagrupación del menor de más de doce años si no cumple ciertos criterios de integración; o la exigencia de que las solicitudes de reagrupación de los menores se presenten antes de los quince años de edad²¹⁵.

B. Los menores extranjeros no acompañados: la imposición de un especial deber de protección a las autoridades públicas

Los menores extranjeros no acompañados son definidos como los nacionales de un tercer país o apátridas, menores de dieciocho años, que llegan al territorio de un Estado sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres²¹⁶. La situación legal de estos menores varía sustancialmente de los menores extranjeros que viajan acompañados de un adulto en la medida en que los primeros se hallan desprovistos de toda protección, imponiéndose a los Estados obligaciones adicionales, derivadas de la situación de desprotección en la que se encuentra el menor, tal y como propone el artículo 22 CDN en relación con los menores refugiados que no son acompañados por ningún adulto. En la misma línea, los Estados habrán de facilitar la reagrupación de estos niños con sus familias, tal y como exige el artículo 22 CDN en relación con los menores refugiados que no sean acompañados por un adulto, al señalar que

213. STEDH *Sen* contra Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001, entre otras. Para un análisis detallado de la jurisprudencia del TEDH en relación con la vida familiar de los extranjeros, SANTOLAYA MACHETTI, 2004.

214. STJCE *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, de 27 de junio de 2006.

215. En este sentido, STJCE *Parlamento Europeo c. Consejo de la Unión Europea*, de 27 de junio de 2006.

216. Esta definición aparece recogida en: Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado; Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; Comité de Derechos del Niño, Observación general n° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, párr. 7-9, que establece una diferencia, no obstante, entre menores no acompañados, que serían los indicados, y menores separados, que son aquellos que se encuentran separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los Estados cooperarán a fin de localizar a los progenitores u otros miembros de la familia de los niños refugiados o que soliciten ese estatuto.

La Observación general del Comité de Derechos del Niño sobre los menores no acompañados o separados de su familia²¹⁷ resulta ilustrativa a la hora de definir en qué consisten exactamente las obligaciones que se imponen a los Estados parte en razón de la especial situación de desprotección de estos menores. Tal y como veremos, la legislación española se adapta razonablemente bien a esas exigencias, aunque no parece ocurrir lo mismo con la práctica de nuestras autoridades; lo que resulta especialmente preocupante no sólo por la especial situación de desprotección en la que se encuentra este colectivo, sino también por el aumento creciente de la inmigración de menores extranjeros no acompañados hacia nuestro país desde los años noventa y hasta el año 2004, fecha en que parece haberse producido un descenso notable de ese tipo de inmigración, según datos aportados por la Red Europea de Migraciones²¹⁸.

Según la Observación general del Comité de Derechos del Niño sobre los menores no acompañados o separados de su familia, los Estados que son destino de inmigración de menores extranjeros no acompañados asumen, como primera obligación, la de realizar una evaluación inicial de los menores no acompañados que lleguen a sus fronteras a fin de determinar si son efectivamente menores²¹⁹ y si no están acompañados; registrar al menor, incorporando a su expediente todos los datos referidos a su identidad, la identidad de sus familiares, razones por las que está separado de su familia, salud, y

217. Comité de Derechos del Niño, Observación general n° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6.

218. Informe «La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. España». Red Europea de Migraciones, junio 2009, Anexo I.

219. Sobre la determinación de la edad, tanto el Comité de Derechos del Niño como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados han reseñado que esa valoración, en caso de ser necesaria, no sólo debería tener en cuenta la apariencia física del menor, sino también su madurez psicológica. Además, ambos organismos destacan que cuando se utilicen procedimientos científicos para determinar la edad, éstos deberán ser seguros y respetar los derechos y la dignidad del niño y deberán tenerse en cuenta los resultados en consideración de los márgenes de error de los mismos. Finalmente, en caso de existir duda sobre la minoridad de la persona, deberá concederse el beneficio de la duda al menor. Ver en este sentido: Comité de Derechos del Niño, Observación general n° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, párr. 31; ACNUR, Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados solicitantes de asilo, 1997, párr. 5.11.

toda la información que permita determinar si puede ser necesario otorgarle algún estatuto de protección internacional; proporcionarle documentos personales de identidad; comenzar la localización de sus familiares de forma inmediata; y nombrarle un tutor o asesor que desempeñe su función hasta su mayoría de edad.

En línea con estas previsiones, el artículo 35 LE prevé que una vez que las Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda fijarse con seguridad, los servicios de protección de menores competentes le dispensarán la atención inmediata necesaria y se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá sobre la determinación de la edad del niño, para lo que intervendrán las instituciones sanitarias oportunas. En principio, estas actuaciones deberán permitir determinar la condición de menor de edad de la persona correspondiente a través de pruebas médicas que respeten sus derechos fundamentales. No obstante, varias fuentes²²⁰ han destacado que el procedimiento utilizado por las autoridades españolas para determinar la edad de estos menores tiene un margen de error excesivo –en torno a 18 meses–, de modo que las autoridades deberán tener en cuenta ese margen de error a fin de no incumplir las obligaciones que parecen derivarse de la CDN, tal y como exige, de hecho, el nuevo artículo 190 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

En relación con esta fase de acogida, el RE prevé la existencia de un registro en el que deberán constar una serie de datos personales y familiares de los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en nuestro país (art. 215) y la LE atribuye a las Fuerzas de Seguridad del Estado la obligación de adoptar las medidas necesarias para identificar a los menores y conocer los datos que pudieran constar sobre ellos en alguna institución nacional o extranjera (art. 35.10 LE). En la misma línea, la LE atribuye a la Administración del Estado la obligación de solicitar a la representación diplomática de su país información sobre las circunstancias familiares del menor, a fin de determinar si procede o no la repatriación a su país de origen (art. 35.5 LE). En principio, estas actuaciones deberían permitir la identificación del menor de edad, la determinación de sus circunstancias

220. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 59; Informe anual del Defensor del Pueblo, 2008, pp. 381 y ss.; Informe «La política de acogida, repatriación y acuerdos para la integración de los menores extranjeros no acompañados. España». Red Europea de Migraciones, junio 2009, p. 36; Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Anteproyecto de LO de reforma de la LE, p. 44; RUIZ LEGAZPI, 2004, pp. 157 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

personales y familiares, su registro en una base única para todo el Estado español y, finalmente, la determinación de si procede o no la reagrupación familiar del menor. Sin embargo, algunos informes²²¹ han destacado que parece dudoso que las representaciones diplomáticas de ciertos países puedan proporcionar información fidedigna sobre la situación de los menores de edad que sean nacionales suyos, de modo que cabría pensar que podrán darse casos en los que se carezca de información cabal sobre la situación personal y familiar del menor.

En cuanto a la obligación que señala el Comité de Derechos del Niño de nombrar un tutor o asesor a los menores extranjeros no acompañados y de proporcionarles documentos de identidad, es de destacar que la LE prevé que una vez comprobada la minoría de edad del extranjero localizado por las autoridades españolas, el menor será puesto a disposición de los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente (art. 35.4 LE). En principio, esta afirmación no fue interpretada por las autoridades públicas españolas en el sentido de que procedía el reconocimiento de la situación de desamparo del menor y, por tanto, la asunción de la tutela por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente²²². Sin embargo, la interpretación de la norma que se ha asentado parece adecuar la legislación española a lo exigido por los organismos internacionales, al considerar que los menores extranjeros no acompañados se encuentran en una evidente situación de desamparo, por lo que las Comunidades Autónomas han de asumir su tutela legal, en virtud de lo previsto en el artículo 172 del CC²²³, y ello a pesar de la reticencia que se observa todavía en algunas de ellas a aplicar el citado precepto a los menores extranjeros no acompañados²²⁴. Es de indicar, no obstante, que la nueva redacción dada al artículo 35.11 LE prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas o el Estado establez-

221. Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Anteproyecto de LO de reforma de la LE, p. 46.

222. La Instrucción 3/2003 de la Fiscalía General del Estado sobre retorno de menores extranjeros en quienes no concurra la situación de desamparo, entendió, inicialmente, que los menores extranjeros no acompañados no eran menores en situación de desamparo ya que se habían emancipado de hecho al abandonar a su familia y emprender el viaje hacia España. Una crítica a esta concepción inicial la encontramos en ARCE JIMÉNEZ, 2006, pp. 125-129.

223. Este precepto define qué debe entenderse por desamparo, tal y como ya quedó reseñado. Esta definición parece aplicable, desde luego, a los menores extranjeros, tal y como ha destacado la Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, e Informes del Defensor del Pueblo (*Informe 2008*, pp. 410 y ss., entre otros), en los que se considera a los menores extranjeros no acompañados menores en situación de desamparo y se apoya, por tanto, su tratamiento jurídico como tales.

224. DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 382 y ss.

can convenios con organizaciones no gubernamentales dedicadas a la protección de los menores para que sean éstas las que asuman la tutela ordinaria de ciertos menores extranjeros no acompañados; previsión que, en principio, no parece contradecir las indicaciones del Comité de Derechos del Niño, siempre que la entidad tutora respete el conjunto de derechos fundamentales del menor.

En relación con la obligación que incumbe a los Estados de proporcionar documentos de identidad a los menores extranjeros no acompañados que lleguen al país, es de destacar que el artículo 35.7 LE prevé que la residencia de un menor tutelado por una Administración pública u otra entidad debe considerarse regular a todos los efectos. No obstante, sólo procederá la concesión al menor de una autorización de residencia en España a solicitud del organismo que ejerza la tutela y una vez que se haya acreditado la imposibilidad de repatriar al menor a su país de origen o con su familia; aunque una vez concedida la autorización, sus efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiera sido puesto a disposición del servicio de protección de menores correspondiente. Aunque parecería más adecuado que se concediera al menor la autorización de residencia desde el momento en que pasa a disposición de los servicios de protección de menores competentes²²⁵, el verdadero problema de esta compleja disposición es que numerosos informes del Comité de Derechos del Niño²²⁶, el Defensor del Pueblo español²²⁷, *Human Rights Watch*²²⁸, *Save the Children*²²⁹ y la Comisión Española de Ayuda al Refugiado²³⁰, ponen de manifiesto que muchos menores extranjeros tutelados por una Administración pública española no obtienen una autorización de residencia mientras permanecen bajo la tutela de la Administración correspondiente, en muchas ocasiones, porque esa Administración nunca solicita tal autorización. Estos Informes señalan así el incumplimiento de un deber legal que corresponde a las Administraciones españolas tutoras legales

225. En este sentido: Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Anteproyecto de LO de reforma de la LE, pp. 46-47.
226. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 59.
227. En este sentido, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 384 y ss., e *Informe 2007*, pp. 482 y ss.
228. Informe «Responsabilidades no bienvenidas: España no protege los derechos de los menores extranjeros no acompañados en las Islas Canarias», *Human Rights Watch*, julio de 2007, pp. 43 y ss.
229. Informe «Menores no acompañados: Informe sobre la situación de los menores no acompañados en España», *Save the Children*, 2002-2003, pp. 18 y ss.
230. *La situación de los refugiados en España. Informe 2007*. Informe elaborado por CEAR, 2007, pp. 148 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de estos menores; administraciones que, en virtud, de lo previsto en el artículo 269 CC, están obligadas a velar por su tutelado.

Otra obligación que la CDN impone a los Estados parte en relación con los menores extranjeros no acompañados se relaciona con su libertad personal, en la medida en que se exige a los Estados que eviten la reclusión de estos menores en un centro de internamiento por su sola condición de menores extranjeros no acompañados. En caso de que la privación de libertad se justifique en otras razones, deberán respetarse todas las garantías incluidas en el artículo 37 CDN, esto es, la privación de libertad sólo será posible en los casos previstos legalmente, como medida de última *ratio* y por el período más breve que proceda. Además, las condiciones en que puede producirse la privación de libertad son también concretadas por el Comité de Derechos del Niño a la luz de lo previsto en el artículo 37 CDN, que señala que el centro en el que se recluya al menor deberá ser adecuado para éste, deberá asegurar que menores y adultos se hallen separados, que los menores reciben la asistencia necesaria, especialmente en lo que se refiere a la salud y a la asistencia jurídica, y que tienen acceso a la educación y también a períodos de esparcimiento y juego²³¹.

La legislación española se adecua perfectamente a estas exigencias, en la medida en que, como ha quedado indicado, los menores extranjeros no acompañados son puestos a disposición de los servicios de protección de menores competentes, de modo que serán atendidos en los centros de protección de menores con los que cuentan los servicios de cada Comunidad Autónoma. No obstante, es de destacar que varios Informes del Defensor del Pueblo²³² y del Comité de Derechos del Niño²³³ señalan las carencias y la excesiva ocupación de algunos de estos centros, especialmente de los situados

231. En línea con estas exigencias parece situarse una relevante sentencia del TEDH, en la que el tribunal analizaba, entre otras cuestiones, las condiciones en que una menor extranjera no acompañada había sido recluida en un centro de internamiento para extranjeros en Bélgica. En el *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica, de 12 de octubre de 2006, el TEDH condenaba al Estado belga por haber retenido a una menor no acompañada que contaba con apenas cinco años de edad en un centro de detención para adultos durante un período de dos meses, sin designar a personas específicas para que se ocuparan de ella, y sin que personal cualificado le proporcionara atención psicológica o educativa de ningún tipo. El TEDH destacaba la extrema vulnerabilidad de la menor y subrayaba que su condición de menor debía prevalecer sobre su condición de inmigrante irregular, de forma que la privación de libertad en un centro como el indicado y sin las atenciones adecuadas violaba los arts. 3 y 5 CEDH.

232. En este sentido, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 394 y ss. e *Informe 2007*, pp. 490 y ss.

233. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 59.

en las Comunidades Autónomas más afectadas por el aumento de la presión migratoria, como son Canarias y Ceuta y Melilla.

Además de las obligaciones indicadas, que se imponen a los Estados parte en razón de la especial situación de desprotección de los menores extranjeros no acompañados, los Estados parte de la CDN habrán de facilitar la reagrupación de los menores extranjeros no acompañados con sus familias, tal y como parece sugerir el artículo 22 CDN y ha destacado el Comité de Derechos del Niño²³⁴. El Comité ha reseñado, en este sentido, que los Estados han de buscar una solución duradera a las necesidades de protección de estos menores y que esa solución debe pasar, al menos en un primer momento, por el intento de reunificación del menor con su familia biológica. Según el Comité de Derechos del Niño, ese primer paso viene exigido por el reconocimiento del derecho a la vida familiar del menor (art. 9 CDN), que impondrá a los Estados la obligación de procurar por todos los medios a su alcance que el menor se reúna con sus padres, salvo cuando su interés superior imponga una solución diferente²³⁵. A fin de valorar los casos en los que el interés superior del menor propugna la reagrupación con su familia en el país de origen, el Comité de Derechos del Niño propone tener en cuenta: las condiciones de seguridad personal y pública que encontrará el menor en el país de origen; la existencia de mecanismos para la atención individual del menor; las opiniones del menor; el nivel de integración del menor en el Estado de acogida; el derecho del menor a preservar todos los elementos de su identidad; y la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño. Sin embargo, se insta a los Estados a no tener en cuenta argumentos basados en el control migratorio, sino sólo los referidos al superior interés y la plena realización de los derechos del niño, subrayándose especialmente que el retorno del menor a su país de origen deberá efectuarse en condiciones seguras²³⁶.

234. Comité de Derechos del Niño, Observación general n° 6 (2005), Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, 1 de septiembre de 2005, CRC/GC/2005/6, pars. 81 y ss.

235. *Ibidem*, pars. 79 y ss.

236. Sobre esta última cuestión, hay que destacar nuevamente el pronunciamiento del TEDH en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica, de 12 de octubre de 2006, en el que el tribunal también analizaba las condiciones en que se produjo la repatriación de una menor de cinco años de edad que viajaba sin la compañía de un adulto hacia el Congo (lugar en el que, además, no residía su madre, sino sólo parientes lejanos): la menor fue devuelta a su país de origen sin ser acompañada de ningún adulto, a pesar de su temprana edad, y las autoridades belgas no se aseguraron de que un adulto recibiera a la menor una vez que ésta llegara al Congo, limitándose a informar a un tío de la menor y a las autoridades del país de su llegada, pero sin recibir por parte de éstas ninguna seguridad de que se harían cargo de la menor, lo que de hecho produjo que la menor tuviera que esperar seis horas en el aeropuerto de Kinshasa hasta que las autoridades del país

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La normativa española en la materia parece adecuarse bien a estas exigencias. La regulación española referida al tratamiento de los menores extranjeros no acompañados parte de la necesidad de reagrupar a estos menores en origen, esto es, con su familia o a su país, siempre y cuando esa reagrupación respete el principio del interés superior del menor. Tan sólo cuando sea imposible la reagrupación familiar del menor se resolverá sobre su permanencia en España. En este sentido, el art. 35.8 LE prevé que, en cualquier momento, incluso después de que el menor haya recibido la autorización de residencia a la que tiene derecho, la Administración General del Estado podrá iniciar un procedimiento para repatriar al menor a su país de origen o a aquel en el que se encuentren sus familiares. Según el artículo 35.5 LE, la repatriación se efectuará previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, y tras haber oído al menor si tiene juicio suficiente, y sólo se llevará a cabo si se dan las condiciones para la efectiva repatriación del menor con su familia o para la adecuada tutela del menor por parte de los servicios de protección de menores del país de origen; exigencias que parecen garantizar el respeto de los derechos del menor y su seguridad. No obstante, las salvaguardas legales no parecen haber conseguido evitar que varias sentencias de nuestros tribunales²³⁷, el Comité de Derechos del Niño²³⁸, informes del Defensor del Pueblo español²³⁹, e información proporcionada por varias organizaciones no gubernamentales²⁴⁰, hayan denunciado que algunas repatriaciones de menores extranjeros no acompañados que están llevando a cabo las autoridades españolas no están contando con las garantías legales previstas, convirtiéndose en una especie

de origen se hicieron cargo de la situación. Según el TEDH, las condiciones en que se produjo la repatriación de la menor eran completamente insuficientes desde la perspectiva del CEDH, de modo que el Estado belga incumplió las obligaciones positivas de protección de la menor que le imponían tanto el art. 3 como el 8 CEDH.

237. Entre otras, TSJ de Madrid, Sentencia n° 1531/2009, de 16 de julio (JUR 2009, 455221); TSJ de Andalucía, Sentencia n° 2492/2008, de 16 de octubre (JUR 2009, 51555); TSJ de Madrid, Sentencia n° 1529/2008, de 2 de octubre (JUR 2009, 27456); TSJ de Andalucía, Sentencia n° 2362/2008, de 23 de septiembre (JUR 2009, 8935).
238. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185, pp. 10-11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 59.
239. En este sentido, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, pp. 389 y ss. e *Informe 2007*, pp. 486 y ss.
240. Nota de prensa: *Amnistía Internacional denuncia expulsiones encubiertas de menores no acompañados*, 25 de octubre de 2007; Nota de prensa: *Save the Children manifiesta su preocupación respecto a la repatriación de menores extranjeros no acompañados*, de 18 de julio de 2007; Informe de CEAR sobre *La situación de los refugiados en España. Informe 2007*, pp. 156 y ss.

de procedimiento sumario de expulsión de menores que no respeta el principio del interés superior del niño.

4.4.2. Situaciones de discapacidad

El artículo 23 CDN reconoce el derecho de los niños mental o físicamente impedidos a disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, les permitan llegar a bastarse por sí mismos y faciliten su participación activa en la comunidad. Este precepto reconoce así una serie de derechos a los menores discapacitados, con el objeto de incluirlos plenamente en la sociedad; finalidad perseguida por otros instrumentos internacionales que se ocupan de la cuestión, en concreto, los artículos 15 de la CSE, 26 CDF y, especialmente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada en el seno de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006²⁴¹.

A fin de aplicar estos preceptos, parece necesario definir, en primer lugar, quienes son menores discapacitados, pudiéndose acudir a lo previsto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en virtud de la cual consideraríamos discapacitados a aquellos menores que «tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás» (art. 1).

En relación con los menores discapacitados y teniendo en cuenta los textos indicados, la primera obligación que se impone a los Estados es la prohibición de toda discriminación basada en la situación de discapacidad del menor, tal y como recoge expresamente el artículo 2 CDN y el artículo 7 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que imponen a los Estados parte el deber de garantizar a los menores discapacitados el acceso a los derechos fundamentales y las libertades públicas sin ningún tipo de discriminación. Sin embargo, la garantía de ausencia de discriminación no es suficiente, tal y como se deduce de lo previsto en el artículo 23 CDN. Este precepto reconoce el derecho de los menores discapacitados a recibir cuidados especiales, así como la obligación de los Estados parte de asegurar la prestación a esos menores de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él. La asistencia que se preste deberá ir dirigida, en todo caso, a asegurar que el menor discapacitado tenga acceso efectivo a

241. Ratificada por España por Instrumento de ratificación 23 de noviembre de 2007, BOE n° 96, de 21 de abril de 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento. Se imponen a los Estados, por tanto, una serie de obligaciones positivas, específicamente referidas al sector educativo, sanitario, al recreo de los menores y a su futuro profesional²⁴².

En relación con el acceso a los sistemas de salud, el Comité de Derechos del Niño ha destacado que los Estados deben facilitar el acceso de los menores a este sistema y que deben prever programas de atención de la salud específicamente dirigidos a los menores discapacitados y que se dirijan a la prevención, la detección precoz de la discapacidad, y la intervención temprana, incluidos el tratamiento y la rehabilitación, que habrán de permitir a los menores con alguna discapacidad desarrollar al máximo sus posibilidades mediante el uso de prótesis, anteojos, aparatos auditivos y otros elementos adecuados²⁴³.

En el ámbito educativo y de la formación profesional, el Comité de Derechos del Niño ha destacado que los Estados deben favorecer la integración temprana de los menores discapacitados en el sistema escolar, ya que ésta es especialmente relevante en el caso de estos menores, permitiéndoles desarrollar con mayor solvencia todas sus potencialidades. Los Estados deberán asegurar, además, que se eliminan aquellas barreras que pueden impedir el acceso de los menores discapacitados al sistema educativo y que éstos accedan a la educación superior en las mismas condiciones que los menores no discapacitados. Además, se hace especial hincapié en el carácter inclusivo de la educación que han de recibir estos menores, en línea con lo previsto en el artículo 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: se debe asegurar que los menores discapacitados no queden excluidos del sistema educativo general por su discapacidad, aunque puedan requerir atención personalizada y profesorado especialmente cualificado. Por lo que se refiere a la preparación para su inserción laboral, es de destacar que el Comité de Derechos del Niño ha hecho referencia a la necesidad de que los Estados introduzcan en los programas de estudios materias que preparen para el acceso al mercado laboral en una edad temprana y que impongan como obligatoria la formación profesional para los niños discapacitados incluso más allá de la edad de enseñanza obligatoria a fin de garantizar su acceso al mercado laboral con ciertas garantías²⁴⁴.

242. En este sentido: Comité de Derechos del Niño, Observación general n° 9 (2006), Los derechos de los niños con discapacidad. CRC/C/GC/9, de 27 de febrero de 2007, pars. 8-16.

243. *Ibidem*, pars. 51-61.

244. *Ibidem*, pars. 62-69.

En lo que se refiere al recreo y el juego, el Comité de Derechos del Niño destaca que las actividades recreativas y de ocio tienen especial importancia para los niños discapacitados en cuanto les permiten desarrollar ciertas capacidades, en particular habilidades sociales. De este modo, los Estados deben garantizar que los menores discapacitados tengan igual acceso a actividades culturales, artísticas y deportivas²⁴⁵.

Finalmente, hay que destacar que parece imposible garantizar la plena inserción de los discapacitados, sean éstos menores o no, en la sociedad, sin una política dirigida a eliminar todas las barreras que les impiden participar plenamente en la vida comunitaria. En este sentido, el artículo 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad impone a los Estados parte la obligación de adoptar medidas para garantizar el acceso de las personas con discapacidad al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. En línea con lo previsto en esta última Convención, el Comité de Derechos del Niño destacaba que los Estados parte de la CDN debían garantizar el acceso de los menores discapacitados a la información y las comunicaciones, así como al transporte público y otras instalaciones, en particular los edificios públicos, los centros de salud, las escuelas y las zonas comerciales²⁴⁶.

En España, la protección de los discapacitados parte, con carácter general, de lo previsto en el artículo 49 CE, que con cierta indefinición, parece exigir de los poderes públicos españoles, la existencia de una política dirigida a la prevención, el tratamiento, la rehabilitación y la integración de los disminuidos. El contenido de esa política parece quedar en manos del legislador, cuya intervención también parece necesaria para definir el alcance de las otras dos obligaciones que se derivan del mismo precepto, esto es, la obligación de prestar a los disminuidos la atención especializada que requieran y la obligación de ampararlos a fin de que disfruten de los derechos fundamentales que el texto constitucional les reconoce. En un terreno más concreto, el artículo 49 CE ha sido llevado a la práctica, esencialmente, a través de tres normas estatales, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal, y Atención a las Personas en situación de dependencia, dirigidas a arbitrar mecanismos que hagan efectiva la prevención, el tratamiento, la

245. *Ibidem*, pars. 70-72.

246. *Ibidem*, pars. 37-40.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rehabilitación y la integración de los disminuidos, a garantizar su derecho a la igualdad de oportunidades, y a garantizar su acceso a ciertas prestaciones y servicios sociales necesarios para procurarles una correcta atención.

A pesar de la intención de la legislación española, la realidad es que un estudio del Instituto Nacional de Estadística²⁴⁷ y algunos informes elaborados por el Comité Español de Representantes de Minusválidos (CERMI)²⁴⁸ revelan la existencia de notables deficiencias en la accesibilidad de lugares y transportes públicos y en la accesibilidad de viviendas y edificios privados²⁴⁹, así como la carencia de una oferta de ocio variada y razonable que permita a las personas con discapacidad entablar nuevas relaciones y tener acceso a actividades artísticas, culturales y deportivas²⁵⁰. Sin embargo, los mismos informes arrojan datos positivos en lo que se refiere a la discriminación de las personas con discapacidad²⁵¹ y al acceso a servicios sociosanitarios, en la medida en que el acceso a estos últimos ha ascendido de forma considerable desde los años noventa, aunque en relación con ciertos servicios sociales muchos de los asistidos han tenido que pagar cierta parte del servicio²⁵². En

247. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 2008. Es interesante contrastar los datos de la encuesta de 2008 con la realizada por la misma institución en el año 1999 (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 1999).

248. Informe «Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2008», CERMI, 2009; Informe «Los jóvenes con discapacidad en España. Informe de situación 2010», CERMI, 2010.

249. Según el INE (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 2008), la mitad de las personas con discapacidad que residen en España señala que tiene problemas para desplazarse por la calle y más de la mitad declaran tener dificultades para poder desenvolverse de forma normal en su vivienda o edificio.

250. Según el INE (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 2008), el 76 % de las personas con discapacidad dedica su tiempo libre a ver la televisión, mientras que tan sólo un 28 % lo dedican a realizar ejercicio físico. También recoge datos semejantes el Informe «Los jóvenes con discapacidad en España. Informe de situación 2010», CERMI, 2010, pp. 100 y ss.

251. Según el INE (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 2008), tan sólo el 1,2 % de las personas con discapacidad que viven en España dice sufrir discriminación por ese motivo de forma constante, aunque ese porcentaje aumenta notablemente si nos referimos a aquellos que dicen haber sufrido discriminación de forma ocasional. También en ese sentido, ver el Informe «Los jóvenes con discapacidad en España. Informe de situación 2010», CERMI, 2010, pp. 104 y ss.

252. Según el INE (Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 2008), han recibido servicios sociosanitarios unas 500.000 personas con discapacidad más que en 1999, fecha en que se realizó la última encuesta sobre la materia; aunque también se destaca que una de cada tres personas ha pagado en parte o totalmente algunos de esos servicios.

relación con el acceso al sistema educativo, cuestión de gran trascendencia desde el punto de vista de los menores de edad, es de destacar un dato positivo: según el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2008, el 97,2 % de los menores que sufría alguna discapacidad estaban escolarizados, permaneciendo la mayoría de ellos en centros ordinarios (78,1 %). Sin embargo, el dato negativo se obtiene a la hora de comparar el nivel de estudios alcanzados por los menores que tienen algún tipo de discapacidad y el resto de la población, en la medida en que los primeros suelen tener unas tasas de fracaso notablemente mayores, siendo significativo el dato de aquellos que han acabado estudios universitarios: tan sólo el 10,5 % de las personas con discapacidad, frente al 24,1 % de los estudiantes que no tienen ningún tipo de discapacidad²⁵³; dato del que parece que podemos deducir que el proceso de integración de los menores con algún tipo de discapacidad en el sistema educativo español no está garantizado la igualdad de oportunidades de este colectivo.

4.4.3. Minorías étnicas y religiosas

En virtud de lo previsto por los artículos 2 y 30 CDN, los Estados asumen con respecto a los menores pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas y con respecto a los niños pertenecientes a pueblos indígenas, dos obligaciones esenciales. Por un lado, los Estados parte de la CDN están obligados a garantizar a esos menores, sin distinción alguna, los derechos reconocidos en la CDN (art. 2 CDN)²⁵⁴. Por otro lado, los Estados parte de la CDN asumen la obligación de no negar a los niños que pertenezcan a estos pueblos o minorías el derecho que les corresponde a tener su propia vida cultural, a profesar o practicar su propia religión o a emplear su propio idioma (art. 30 CDN).

La principal minoría étnica que existe en España es la gitana, minoría que comprende, en la actualidad y según datos facilitados por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, unos 650.000 individuos distribuidos por todo el territorio nacional²⁵⁵. La situación de los menores pertenecientes

253. Para una visión completa de estos datos, ver: Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. INE, 2008; Informe «Los jóvenes con discapacidad en España. Informe de situación 2010», CERMI, 2010, pp. 28 y ss.

254. En relación con esta obligación de no discriminación en lo que se refiere al derecho de los menores de edad de etnias minoritarias a acceder a la educación son de destacar dos sentencias notables del TEDH, en una de las cuáles se condena a la República Checa por discriminar de forma sistemática a los niños de etnia roma: STEDH *Orsus y otros c. Croacia*, de 17 de julio de 2008, y STEDH *D.H y otros c. República Checa*, de 13 de noviembre de 2007.

255. En este sentido, ver la página web del Ministerio: <http://www.msps.es/politicaSocial/inclusionSocial/poblacionGitana/home.htm>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a esta etnia residentes en nuestro país ha sido criticada por el Comité de Derechos del Niño²⁵⁶ que ha subrayado la difícil situación en la que viven estos menores y su acceso insuficiente al sistema educativo. Este déficit educativo viene corroborado por informes de fuentes diversas²⁵⁷, que ponen de manifiesto que, si bien el acceso a la educación primaria de los niños gitanos ha mejorado notablemente en los últimos tiempos, situándose en niveles cercanos al del resto de los menores residentes en España, su nivel de absentismo y, sobre todo, el porcentaje de menores gitanos que fracasan en sus estudios y los abandonan, incluso antes de terminar la secundaria, es notablemente superior al de la media.

El déficit educativo apuntado muy difícilmente puede considerarse compatible con las previsiones del artículo 2 CDN, en la medida en que este precepto impone, tal y como ya se ha indicado, que los Estados parte garantizan todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los menores sujetos a su jurisdicción, sin distinción alguna por motivo de origen nacional, étnico o social, por lo que aquí interesa. Entre los derechos reconocidos en la Convención, el artículo 28 reconoce el derecho del menor a la educación, y señala una serie de obligaciones impuestas a los Estados a fin de que ese derecho se ejerza progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades. Entre las obligaciones impuestas a los Estados parte de la CDN son de reseñar la obligación que tiene todo Estado miembro de fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella, hacer la enseñanza superior accesible a todos, hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educativas y adoptar las medidas necesarias para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar. La realidad de los datos estadísticos aportados sobre las tasas de absentismo, fracaso y abandono escolar de los menores gitanos parecen concluyentes a la hora de refle-

256. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 13 de junio de 2002, CRC/C/15/Add. 185, p. 12; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño sobre la situación en España, 3 de noviembre de 2010, CRC/C/ESP/3-4, p. 3.

257. *El acceso del alumnado gitano a la enseñanza secundaria. Resumen de resultados y primeras conclusiones*, Informe redactado por la Fundación Secretariado Gitano con el apoyo del Centro de Investigación y Documentación Educativa (CIDE) del Ministerio de Educación y Ciencia y el Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), publicado en la revista *Gitanos, Pensamiento y Cultura*, n° 34 y 35, junio de 2006, Madrid; *Evaluación de la normalización educativa del alumnado gitano en educación primaria*, Informe redactado por la Fundación Secretariado Gitano con el apoyo del Centro de Investigación y Documentación Educativa (CIDE) del Ministerio de Educación y Ciencia y UNICEF, publicado en la revista *Gitanos, Pensamiento y Cultura*, n° 11, octubre 2001, Madrid.

jar que el Estado español no está cumpliendo sus obligaciones en relación con esta parte de la población en la misma medida que en relación con la población mayoritaria.

A pesar de ello, son de destacar algunos proyectos específicamente dirigidos a mejorar la calidad de vida de los gitanos y favorecer su participación en la vida pública y social; proyectos que, en la mayoría de los casos, adoptan programas específicamente dirigidos a los niños gitanos. En este sentido, es de reseñar la adopción del Plan de Acción para el Desarrollo de la Población Gitana 2010-12, el Programa de desarrollo gitano, así como la creación del Consejo Estatal del Pueblo Gitano. El Plan de Acción para el Desarrollo de la Población Gitana 2010-12, aprobado por el Consejo de Ministros el 9 de abril de 2010, tiene como objetivo poner en marcha nuevas acciones dirigidas a conseguir la integración completa del colectivo gitano en la sociedad española, a través de la promoción de la igualdad de oportunidades de ese colectivo, su plena participación en la vida pública y su inclusión social. En el marco de ese programa, se han presentado varias acciones que tienen especial trascendencia para los niños gitanos, especialmente las referidas al ámbito educativo²⁵⁸. El Programa de desarrollo gitano, puesto en marcha en 1989, tiene como objeto el desarrollo de programas dirigidos a la inserción laboral y social del pueblo gitano en colaboración con las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales y las asociaciones representativas del colectivo²⁵⁹. En el marco de este proyecto, se han desarrollado programas específicamente dirigidos a los menores de esta etnia, como por ejemplo, programas de apoyo y control de la asistencia a clase, educación para la salud, asistencia social o formación para el empleo²⁶⁰. Es de destacar, no obstante, que no todas las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales participan en este programa, tal y como demuestra la Memoria de 2009²⁶¹, la última

258. El contenido completo de ese programa puede analizarse en la página Web del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad: <http://www.msps.es/politicaSocial/inclusionSocial/docs/planDefinitivoAccion.pdf>.

259. Este programa tiene su origen en una Proposición no de ley de 3 de octubre de 1985 sobre creación de un órgano administrativo de atención a la comunidad gitana y de un plan nacional de desarrollo gitano.

260. El contenido y el desarrollo del Programa de desarrollo gitano puede verse en la página web <http://www.msps.es/politicaSocial/inclusionSocial/poblacionGitana/programa-DesarrolloGitano/home.htm> del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y en el Informe presentado ante el Comité de Derechos del Niño por España el 1 de junio de 1999, CRC/C/70/Add.9.

261. La Memoria 2008 del programa es accesible en: http://www.msps.es/politicaSocial/inclusionSocial/poblacionGitana/docs/MEMORIA_GITANOS_2009.pdf. En esa Memoria se hace evidente que sólo una serie de Corporaciones Locales han hecho uso del programa y que Comunidades Autónomas como el País Vasco, Navarra, Islas Canarias y la Ciudad de Ceuta no participaron en él mismo.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

presentada por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, de forma que los potenciales efectos beneficiosos del mismo sólo se extienden a una parte de la comunidad gitana. Por otra parte, en 2005, se creó el Consejo Estatal del Pueblo Gitano²⁶², órgano colegiado de carácter consultivo y asesor, en el que representantes del movimiento asociativo gitano y de la Administración General del Estado²⁶³ participan y colaboran en el desarrollo de políticas de bienestar social basadas en la promoción integral de la población gitana.

También existen en nuestro país distintas minorías religiosas, minorías entre las que son de destacar los musulmanes²⁶⁴, los Testigos de Jehová²⁶⁵ y los protestantes²⁶⁶ por su carácter mayoritario²⁶⁷. Respecto de los menores pertenecientes a estas confesiones religiosas es de destacar que no se ha planteado hasta la fecha en España ningún problema educativo digno de mención. No obstante, sí se han planteado dos cuestiones de notoria relevancia, la problemática de las transfusiones sanguíneas a menores pertenecientes a los Testigos de Jehová y el problema de la asistencia al colegio con velo en relación con las menores de religión musulmana. La primera cuestión pone sobre la mesa un conflicto entre la libertad de religión, el derecho a la integridad física, y el derecho a la vida cuando la transfusión de sangre es la única vía para salvar la vida del menor. Este conflicto parece haber sido resuelto por nuestros tribunales a partir de la STC 154/2002, anteriormente analizada (*supra*, 3.2.1).

La segunda de las cuestiones planteadas surgió en España no hace mucho, en el año 2002, cuando una menor de trece años de religión musulmana

-
262. Real Decreto 891/2005, de 22 de julio, por el que se crea y regula el Consejo Estatal del Pueblo Gitano.
263. El Consejo Estatal del Pueblo Gitano está compuesto por un Presidente (uno de los Secretario/as de Estado del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), dos Vicepresidentes, un Secretario y 40 Vocales, de composición paritaria, siendo 20 de ellos representantes de distintos Ministerios y otros 20 representantes del movimiento asociativo gitano.
264. Según información recogida por la Unión de Comunidades Islámicas de España, el número de musulmanes residentes en España en 2008 superaba el millón: http://es.ucide.org/home/index.php?option=com_content&view=frontpage.
265. La página web internacional de los Testigos de Jehová recoge que más de cien mil personas pertenecen en la actualidad (2010) a esta Iglesia en España: http://www.watchtower.org/e/statistics/worldwide_report.htm.
266. Según información proporcionada por la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas Española, el número de protestantes residentes en España en la actualidad (2010) rondaría el millón doscientos mil: <http://www.ferede.org/general.php?pag=estad>.
267. Datos extraídos de encuestas realizadas por el Centro de Investigaciones Sociológicas: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2300_2319/Es2301-mar.pdf.

fue invitada a dejar el *hiyab* en la entrada del instituto público en el que estaba matriculada²⁶⁸. Este caso, resuelto gracias a la mediación de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid y al cambio de posición de la dirección del instituto, hizo saltar a la arena pública una cuestión compleja en la que se mezclan, según diversos puntos de vista, la libertad religiosa, la dignidad de la mujer, la no discriminación por razón de sexo y el carácter laico del Estado español. No obstante, esta cuestión permanece irresuelta en nuestro ordenamiento, en la medida en que no hay norma ni pronunciamiento judicial alguno que zanje la cuestión y que son, por tanto, los propios centros educativos los que deciden en uno u otro sentido. Es de reseñar, sin embargo, que esta cuestión comienza a debatirse en la arena política, habiéndose propuesto por algún partido político la restricción del uso del velo islámico en las escuelas públicas²⁶⁹ que parece, cuando menos, conflictiva desde el punto de vista de la libertad religiosa y de la jurisprudencia del TEDH²⁷⁰ sobre la cuestión.

268. Sobre este asunto: *Los casos de Fátima y Shaima en Madrid y en Girona*, en El País, 8 de febrero de 2008.

269. En este sentido: *Rajoy restringirá el uso del velo islámico. El PP sigue el modelo francés para «impedir que sea un elemento de discriminación»*, en El País, 8 de febrero de 2008.

270. En este sentido, resultan especialmente significativas las SSTEDH *Leyla Çahin* contra Turquía, de 29 de junio de 2004, y *Dogru* contra Francia, de 4 de diciembre de 2008, en las que el TEDH no consideraba que la prohibición de llevar velo islámico en la Universidad de Estambul y en un centro público de enseñanza francés fuera contraria a la libertad religiosa, reconocida en el art. 9 CEDH, pero en las que el TEDH se cuidaba mucho de encuadrar su decisión en las específicas características de los Estados turco y francés y en la relevancia que en ambos países tiene el principio de laicidad, como elemento clave para organizar las relaciones Iglesia-Estado. No obstante, en Estados en los que las relaciones Iglesia-Estado no aparecen tan fuertemente separadas como en los dos mencionados (véase el caso de España), la proporcionalidad de tal prohibición sería quizás discutible.

Capítulo XVI

Mujeres*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES Y TEXTO CONSTITUCIONAL

Partiendo de la referencia al constitucionalismo liberal, no ha existido ninguna constitución española, hasta la Constitución de la Segunda República de 1931, que haya incluido referencia alguna a la protección y garantía específica de las mujeres en relación a la igualdad y a la discriminación por razón de sexo quedando así la pertenencia al sexo femenino relegada a una ciudadanía vacía de contenido. La Constitución republicana supuso una importante innovación y avance al respecto al señalar en el artículo 25 que el sexo no podía ser fundamento de privilegio jurídico alguno. Del mismo modo, el artículo 36 hacía referencia a la igualdad en los derechos electorales. No obstante, como es sabido, la vigencia de este Texto constitucional fue limitada y, por lo tanto, la proyección práctica de tan evolucionadas premisas no tuvo posibilidad de aplicación a partir de las leyes del franquismo que supusieron una vuelta atrás en el reconocimiento de derechos en igualdad del hombre y de la mujer. Así, por ejemplo, el Fuero del Trabajo de 1938 afirmaba que el Estado libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica. La mayoría de edad de la mujer se fijó en los 25 años mientras que la del hombre estuvo en los 21 hasta la Ley 31/1972, de 22 de julio. La igualdad en el matrimonio entre los cónyuges sólo llegó con la Ley 14/1975, de 2 de mayo, y especialmente limitador se mostró el Derecho laboral con el acceso de las mujeres al mercado de trabajo. En este aspecto, por ejemplo, la Ley 56/1961, de 22 de julio, de derechos políticos, profesionales y de trabajo

* Por María MACÍAS JARA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mantuvo determinados empleos públicos reservados a la población masculina, como el caso de la judicatura.

Así, pues, tras las elecciones de junio de 1977, las Cortes Constituyentes tuvieron una composición predominantemente masculina lo que, junto al hecho de la escasa incidencia de las mujeres en las formaciones políticas, hizo que la influencia real y la participación de la población femenina en el Texto constitucional fuera, en gran medida, irrelevante. No obstante, la escasa presencia de las mujeres en las Cortes Constituyentes no tenía por qué, conforme a los principios de la representación, implicar una indiferencia hacia las cuestiones, problemáticas y reivindicaciones feministas, fundamentalmente vinculadas al papel de la mujer en la familia, el acceso y permanencia en el mercado de trabajo sin sufrir ningún tipo de discriminación, la participación social y política y, en general, la integración plena en la configuración de un nuevo Estado. Así las cosas, en la composición de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas que redactaría el Anteproyecto de Constitución hubo una sola mujer, M^a Teresa Revilla López mientras que la Ponencia, formada por siete miembros, conocidos coloquialmente como «padres de la Constitución», fue por completo masculina, excluyéndose, así, de la creación intelectual de la Constitución y, de algún modo, del origen del vigente Estado español, la visión femenina¹.

Al margen de todo ello, la Constitución Española de 1978, en relación a las Constituciones precedentes desde 1812 e, incluso, respecto a la Constitución de 1931 supuso un hito y un cambio radical en el reconocimiento de derechos en igualdad de la mujer y del hombre y también en su específica garantía y protección jurídico-constitucional.

A partir de una visión de conjunto de la Constitución Española, las menciones a la mujer en su articulado son más bien escasas. Sin embargo, el reconocimiento de la igualdad en el Texto Constitucional es más amplio, tanto desde su aplicación a derechos o situaciones jurídicas concretas como desde una perspectiva general. En el primer caso, pueden relacionarse los artículos 23.2, 31.1, 32.1, 35.1, 39.2, 49, 50, 68, 69 y 140. De entre ellos, sólo hacen referencia a la mujer, en el contexto de una relación concreta, como esposa y como madre, en los artículos 32.1 y 39.2 CE.

En cuanto a la igualdad, es sabido que en el Título Preliminar el artículo 1.1 CE la proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, mientras que el artículo 9.2 establece un mandato directo a los poderes públicos a fin de que éstos promuevan la igualdad y eliminen los

1. Sobre esta idea, VENTURA FRANCH, 1999, pp. 123 y ss. y RUBIO LLORENTE, 1993, p. 59.

obstáculos existentes en la realidad social imperante para que la igualdad sea plena y efectiva. Asimismo, encabezando el Capítulo segundo del Título primero se configura, en el primer inciso del artículo 14, un principio de igualdad ante la ley que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, representa un límite frente al legislador para que las normas no creen, entre los ciudadanos, situaciones discriminatorias o injustificadamente desiguales². Esto no significa que la igualdad sea identidad, sino que a supuestos similares habrá que aplicar consecuencias jurídicas similares y a supuestos distintos habrá que aplicar consecuencias jurídicas distintas de manera que no se prohíbe al legislador que no pueda establecer un trato desigual, sino que, si establece una diferenciación normativa, ésta sea objetiva, razonable y proporcional. Por otro lado, la igualdad en la ley también representa un derecho subjetivo capaz de accionar los mecanismos judiciales necesarios para restablecer la igualdad, en caso de que haya sido vulnerada (art. 53.1 CE). Finalmente, el primer inciso del artículo 14 CE también incluye la igualdad en la aplicación de la ley tanto por un mismo órgano judicial como entre distintos órganos judiciales, así como por órganos administrativos.

Ahora bien, como es sabido, el contenido del artículo 14 CE no se agota ahí, sino que continúa con un segundo inciso que establece una prohibición de discriminación, ya sea por causa de la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en razón de determinadas circunstancias especialmente odiosas por su naturaleza intrínseca al ser humano como la raza, o el género de las personas u otras de naturaleza análoga³. Asimismo, ha de entenderse que el artículo 14 CE también incluye un mandato antidiscriminatorio que implica la posibilidad de establecer un trato diferenciado cuyo objetivo es la igualdad misma por lo que es la necesidad de desigualar para igualar, en términos de justicia aristotélica, lo que justifica la diferencia. Así, el contenido del artículo 14 también incluye la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva que permitan cumplir con el principio de no discriminación y, en último término, con la igualdad real.

En el caso de la prohibición de discriminación por razón de sexo, se ha interpretado que este artículo, en el contexto de una sociedad que discrimina a las mujeres y no a los hombres en base a esta circunstancia: la pertenencia a un género, es un mecanismo de protección específica de la mujer⁴. Como se ha mencionado, en relación a los ámbitos donde la mujer ha sufrido y aún sufre discriminaciones, en un caso, por exclusión: el laboral, y en otro,

2. Por su carácter pionero, incluyendo los votos particulares, véase la STC 103/1983.

3. El Tribunal Constitucional se pronunció en este sentido sobre la discapacidad en la STC 269/1994.

4. Literalmente, RUBIO MARÍN, 1999, p. 4.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

por ser considerada como única responsable: el familiar, la CE contiene menciones específicas de no discriminación por razón de género en los artículos 32.1 y 35.1. En el caso del primero se observa por primera vez en el texto la palabra «mujer» al referirse a la celebración del matrimonio entre hombres y mujeres en condiciones de igualdad y el segundo se reconoce el derecho y el deber al trabajo sin que pueda darse discriminación por razón de sexo. Posteriormente, ya en el capítulo tercero dedicado a los Principios rectores de política social y económica encontramos la segunda referencia al término «mujer» en el contexto de la protección que merece en su papel de madre a través del artículo 39.2 CE.

Así, la CE ha otorgado una importancia notable a la igualdad pero, quizás, no en la misma medida a la protección de las mujeres como sujetos objeto de discriminaciones y desigualdades sociales en virtud de la pervivencia de estereotipos y roles históricamente arraigados que las han colocado en una situación de inferioridad social.

En todo caso, en tanto las mujeres no ejerzan plena y efectivamente todos y cada uno de los derechos que la CE les reconoce, los poderes públicos estarán obligados, en consecución de la igualdad, a adoptar las medidas de acción positiva que sean necesarias en cumplimiento del principio de no discriminación del artículo 14 CE. Desde esta perspectiva, la igualdad se configura, además de como un derecho subjetivo y un principio jurídico, como un derecho social para cuyo pleno ejercicio se hace necesaria la acción de los poderes públicos en aras del artículo 9.2 CE.

1.2. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

En relación a la discriminación contra las mujeres, REY MARTÍNEZ⁵ distinguió entre una inicial jurisprudencia constitucional que sólo llegó a admitir la existencia de discriminaciones directas⁶ y, después, indirectas en base al género de la persona, llamada jurisprudencia de equiparación, y otra que vendría a dar un paso más, quizás, introduciendo la legitimidad de las acciones positivas, llamada jurisprudencia de compensación.

Así, pues, en cuanto a la jurisprudencia de equiparación, se ha de señalar que la interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre

5. REY MARTÍNEZ, 1995, pp. 9 y ss.

6. Según la definición que propuso RUIZ MIGUEL (1996, p. 53), se entiende por discriminación una desigualdad especialmente caracterizada por la «naturaleza odiosa del perjuicio social descalificador, que tiende a tomar como objeto de persecución un rasgo físico o cuasi físico hasta afectar de manera gravísimamente injusta a la dignidad y, por tanto, a la igualdad más básica de los portadores del rasgo». Asimismo, RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1986, pp. 167 y ss., y SIERRA HERNANDEZ, 1999, p. 13.

el principio de no discriminación ha ido sufriendo cierta evolución. La inicial jurisprudencia constitucional venía realizando un mero examen de razonabilidad para admitir normativamente la existencia de un trato desigual, al tiempo que declaraba la prohibición absoluta del uso normativo de los rasgos mencionados en el artículo 14 CE. Ambas exigencias tenían su fundamento último en el genérico principio de igualdad. Esta interpretación rígida y formalista que se mantenía indiferente al factor del género como causa de discriminación se ha denominado *sex-blind* y venía a reducir el principio de discriminación por razón de sexo al mandato genérico de igualdad.

Así, por ejemplo, en este tipo de jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha resuelto casos sobre cuestiones como las denominadas cláusulas de celibato por las que se suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa del matrimonio⁷. También se han resuelto en esta etapa cuestiones relativas a discriminaciones directas en el acceso y en la permanencia en el trabajo como causa del embarazo⁸. Asimismo, se equiparó a hombres y a mujeres respecto de determinadas profesiones donde se tenía vedado el acceso a las mujeres, como es el caso de las fuerzas armadas o el trabajo en las minas⁹.

Más tarde, se incluyó en esta jurisprudencia de equiparación lo que podrían constituir discriminaciones indirectas a partir de la recepción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁰. Así pues, teniendo en consideración los componentes descritos en relación al concepto de discriminación, se viene distinguiendo entre discriminación directa y discriminación indirecta. La primera, como se ha apuntado, supone dispensar normativamente un trato diferente y perjudicial en función de un criterio o rasgo de la persona como es el género al que pertenece¹¹. Por

7. Sobre este caso, véase, en concreto, la STC 7/1983. Un recorrido por los casos más emblemáticos en REY MARTÍNEZ, 1995, pp. 12 y ss.
8. Por todas, véase, por el carácter conformador de la doctrina del Tribunal Constitucional, la STC 166/1988 y, más reciente, la STC 17/2007. Sobre la situación de despido por discriminación por embarazo de una trabajadora, SAN MARTÍN MAZZUCCONI, 2006, pp. 247-257.
9. Específicamente véanse las SSTC 216/1991 y 229/1992.
10. A partir del Tratado de Niza de 2009, TJUE. Véase la STJCE *Bilka* de 13 de mayo de 1986. En relación a la acogida de la doctrina del TJCE por el Tribunal Constitucional véanse las SSTC 145/1991 y 147/1995, en las que se recoge una pionera argumentación en torno a estos conceptos.
11. Así lo afirmó el Tribunal Constitucional en la STC 145/1991 (FJ 2), en el caso de limpiadoras y peones donde se estableció una diferencia de trato en base al género (sexo) al disponer distinto salario para un trabajo de igual valor. El Tribunal Constitucional distinguió entre la discriminación directa abierta y la encubierta o la oculta entendiendo que esta última el género no constituye la causa de la diferencia de trato explícitamente pero constituye el móvil por el que tuvo lugar la discriminación aunque la diferencia de trato aparezca revestida formalmente bajo una causa distinta.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

otro lado, la discriminación indirecta consiste en un tratamiento jurídico formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de un grupo determinado. Ambos conceptos fueron recogidos en la Ley 62/2003 sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social quedando así, por primera vez, definidos en una disposición legislativa nacional¹². Actualmente, la noción de discriminación directa e indirecta se incluye, junto al principio de igualdad de trato y de oportunidades, en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI)¹³.

Tras la jurisprudencia de equiparación, la denominada jurisprudencia de compensación se va a caracterizar no tanto por buscar una rigidez formal basada en el derecho a la igualdad, equiparando a hombres y a mujeres en derechos, sino basada en la búsqueda de la auténtica igualdad implicando la posibilidad de tener en consideración la realidad social para desigualar, si es preciso, en aras de la definitiva igualdad. Se está, por lo tanto, ante un cierto «derecho a la diferencia» que va a tener en consideración aquellos rasgos relativos al nacimiento, la ideología, la religión y, más tarde, el género de las personas para establecer diferencias de trato en consonancia con los distintos supuestos de hecho extraídos de la propia realidad social.

De estas y otras distinciones se ha ocupado, fundamentalmente, la doctrina laboralista. Véase, por todos, SÁEZ LARA, 1994, pp. 56 y ss.

12. Ley 62/2003. Únicamente son definidas en dicha disposición normativa la discriminación directa e indirecta junto con la igualdad de trato (art. 28) y la acción positiva (art. 30) por razón de raza o etnia, religión, discapacidad, edad y orientación sexual en tanto en cuanto la Ley tiene por misión, según el punto III de la Exposición de Motivos, trasponer las Directivas comunitarias sobre estas materias. Aun bajo esta causa de justificación, resulta algo incoherente o, cuanto menos, extraño respecto de la redacción del art. 14 CE y de los arts. 4 y 17 ET, no encontrar en esta Ley una mención al género como motivo de discriminación cuando, en Europa, es probablemente ésta, la causa con mayor y más arraigada tradición histórica en materia de desigualdad.
13. El art. 3 establece que «El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». El art. 6 define la discriminación directa por razón de sexo como «la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable». En el punto 2 define la discriminación indirecta por razón de sexo como «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

En el contexto de la jurisprudencia de compensación, en una primera etapa, el Tribunal Constitucional no distinguió entre el genérico principio de igualdad y el principio de no discriminación por causas especialmente odiosas, limitándose a establecer, conforme a criterios de razonabilidad, cuándo la diferencia entre hombres y mujeres estaba justificada sin atender al criterio del género u otras razones del artículo 14 CE, como causa de discriminación¹⁴. No obstante, se sientan sutilmente algunas bases para determinar un tipo de control más severo para aquellas diferencias que tengan causa en las razones establecidas en el artículo 14 CE como es el caso del género de las personas¹⁵.

Para detectar un cierto cambio en la jurisprudencia constitucional habrá que esperar al voto particular formulado por el Magistrado Rubio Llorente a la STC 103/1983¹⁶ que entendió, a nuestro parecer, con acierto, que la situación fáctica que vive la mujer resulta bien distinta a la que experimenta el hombre. En consecuencia, no es contrario al principio de igualdad ni, por ende, a la Constitución Española establecer tratos desiguales para situaciones de hecho distintas. Puede, por lo tanto, decirse que ya se apuntó aquí una inicial concepción de lo que se define como «acción positiva» al afirmar que «esta desigualdad "real y efectiva" debe de ser eliminada por el legislador pero es evidente que no se suprime por el simple procedimiento de ignorarla y se hace más dura mediante la anulación de normas cuya finalidad palmaria es la de compensarla».

Más tarde, el caso que marcó el abandono por el Tribunal Constitucional de un uso ambivalente del genérico principio de igualdad y de la prohibición de discriminación, tuvo lugar con la STC 128/1987¹⁷. El Tribunal Constitu-

14. Puede verse este argumento en la STC 22/1981, en la que el Tribunal Constitucional afirmó que «la igualdad es sólo violada si la desigualdad está provista de una justificación objetiva y razonable». Posteriormente, aunque manteniendo la premisa anterior, el Alto Tribunal comienza a introducir un matiz significativo en la STC 81/1982 (FJ 2) al establecer los términos en los que habría de realizarse la carga de la prueba en el caso en el que el factor diferencial respecto del principio de igualdad fuera uno de los que el art. 14 CE concreta para vetar y que puedan ser base de diferenciación, como el género.
15. Entre la doctrina, este tipo de control más severo ha recibido la denominación procedente del Tribunal Supremo norteamericano de «escrutinio estricto»: FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1993, pp. 160-161.
16. STC 103/1983.
17. STC 128/1987. Se ha apuntado que éste es un caso importante a partir del cual el Tribunal Constitucional ha tenido en consideración las causas de discriminación del art. 14 CE para valorar el caso. En este sentido, fue pionera la referida STC 103/1983, FJ 6 y pronunciamientos posteriores como los de las SSTC 166/1988, FJ 2; 145/1991, FJ 2; 216/1991, FJ 6; 229/1992, FJ 2; 126/1997, FJ 8; 200/2001, FJ 4 b), entre otras. *Vid.* REY MARTÍNEZ, 1995, pp. 36-37. En sentido similar, también FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1993, p. 164.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

cional reafirmó la naturaleza independiente del principio de no discriminación, en este caso, por razón de sexo, al poner de relieve la «tradicional situación de inferioridad de las mujeres». En segundo lugar, impuso un deber más allá de la mera no injerencia de los poderes públicos al considerar que, conforme a las exigencias del Estado social, existe la necesidad de que los poderes públicos promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva adoptando las «medidas encaminadas a eliminar situaciones de discriminación existentes»¹⁸. El Tribunal intentó establecer, en este punto, la diferencia entre las medidas de acción positiva para la igualdad, en este caso, entre hombres y mujeres, de las medidas paternalistas o falsamente protectoras que tienden a perpetuar los patrones sociales y estereotipos y, por consiguiente, la discriminación contra las mujeres¹⁹.

El Tribunal Constitucional reconoció, así, prematuramente, no sólo la posibilidad de diferenciar justificadamente, sino de favorecer al grupo discriminado socialmente y a las personas que lo componen para la consecución de la igualdad real. Esa acción de favorecimiento implica considerar la necesidad de adoptar medidas de acción positiva encaminadas a eliminar situaciones de discriminación existentes.

Finalmente, únicamente cabe apuntar que, pese a reconocer que la argumentación doctrinal mantenida por el Tribunal Constitucional en la STC 128/1987 y, en general, toda la jurisprudencia de compensación ha sido útil y necesaria en los inicios de la eliminación de la discriminación y la desigualdad injustificada contra las mujeres, en la actualidad, más allá de la mera compensación por discriminaciones pasadas, se ha de evolucionar hacia la consecución de la auténtica igualdad real como un derecho individual de hombres y mujeres ya que la estrategia de la compensación podría estar implicando una carga adicional sobre las mujeres al tiempo que perpetuando

-
18. STC 128/1987, FF JJ 5 y 7. En este sentido, REY MARTÍNEZ, 1995, p. 23. Más reservada sobre el avance que representa esta sentencia para la autonomía de la prohibición de discriminación respecto del principio de igualdad se muestra FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1993, p. 161. La autora manifiesta, no sin algo de razón, que «igualdad y discriminación, para el Tribunal Constitucional, sigue siendo una pareja de conceptos estrechamente unida, tanto que sólo los diferencia la intensidad del control en uno y otro caso, pero en modo alguno hay en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional indicios que permitan suponer que, en realidad, el sentido del mandato en ambos casos no es exactamente el mismo».
19. Sobre las medidas paternalistas o falsamente protectoras véase, fundamentalmente, la doctrina laboralista. Por todos, BALLESTER PASTOR, 1994, pp. 180 y ss. Y más reciente, con una amplia bibliografía, MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, 2004, es. pp. 15-25 y Capítulo I. Sobre la jurisprudencia constitucional al respecto, también, REY MARTÍNEZ, 1995, pp. 25-30.

estereotipos sociales y un reparto de papeles y tareas entre hombres y mujeres injustificado²⁰.

1.3. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.3.1. Legislación estatal

Como ya se ha señalado, la Constitución Española recoge el derecho a la igualdad en su artículo 14 («Los españoles son iguales ante la ley») a la vez que prohíbe la discriminación, entre otras condiciones, por el sexo («sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo») y, establece un mandato directo a los poderes públicos para la consecución de la igualdad real en el artículo 9.2 («Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»).

El principio de igualdad así considerado obliga a los poderes públicos a tratar igual a los iguales pero también a tratar desigual a quienes son, de hecho, desiguales, constituyendo la base legal para adoptar acciones positivas como aquel tratamiento normativo, formalmente desigual y favorable para las mujeres que tiene por objeto establecer una igualdad real y efectiva. Así, pues, la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres define, en el artículo 11, la acción positiva como «medidas específicas a favor de las mujeres que han de adoptar los poderes públicos con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionales en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

Así, se han adoptado diversas medidas de acción positiva y políticas públicas en aras de la efectividad de la igualdad. En función de la materia es de interés mencionar, en tema de Empleo y Relaciones laborales, en primer lugar, el Plan Nacional para el Empleo. En segundo lugar, el Estatuto de los Trabajadores, en la edición actualizada a 23 de abril de 2003, que estableció en el artículo 48.4, permisos de maternidad/paternidad en el supuesto de parto y adopciones²¹. En el artículo 37.4 ET se recoge el derecho al permiso de lactancia estableciendo que las trabajadoras, por lactancia de un hijo o

20. En este sentido, véanse las SSTSJ de Extremadura (Sala de lo Social), de 17 de julio, Recurso 479/2003, FJ 2 y de 16 de febrero de 2001, Recurso 48/2001, FJ 2.

21. En el caso de hijos e hijas prematuros/as, el art. 37.4 bis ET establece que en los casos de nacimientos de hijos o hijas prematuros/as que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante una hora.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

hija menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

En el caso de cuidado de personas dependientes, en el artículo 37.5 ET se establece que quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún o alguna menor de seis años o a una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con disminución proporcional del salario entre, un tercio y un máximo de la mitad de duración de aquella. En el caso de exámenes prenatales, en el artículo 37.3 ET y en el 26.5 LPRL se recoge el derecho de la trabajadora, previo aviso y justificación al empresario, a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y preparación al parto cuando éstos deban realizarse durante la jornada de trabajo. En las excedencias por cuidados de hijos, el Estatuto de los Trabajadores, recoge el derecho a la excedencia tanto por el cuidado de cada hijo como el supuesto de cuidados de familiares en el artículo 46.3. Se establece que los trabajadores y trabajadoras tendrán derecho a un período de excedencia no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo o hija, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa. En cuanto a excedencias por cuidados de familiares en el artículo anterior, también se establece el derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, a los trabajadores y trabajadoras para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. En permisos por circunstancias familiares, el artículo 37.3.a) ET establece que el trabajador o trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, quince días naturales en caso de matrimonio. Y en el artículo 37.3.b) del mismo texto legal se establece de la misma manera que el trabajador o trabajadora, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, dos días por nacimiento de hijo o hija o por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador o trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.

Respecto a la nulidad de despidos discriminatorios, se ha de tener en cuenta el artículo 55.5 del ET, especialmente en lo que se refiere al despido

en los casos de trabajadores y trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere el artículo 45 de esta Ley.

Finalmente, la LOI ha introducido novedades en lo que se refiere, entre otros muchos campos, a la ampliación del permiso por maternidad, la mejora de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, la protección de riesgo durante la lactancia con la correspondiente prestación económica, se flexibilizan los requisitos de cotización exigida para recibir la prestación de maternidad.

Por último, habría que tener en cuenta la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y, en cuanto a las prestaciones económicas de la Seguridad Social, por maternidad y riesgo durante el embarazo, el Real Decreto 1251/2001. Por nacimiento de tercer o sucesivos hijos e hijas, y por parto múltiple, el Real Decreto 1368/2000. Asimismo, se menciona la Bonificación de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento mediante Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre.

En cuanto a la prevención y al tratamiento de la violencia de género, es imprescindible señalar las medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género contempladas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, del mismo nombre. También, el Real Decreto 199/2006, de 17 de febrero, que modifica el Reglamento de ayudas a las víctimas de los delitos violentos y contra la libertad sexual para evitar que figuren como beneficiario legal las personas condenadas por el asesinato de su cónyuge o pareja. Es de interés también la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer prevista en la LOVG y regulada por el Real Decreto 237/2005, de 4 de marzo, que establece su rango y funciones.

Se destaca, asimismo, la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer mediante el Real Decreto 233/2005, de 4 de marzo, dispone la programación para 2005 con fecha de entrada en funcionamiento de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer²².

22. ORDEN JUS/1037/2005, Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 25 de mayo de 2005 para que las Secciones Penales o Mixtas de las Audiencias Provinciales asuman con carácter exclusivo el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer. Acuerdo Complementario adoptado el 27 de abril de 2005, de compatibilización del conocimiento con carácter exclusivo de la materia relativa a la violencia sobre la mujer con el resto de las materias correspondientes al orden civil y penal en determinados Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción. Acuerdo Reglamentario 1/2005, por el que se modifica el Reglamento 5/1995, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Asimismo, se estableció la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica por la Ley 27/2003, de 31 de julio, así como las Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual a través de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba su Reglamento, la Orden JUS/2912005, de 10 de febrero, que regula la concesión de una subvención destinada a prestar asistencia psicológica en las Oficinas de Asistencia a las Víctimas dependientes del Ministerio de Justicia, el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo, que regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, el Real Decreto 513/2005, de 9 de mayo, que modifica el Real Decreto 355/2004, por el que se regula el Registro central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica. Finalmente, es importante mencionar la Declaración del 25 de noviembre como día para combatir la violencia contra las mujeres establecido mediante la Orden de 17 de mayo de 1999.

Respecto a la Conciliación de la vida laboral y personal, es imprescindible señalar la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. También, la Orden APU/3902/2005, de 15 de diciembre, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos. Se incluyen medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como otras dirigidas a la protección integral contra la violencia de género. Especialmente innovador fue el Plan Concilia: Plan integral de conciliación de la vida personal y laboral en la Administración General del Estado que implica un paquete de medidas que recoge las iniciativas más avanzadas del sector público y privado sobre la cuestión.

Entre las medidas de Fomento de la Igualdad, cabe destacar entre las medidas de Impacto de Género, las establecidas para incorporar el impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno a través de la Ley 30/2003, de 13 de octubre.

Respecto de las medidas expresas para la Igualdad de Género, es importante mencionar el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado, aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 mediante la Orden APU/526/2005, de 7 de marzo. En la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, se pueden señalar las medidas para favorecer la incorporación y la integración de la mujer en las Fuerzas Armadas, adoptadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005 mediante la Orden DEF/524/2005, de 7 de marzo. También es de interés las medidas sobre la Denominación en Femenino, entre la que des-

taca la posibilidad de obtener el Título Académico con la denominación en femenino (diplomada, licenciada...). Y, en relación al apellido de la madre, cabe la posibilidad de poner como primer apellido el de la madre, al hijo o a la hija a partir de la Ley 40/1999, de 5 noviembre²³ y el Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero. De gran trascendencia en relación a las comunidades de inmigrantes ha sido las normas sobre Mutilación Genital Femenina recogidas en la Ley Orgánica de 8 de julio de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de mutilación genital femenina.

Finalmente, se creó el Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres mediante el Real Decreto 1686/2000, de 6 de octubre, entre otros como el Observatorio de violencia de género. La Ley de Igualdad 3/2007 dispone en el Título VIII la creación de una Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y de las Unidades de Igualdad en cada Ministerio. También se constituye un Consejo de participación de la mujer, como órgano colegiado para incentivar precisamente su participación institucional. En la actualidad, ha sido aprobado en pasado enero de 2011 el Anteproyecto de Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación²⁴, que pretende un tratamiento integral de las políticas sobre igualdad, no sólo las de género, sino respecto a alguna de las causas recogidas en el artículo 14 CE o análogas, incluyendo todos los conceptos de discriminación que han sido recogidos en el Derecho de la Unión Europea así como la edad y la discapacidad como causas de discriminación. Se contempla la creación de un órgano independiente para investigar y ejercitar acciones judiciales en defensa de la igualdad de trato y establece un sistema de sanciones graduales en función de situaciones de discriminación múltiple, entre otras medidas.

1.3.2. Legislación Autonómica

En el ámbito de la Legislación autonómica, se han producido en múltiples ocasiones las medidas más pioneras e innovadoras en materia de igualdad entre hombres y mujeres. Las nuevas reformas estatutarias han dedicado una especial atención a los derechos sociales, enunciados por la CE como principios rectores de política social y económica, mostrando una mayor preocupación y compromiso por los colectivos más vulnerables, en especial,

23. En diciembre de 2010 se encuentra en trámite parlamentario un Proyecto de ley de Reforma del Registro civil que propone escoger el orden de los apellidos por lo progenitores y, en caso de desacuerdo o de falta de constancia, se establecería por orden alfabético.
24. http://www.migualdad.es/ss/Satellite?cid=1244651016096&cpagename=MinisterioIgualdad%2FPagina%2FMIGU_contenidoFinal.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a la igualdad de mujeres y hombres²⁵. Así, cabe destacar las siguientes iniciativas, acciones y políticas.

A. La igualdad de género en las últimas reformas estatutarias

En la *Comunidad de Valencia*, el nuevo EA fomenta la actuación y promoción de la Generalitat hacia la consecución de la igualdad entre los hombres y las mujeres en todos los ámbitos y, en especial, contra la violencia de género así como el empleo y la conciliación familiar y profesional. Se reconoce competencia exclusiva para la Generalitat en materia de promoción de la mujer (art. 49.26^a). Asimismo, cabe mencionar el actual Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2006-2009). Se realiza con el gran objetivo de introducir la perspectiva de género tanto en las políticas públicas abordadas por la Administración como en la actuación de los poderes públicos y la normativa aprobada. Posteriormente, el Plan se desarrolla por áreas de actuación como la participación de la mujer en la toma de decisiones; la imagen, medios de comunicación y nuevas tecnologías; la educación y promoción cultural; el empleo y economía social; la corresponsabilidad familiar y laboral; la salud integral de las mujeres; la inclusión social y la participación y cooperación. El seguimiento y evaluación de los Planes de Igualdad se realiza a través de la Comisión Interdepartamental de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.

También puede mencionarse el anterior III Plan para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres 2001-2004. De especial relevancia, es la Ley de igualdad, Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad de Oportunidades Mujeres y Hombres. Insiste en difuminar la línea marcada entre la esfera de lo público y de lo privado y de los campos reservados a las mujeres y a los hombres en virtud de estos parámetros. En el Preámbulo advierte del déficit inexplicable que mantienen las mujeres en la participación política lo que se aleja de la proporción que existe en la sociedad y del sistema democrático. Continúa estableciendo que «El concepto de democracia sólo adoptará un sentido real y dinámico, como corresponde a la expresión más acabada de esta forma de gobierno, cuando las orientaciones políticas sean definidas en común por mujeres y hombres teniendo en cuenta, de forma equitativa, los intereses y aptitudes de todas las personas». Para todo ello se insta a las administraciones públicas a impulsar los cambios necesarios estructurales e institucionales desde la «transversalidad de género». La acción para el aumento de la participación política de las mujeres se expresa en el articulado (Capítulo II) a modo de incentivos, estableciendo que se favorecerá la pre-

25. T. FREIXES SANJUÁN y J. SEVILLA MERINO (coords.), 2005.

sencia de la mujer en las candidaturas presentadas a las Corts Valencianes. Así, también dispone la Ley Valenciana que los medios de comunicación de titularidad pública, tendrán en cuenta en la disposición del tiempo gratuito las candidaturas con presencia equilibrada de mujeres y hombres. Asimismo, las subvenciones electorales se incrementarán en un 10 % para los escaños obtenidos por mujeres.

Entre la normativa aplicable, cabe señalar, en materia de violencia de género, el Decreto 94/2009, de 10 de julio, del Consell, de modificación del Decreto 52/2004, de 2 de abril, del Consell, por el que se creó el Foro de la Comunitat Valenciana contra la Violencia de Género y Personas Dependientes en el Ámbito de la Familia, competencias actualmente atribuidas a la Dirección General de Justicia y Menor de la Consellería de Justicia y Administraciones Públicas. Asimismo, el Decreto 74/2008, de 16 de mayo, del Consell, por el que se modifica el Decreto 20/2004, de 13 de febrero, del Consell, por el que se creó el Observatorio de Género de la Comunitat Valenciana. También se aprobó el Decreto 208/2009, de 13 de noviembre, del Consell, por el que se modifica el Decreto 143/2002, de 3 de septiembre, del Consell, por el que se creó la Comisión interdepartamental para Combatir la Violencia Doméstica en la Comunitat Valenciana. En otro ámbito, puede mencionarse el Decreto 64/2008, de 6 de mayo, del Consell, por el que se modifica el Decreto 232/1997, por el que se creó el Observatorio de Publicidad No Sexista de la Comunidad Valenciana.

En la Comunidad de *Cataluña*, el nuevo EA reconoce ya en el Preámbulo la importancia de la igualdad de derechos, hoy en especial, de la igualdad entre mujeres y hombres. Posteriormente, el artículo 4 señala la promoción de los valores de la equidad de género; el artículo 19 especifica los derechos de las mujeres al contemplar que las mujeres tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal y a vivir con dignidad y seguridad y autonomía, libres de explotación, malos tratos y todo tipo de discriminación. Asimismo, se reconoce el derecho a participar en los asuntos públicos y privados. También el artículo 40 pretende promover medidas económicas y normativas de apoyo familiar en garantía de la conciliación de la vida laboral y familiar. En el artículo 41 en conexión con el 153 vertebrada la perspectiva de género y la transversalidad en las políticas públicas. Finalmente el artículo 45 admite la posibilidad de adoptar medidas en el concreto ámbito laboral y el artículo 56 se refiere los criterios de paridad que ha de emplear la Ley Electoral para respetar la igualdad de mujeres y hombres en la elaboración de las listas electorales. Destaca el Plan de igualdad, el V Plan de Acción y Desarrollo de las políticas de mujer en Cataluña 2005-2007. También el Programa integral para abordar la violencia contra las mujeres 2005-2007 y la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Ley 8/2006, de 5 de julio, de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del personal al servicio de las administraciones. Y, finalmente, el Plan de Políticas de Mujeres 2008-2011.

En la Comunidad de *Baleares*, el nuevo EA establece en el Preámbulo, entre los valores a desarrollar la igualdad de derechos, especialmente, la igualdad entre hombres y mujeres. Entre los Derechos sociales, en el artículo 16.3 establece las Administraciones han de centrarse en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres en todos los ámbitos. Posteriormente, menciona el principio de no discriminación en relación con la libre personalidad, la dignidad y la autonomía. Asimismo, establece la participación plena de hombres y mujeres en todos los aspectos. Especialmente novedoso es el artículo 22 que recoge el derecho de acceso a una vivienda digna de mujeres maltratadas. Reconoce las competencias exclusivas en políticas de género y la Competencia de Consejos Insulares las políticas de género y la conciliación de la vida familiar y laboral de la Mujer. Se señala el III Plan de Actuaciones para la Igualdad entre hombres y Mujeres 2002-2005 y la Ley 6/2002 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Autónoma de las Illes Balears, en la que se establece la alternancia de sexos en las listas electorales con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad. Esta Ley también fue recurrida y su aplicación suspendida de forma cautelar por el Tribunal Constitucional en similares términos que la Ley manchega. Finalmente, la Ley de las Illes Ballears 12/2006, de 20 de septiembre, para la Mujer.

En la Comunidad Autónoma de *Andalucía*, el nuevo EA recoge entre los objetivos básicos de la Comunidad propiciar la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, la promoción de la democracia paritaria y la plena incorporación de aquella en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social (art. 10.2). Asimismo, en el art. 14 se recoge la prohibición de discriminación por razón de sexo así como la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas. Posteriormente, a lo largo del articulado, el Estatuto Andaluz representa uno de los, a nuestro juicio, más comprometidos en materia de igualdad de género puesto que se refiere a diversos ámbitos, como la protección contra la violencia de género (art. 16), la incorporación del valor igualdad entre hombres y mujeres en la educación (art. 21), la igualdad de género y el principio de presencia equilibrada, por ejemplo, en materia electoral (arts. 105; 107; 135). Y también se refiere a la igualdad de la mujer en el empleo (art. 167), la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (art. 168) o los medios audiovisuales (art. 208).

Han tenido lugar diferentes acciones en Andalucía. Por ejemplo, el II

Plan de Acción del Gobierno Andalúz contra la violencia hacia las mujeres 2001-2004; la Ley 10/1988, de 29 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1989. La Ley de Creación del Instituto Andalúz de la Mujer mediante y el Decreto 1/1989, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento del Instituto Andalúz de la Mujer, modificado por el Decreto 120/1997, de 22 de abril. La Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas de la Comunidad Autónoma Andaluza en la que se establece un informe de evaluación de impacto de género. La promoción de la igualdad de género también está presente en la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual y la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía para la composición y la observancia del impacto de género en los procedimientos de elaboración de reglamentos. La Comunidad Andaluza aprobó la Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modificó la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía, reformando el artículo 23.1. La redacción nueva estableció, en los mismos términos que hicieron las leyes balear y manchega, que «La presentación de candidaturas, en las que se alternarán hombres y mujeres, habrá de realizarse entre el decimoquinto y el vigésimo día posterior a la convocatoria, mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir en cada circunscripción y, además cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares». La Ley andaluza también fue recurrida por diputados y diputadas del Grupo Popular en el Congreso ante el Tribunal Constitucional. En mayo del 2007, la Comunidad Andaluza aprobó el Proyecto de Ley para la promoción de la Igualdad entre hombres y mujeres en el que incluye la mínima representación del 40 %.

Es de especial interés la Ley de 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, así como la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. La primera de ellas establece en su artículo 7, como uno de los elementos para alcanzar el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres y para eliminar la discriminación por razón de sexo, la elaboración de un Plan Estratégico de Igualdad de Mujeres y Hombres cada cuatro años.

Desde el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía se han realizado las actuaciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 12/2007, aprobando el I Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2010-2013 (IMHA). Este I Plan Estratégico tiene el propósito de incidir en las distintas dimensiones de la discriminación por

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

razón de sexo, tanto de carácter estructural como coyuntural, y pretende abordar de forma prioritaria la creación de condiciones y estructuras para que la igualdad de oportunidades entre las mujeres y hombres se convierta en una realidad en esta Comunidad Autónoma. El primer elemento imprescindible para la efectividad de este I Plan Estratégico, es la implicación y participación de todos los sectores de la sociedad andaluza, con el fin de que éste sea un instrumento cercano, útil y sobre todo que responda a las necesidades de la población, para así avanzar hacia el horizonte del logro de la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

En la Comunidad de *Aragón*, el nuevo EA recoge en el artículo 24 en relación a la protección personal y familiar el objetivo de garantizar la igualdad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos con atención especial a la educación, al acceso al empleo y las condiciones de trabajo. Especialmente interesante se perfila el artículo 30 en relación a la cultura de los valores democráticos donde se facilitará la protección de las víctimas de la violencia, en especial la de género y actos terroristas. Asimismo, reconoce competencias exclusivas en políticas de igualdad social lo que incluye la adopción de medidas que denomina de «discriminación positiva», ante todo tipo de violencia, en especial, la de género. Se aprobó el III Plan de Acción Positiva para las Mujeres de Aragón 2001-2004 y la Ley 4/2007, de 22 de marzo, de prevención y protección integral a las mujeres víctimas de violencia en Aragón. En la actualidad, se aprobó el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2008-2011 y el II Plan Integral para la Prevención y Erradicación de la violencia contra las mujeres en Aragón 2009-2012.

B. Otras Comunidades Autónomas

Hay otras Comunidades Autónomas que no han aprobado definitivamente recientes reformas estatutarias pero que han producido una importante legislación y otras políticas para la promoción de la igualdad de género.

En la Comunidad de *Castilla-La Mancha*, el EA estableció en el artículo 4.3 que la Junta de Comunidades propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer, promoviendo la plena incorporación de ésta a la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política. Asimismo, destaca el IV Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres 2004-2008, así como el Plan Estratégico para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla-La Mancha 2011-2016 y, particularmente, la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, que pretende como máximo objetivo hacer efectivo el principio de igualdad real entre hombres y mujeres. Para ello, la ley aborda de manera completa diversas áreas de especial incidencia como la violencia

de género, la conciliación laboral, el acoso sexual, el principio de presencia equilibrada, la publicidad y los medios de comunicación, entre otros.

En el ámbito del Empleo y Relaciones Laborales, figura el Plan Integrado de Empleo en colaboración con las Entidades Locales de Castilla-La Mancha implementado por la Orden de 2 de noviembre de 2005, de la Consejería de Trabajo y Empleo. También se fijaron las Bases reguladoras del cheque-empleo y subvenciones a la contratación de mujeres titulares de este título a través de la Orden de 8 de marzo de 2005, de la Consejería de Trabajo y Empleo. Igualmente, han afectado a la igualdad entre hombres y mujeres otras Convocatorias como la Convocatoria de subvenciones a las Entidades Locales de Castilla-La Mancha para la realización de acciones especiales de empleo mediante la Orden de 18 de abril de 2005, de la Consejería de Trabajo y Empleo y también la Convocatoria de ayudas para incentivar la contratación indefinida, y los contratos para la formación en actividades artesanales a través de la Orden de 7 de abril de 2005, de la Consejería de Trabajo y Empleo. Finalmente, la Convocatoria de subvenciones destinadas a la realización de Acciones de Orientación Profesional para el Empleo y la Asistencia para el Autoempleo se estableció mediante la Orden de 15 de abril de 2005, de la Consejería de Trabajo y Empleo.

En cuanto a la Prevención e Intervención ante la Violencia de Género, Castilla-La Mancha, ha contribuido a esta lucha a través de la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y Protección a las Mujeres Maltratadas. En este aspecto, ha sido una Comunidad pionera en garantizar por ley los derechos de la mujer ante una situación de maltrato suponiendo un paso firme para erradicar la violencia contra las mujeres en esta región. Este texto legal, que ha servido de referente para otras Administraciones, es la herramienta que a las mujeres castellano-manchegas les hace sentir más protegidas ante una situación de violencia, por razón de sexo, garantizándoles la posibilidad de iniciar una nueva vida a ellas ya sus hijos lejos del agresor. También se ha de señalar el Decreto 38/2002, de 12 de marzo, de las Consejerías de Bienestar Social e Industria y Trabajo, para la aplicación de la Ley 5/2001. Especialmente interesante es la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.

En relación a la Conciliación de la Vida Laboral y Personal se señalan las ayudas para conciliar la vida profesional y familiar entre los trabajadores, establecidas mediante la Orden de 10 de septiembre de 2002, de la Consejería de Industria y Trabajo. También pueden ser de interés la Convocatoria de subvenciones a entidades privadas para el mantenimiento de centros, servicios y desarrollo de actividades destinadas a infancia y familia fijadas mediante la Orden de 10 de diciembre de 2004, de la Consejería de Bienestar

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Social. Cabe destacar el Programa Kanguras, subvenciones a Ayuntamientos y Mancomunidades para la prestación de servicios de apoyo a las mujeres con personas dependientes a su cargo (menores, mayores, enfermas o con discapacidad). También se han de mencionar las ayudas a mujeres de Castilla-La Mancha para la obtención del permiso de conducción de vehículos de categoría B y el Programa de Acción Social (PAS), dirigido a los empleados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Incluye nuevas modalidades de ayudas como, por ejemplo, por enfermedad celíaca de los hijos o por estudios universitarios de los hijos menores de 24 años, por ascendiente a cargo.

En cuanto a medidas generales para el Fomento de la Igualdad se encuentran los principios de la política autonómica en favor de las mujeres contemplados en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha. Para la Defensa de la Igualdad de Géneros destaca la Ley 16/2001, de 20 de diciembre, del Defensor/a del Pueblo de Castilla-La Mancha. La creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha mediante la Ley 22/2002, de 21 de noviembre y la Organización y funciones del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha recogido en el Decreto 252/2003, de 29 de julio, y los Órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a través del Decreto 82/2004, de 11 de mayo.

Respecto a las listas electorales paritarias, Castilla-La Mancha fue pionera y se aprobó la Ley 11/2002, de 27 de junio, que modificó la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, que añadió un nuevo apartado 1 bis al artículo 23 dentro del Capítulo II dedicado a la «Presentación y Proclamación de candidatos» de la Ley autonómica. Se optó por introducir como modelo de paridad la alternancia en las listas electorales hasta el punto de establecer que los puestos pares serán para los de un sexo y los impares para el otro. A continuación, se expuso la sanción oportuna para el caso de incumplimiento, estableciendo que la Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes.

La aplicación de la ley fue suspendida de forma cautelar por el Tribunal Constitucional a partir de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno del Partido Popular en el año 2002 con base en las siguientes razones. En primer lugar, se consideró una violación competencial en el acceso a los cargos públicos conforme al artículo 149.1.1ª CE en tanto que sólo a las Cortes les corresponde la distribución de candidaturas por razón de género ya que su aplicación por las Comunidades Autónomas produciría desigualdades inadmisibles constitucionalmente. En segundo lugar, se consideró violada la reserva de ley orgánica en conexión con el motivo anterior,

de modo que se argumentó que un extremo tan importante para el régimen electoral general como es la paridad había de estimarse incluido en la materia de régimen electoral general reservada a Ley Orgánica. En tercer lugar, se refirió a la vulneración del artículo 14 CE y del artículo 23.2 CE en relación a los citados argumentos por los que se consideraba fragmentado el cuerpo electoral de aceptar la democracia paritaria en identificación de las mujeres con otras categorías sociales en contra de lo que dispone el artículo 68.5 CE sobre la unidad del pueblo español representada en la Cámara. Por último, también se consideró violado el artículo 6 CE en relación con el derecho de asociación del artículo 22.1 CE al considerar ineliminable la esfera de autodeterminación asociativa de los partidos políticos. El recurso fue desestimado por la STC 12/2008.

Merece la pena en este apartado matizar la cuestión sobre la supuesta falta de competencia de las Comunidades Autónomas para dictar leyes de este tipo. En este sentido se explica el profesor SALAZAR BENÍTEZ al afirmar que la adopción de cuotas electorales por las leyes autonómicas supondría aún menos problemas que su inclusión en la LOREG al encontrar apoyo en los Estatutos de Autonomía como sucede en el caso andaluz o también en el caso del Estatuto de Castilla-La Mancha cuyo artículo 4.3 obliga a propiciar la efectiva igualdad del hombre y la mujer y promover de un modo eficiente que las Cortes de la Región se integren de modo paritario por personas de ambos sexos. En este caso, el mandato contenido en el Estatuto de Castilla-La Mancha no podría obviarse por la Ley electoral de esta Comunidad Autónoma. En el caso de la Ley Electoral de Castilla-La Mancha se especificaron, en conexión con las necesidades de esta Comunidad Autónoma, algunas condiciones de elegibilidad así como causas de incompatibilidad sin que por ello se afectase al contenido básico del sufragio pasivo. Así, creemos acertada la afirmación de SALAZAR BENÍTEZ de que cualquier normativa electoral autonómica podría incluir unos determinados requisitos en la configuración de las listas puesto que, como se ha señalado, no se está, en ningún caso, afectando al contenido esencial del derecho fundamental, sino dibujando las mejores condiciones para su pleno ejercicio²⁶.

La Comunidad del *País Vasco* es especialmente activa en materia de igualdad de género. En el EA el artículo 9.2.d) establece que los poderes públicos adoptarán aquellas medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales. Y el artículo 10 recoge entre las

26. SALAZAR BENÍTEZ, 2001, p. 161. También, en el argumento competencial se extiende SEVILLA MERINO, 2004, pp. 108-112. En contra, ARCE JANÁRIZ, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

competencias exclusivas el desarrollo sobre la condición femenina. Entre otros instrumentos se señalan el Plan de igualdad, el III Plan de Acción positiva para las mujeres en la Comunidad Autónoma de Euskadi 1999-2005. El IV Plan para la Igualdad de Mujeres y Hombres, aprobado en septiembre del 2006, se caracteriza por ser un documento orientado principalmente a la planificación, gestión y evaluación. Pretende ser una herramienta que permita una mayor concreción de la orientación de las políticas de igualdad aumentando los ámbitos de actuación de las personas responsables de implantarlas e incrementando el desarrollo y operatividad de las estructuras y sistemas de gestión y coordinación. Finalmente, el V Plan para la Igualdad de Mujeres y Hombres se configura como un plan director, en tanto señala objetivos estratégicos y operativos que se consideran necesarios para el avance en el objetivo de la igualdad. Establece las líneas de intervención y directrices que deben orientar la actuación de los poderes públicos en materia de igualdad de mujeres y hombres en esta legislatura y para ello se indican cuáles son los cambios sociales que se consideran prioritarios para los próximos cuatro años. Los retos de cambio social propuestos para la IX Legislatura se ordenan en torno a tres ejes: Empoderamiento de las mujeres y cambio de valores; Organización social corresponsable y Violencia contra las mujeres.

En esta dinámica, Emakunde desde su I Plan de Acción Positiva para las Mujeres de la CAE, ha impulsado la participación laboral de las mujeres y la realización de actuaciones que favorezcan la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, si bien no será hasta el II PAPME cuando se plantee el desarrollo de acciones concretas que darán lugar en 1994 a la creación, mediante Decreto 424/94, de 8 de noviembre, de la figura de Entidad Colaboradora en Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres. Esta figura nace con el fin de incentivar las iniciativas que pudieran surgir en el ámbito sociolaboral en favor de la igualdad de oportunidades, así como de reconocer la labor realizada por las distintas entidades en dicho ámbito.

En razón de un articulado completo y comprometido para construir el camino hacia la igualdad efectiva, cabe destacar la Ley Vasca 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Resulta destacable el enunciado de estos ideales en la Exposición de motivos estableciendo un propósito de transformación de las estructuras sociales que siguen respondiendo a una jerarquización de las relaciones entre hombres y mujeres, así como la eliminación de estereotipos sociales que observan a las mujeres como objeto de múltiples discriminaciones. Para combatirlo, se insta a las políticas públicas transversales que erradiquen esta desigualdad en todos los ámbitos de actuación públicos y privados. La Ley Vasca pone especial énfasis en el necesario cambio de las mentalidades en los hombres para abordar

exitosamente estas prácticas para la igualdad²⁷. Especialmente ocurrente y comprometida se muestra la ley en el contenido de conceptos como el de acción positiva. Asimismo, da lugar a la creación de órganos como la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres tiene como objeto la defensa de las ciudadanas y ciudadanos ante situaciones de discriminación por razón de sexo y la promoción del cumplimiento del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sus instrumentos de actuación consisten en propuestas legislativas, recomendaciones o dictámenes. Entre estos últimos, por ejemplo, un informe elaborado el pasado año por la Defensoría de la Igualdad, certificó que de 323 sociedades gastronómicas analizadas de las 1.415 existentes en Euskadi, 189, casi el 60 %, no admiten a mujeres como socias, por lo que podrían estar atentando contra la legislación en esta materia, particularmente, la Ley de Igualdad 3/2007, y la Ley vasca de Igualdad de 2005, en las que se recoge de manera explícita la participación en términos de igualdad de hombres y mujeres en las festividades y en la cultura de sus pueblos.

En la Comunidad de *La Rioja*, el EA recoge la promoción de la igualdad efectiva. Se señala el II Plan Integral de la Mujer 2001-2004. En materia de Conciliación de la vida familiar y laboral la actividad ha sido importante. Así, por ejemplo, la Orden de 2 de marzo de 2004 de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas al programa de fomento del derecho de excedencia para el cuidado de hijos y sustitución de trabajadores en excedencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Orden de 22 de marzo de 2005 de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas al programa de fomento de la economía social en la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Resolución de 22 de marzo de 2005 del Presidente del Servicio Riojano de Empleo por la que se convocan ayudas al Programa de Fomento de la Economía Social, para el año 2005 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en aplicación de la Orden de 22 de marzo de 2005, de la Consejería de Hacienda y Empleo por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de dichas ayudas, la Orden de 25 de enero de 2005, de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas destinadas a promover la elaboración y puesta en marcha en empresas de planes de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación y la igualdad; la Resolución de 22 de marzo de 2005 del Presidente del Servicio Riojano de Empleo por la que se convocan, para el año 2005, ayudas destinadas a promover la elaboración y puesta en marcha,

27. Sobre estas cuestiones, SALAZAR BENÍTEZ, 2007, pp. 174 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en empresas y entidades privadas sin ánimo de lucro, de planes de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación y la igualdad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en aplicación de la Orden de 25 de enero de 2005, de la Consejería de Hacienda y Empleo por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de dichas ayudas.

En esta misma Comunidad, en materia de empleo, se menciona la Orden de 2 de marzo de 2004 de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas al programa de fomento del derecho de excedencia para el cuidado de hijos y sustitución de trabajadores en excedencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja; la Resolución de 25 de enero de 2005 del Presidente del Servicio Riojano de Empleo por la que se convocan subvenciones para la realización de acciones de Orientación para el Empleo y Asistencia para el Autoempleo, para el año 2005 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en aplicación de la Orden de 25 de enero de 2005 de la Consejería de Hacienda y Empleo por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de dichas subvenciones, la Orden de 25 de enero de 2005, de la Consejería de Hacienda y Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas destinadas a promover la elaboración y puesta en marcha en empresas de planes de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación y la igualdad, Resolución de 22 de marzo de 2005 del Presidente del Servicio Riojano de Empleo por la que se convocan, para el año 2005, ayudas destinadas a promover la elaboración y puesta en marcha, en empresas y entidades privadas sin ánimo de lucro, de planes de acción positiva para la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación y la igualdad en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en aplicación de la Orden de 25 de enero de 2005, de la Consejería de Hacienda y Empleo por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de dichas ayudas.

En materia de violencia, destaca el II Plan Integral contra la Violencia doméstica (2001/2004), incluido en el II Plan Integral de la Mujer, fue aprobado en Consejo de Gobierno del 28 de septiembre de 2001. Recoge y aglutina los objetivos medidas y organismos que intervienen en los diferentes sistemas de protección social, en el ámbito de las políticas de prevención y erradicación de la violencia doméstica.

En la Comunidad de *Canarias* el EA asume como principio rector de su política la promoción de las condiciones para el libre ejercicio de la igualdad de los individuos y los grupos en los que se integran. Se han aprobado varios planes de igualdad, entre los que destaca el II Plan Canario de Igualdad de

Oportunidades de las Mujeres, 1997-2000, III Plan Canario de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, 2003-2006. En materia de Violencia de Género, se aprobó la Ley 16/2003 de 8 de abril, de prevención y protección integral de las mujeres contra la violencia de género, el Programa Canario para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, 2002-2006. Y, entre otras medidas, la Ley de creación del Instituto Canario de la Mujer (ICM) y la Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres.

En la Comunidad de *Murcia*, el EA establece en el artículo 9 la promoción de la libertad y la igualdad efectiva y en el artículo 10 reconoce la competencia exclusiva en materia de promoción de la mujer. Asimismo, aprobó el III Plan de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres 2003-2005 y la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género de la Región de Murcia.

En la Comunidad de *Extremadura*, el EA establece la promoción de la igualdad efectiva, del pleno empleo de las mujeres y reconoce la competencia exclusiva en la promoción de la mujer en el desarrollo político, social, económico y cultural. Se aprobó el II Plan para la Igualdad de Oportunidades de las Mujeres de Extremadura 2000-2003, el III Plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en Extremadura 2006-2009 y la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

En la Comunidad de *Castilla y León*, el EA establece la promoción de la igualdad efectiva y la competencia exclusiva en la promoción de la igualdad de la mujer. Se ha de mencionar el III Plan Integral de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres 2001-2005, el IV Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres Castilla y León 2007-2011 y la Ley de igualdad 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en Castilla León que, en el Preámbulo y en el artículo 1, justifica su actuación, además de en los preceptos constitucionales aplicables, en el mandato incluido en el artículo 32.1.19ª EA, de promover integralmente la igualdad de la mujer mediante medidas de acción positiva.

En la Comunidad de *Madrid* el EA establece la promoción de la igualdad efectiva en el artículo 7 y reconoce la competencia exclusiva en promoción de la igualdad respecto a la mujer que garantice su participación libre y eficaz, en el desarrollo político, social, económico y cultural. Cabe destacar el IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2002-2005). También el Plan de Acción Integral contra la Violencia de Género

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

(2005-2008) y la Ley 27/2005, de 20 de diciembre, Integral contra la Violencia de Género de la Comunidad de Madrid.

En la Comunidad de *Asturias*, el EA se limita a procurar la igualdad efectiva y se aprobó el IV Plan de Acción Positiva para las mujeres en el principado de Asturias 2001-2005. Destaca la Ley 2/2011, de 11 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género.

En la Comunidad de *Cantabria*, el EA recoge la promoción de la igualdad efectiva y reconoce la competencia exclusiva en materia de igualdad de la mujer. Se aprobó el III Plan para de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Cantabria 2003-2006 y la Ley de Cantabria 1/2004, de Prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas.

En la Comunidad Foral de *Navarra*, la Ley Orgánica 13/1982 de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del régimen Foral de Navarra reconoce la competencia en materia de la condición femenina. Es de interés la Ley de igualdad: Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la Igualdad de oportunidades entre Mujeres y Hombres. También la Ley Foral 12/2003 de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista y el I Plan de igualdad de oportunidades para mujeres y hombres de la Comunidad Foral de Navarra 2006-2010.

En la Comunidad de *Galicia*, el EA recoge únicamente una genérica promoción de la igualdad efectiva y se aprobó el IV Plan de Igualdad de Oportunidades das Mulleres Galegas 2002-2005 y la Ley de igualdad 7/2004, de 16 de julio, gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres. También, la Ley 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia y la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

Por último, las Ciudades Autónomas de *Ceuta* y *Melilla*, recogen en sus respectivos Estatutos, del año 1995 la genérica promoción de la igualdad efectiva.

1.4. NORMATIVA INTERNACIONAL

En el plano internacional se van a adoptar los instrumentos más pioneros y relevantes tanto en el tiempo como en contenidos, en ocasiones, bastantes exhaustivos y comprometidos para la protección de la igualdad de hombres y mujeres, para la adopción de medidas de acción positiva y, en consecuencia, para el reconocimiento de la igualdad real como fin último.

También los textos internacionales han sido los precursores en reconocer que, en relación a la igualdad de género, era necesario acudir a las políticas públicas y también privadas, a todos los niveles y escalas, para que el cambio definitivo hacia la igualdad se pudiera realizar desde las estructuras con el fin de que fuera un cambio definitivo. En el intento de conseguir esta gran meta se definió el concepto de *mainstreaming* o perspectiva de género o transversalidad de las políticas de igualdad de género.

Finalmente, han sido las disposiciones internacionales las que han hecho hincapié en numerosas áreas de interés en las que se ha considerado que las mujeres han estado y aún están situadas en una relación de inferioridad, infravaloración, subordinación o infrarrepresentación respecto de los hombres. Por ello, el panorama internacional va a ser un referente para la consecución de la igualdad real de género.

1.4.1. El principio de igualdad en el Consejo de Europa

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) parte del postulado general de la igualdad de todos los seres humanos. De este modo, la igualdad viene reflejada en el artículo 14 CEDH y supone, por un lado, un trato igual reservado a individuos iguales e implica la existencia de una norma que prescribe la igualdad de trato. Por otro lado, incluye una prohibición de discriminación al establecer que «el disfrute de los derechos garantizados por el Convenio debe ser asegurado sin discriminación alguna»²⁸, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento u otra situación»²⁹.

La prohibición de discriminación, según el CEDH, no sólo considera discriminatorio el trato desigual que perjudique a una persona que está en una situación igual respecto de otra, sino que también proscribe cualquier

28. En la versión francesa aparece la expresión *sans distinction aucune* (sin distinción alguna), cuya literalidad podría utilizarse para afirmar genéricamente que el art. 14 CEDH prohíbe toda diferencia de trato y, aunque el TEDH ya se encargó de matizar esta cuestión en su Sentencia de 23 de julio de 1968 (*Régimen Lingüístico Belga*) al establecer en el ap. 1 que «el Convenio no prohíbe establecer diferencias legítimas en el goce de los derechos», se ha preferido reproducir la versión inglesa que contiene el término «discriminación» (que no distinción) para, precisamente, evitar interpretaciones inoportunas del tenor del precepto. Así el TEDH también lo ha puntualizado en la Sentencia de 27 de octubre de 1975 (*Sindicato Nacional de policía belga*), ap. 1.

29. La cláusula de apertura «u otra situación» supone que las causas de discriminación no constituyen una lista cerrada de motivos por lo que toda discriminación está prohibida sea cual sea el criterio que la produzca. STEDH de 8 de junio de 1976 (*Engel*). Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, 1989, pp. 176-177.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

situación en la que los Estados no hayan asegurado los derechos fundamentales incurriendo, finalmente, en discriminación lo que justifica la adopción de prácticas que eliminen la discriminación existente, en nuestro caso, por razón de sexo.

Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concretado que «el artículo 14 del Convenio tiene un marco autónomo: completa las otras normas de la Convención y es parte integrante de cada disposición garantizando derechos y libertades. Esta interpretación tiene por resultado transformar la obligación negativa de los Estados de no discriminar por una obligación positiva de asegurar un trato en la aplicación de los derechos garantizados en el Convenio y sus Protocolos»³⁰. Se atisba la necesidad, desde la perspectiva del CEDH, de incentivar a los Estados a una actuación positiva que implique la remoción de obstáculos y la eliminación de barreras en aras de la igualdad.

Asimismo, parece que la prohibición de discriminación que reconoce la Convención sólo se aplicaría a los derechos reconocidos en la misma. Pero, en este punto, tanto el Comité de Derechos Humanos como el artículo 1 del Protocolo n° 12, abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000, amplían el campo de aplicación del artículo 14 CEDH de manera que el citado precepto tiene la pretensión de anunciar una prohibición general de discriminación de todo derecho previsto por la ley y, en consecuencia, no sólo los del Convenio. Incluso, el Protocolo estaría consagrando una cierta igualdad real³¹.

Volviendo al contenido de la prohibición de discriminación, el CEDH no prohíbe diferencias objetiva y razonablemente justificadas que atiendan al principio de proporcionalidad ya que lo contrario supondría que ciertas desigualdades de hecho no podrían corregirse mediante diferencias de derechos o, en su caso, medidas de acción positiva. Así queda establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos según el cual, la noción de discriminación engloba los casos en los que el individuo o grupo recibe, sin justificación razonable, un trato menos favorable que otro.

Por lo tanto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos retuvo dos criterios acumulativos para la definición de discriminación. En primer lugar, una diferencia de trato en el ejercicio o la aplicación de un derecho reconocido y, en segundo lugar, una falta de justificación objetiva y razonable. Dicha justificación sería aquella que, según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, persigue un fin legítimo en una sociedad democrática.

30. STEDH de 23 de julio de 1968 (*Régimen Lingüístico Belga*), aps. 1 y 6. Vid. GOMIEN, HARRIS y ZWAAK, 1997, p. 373.

31. Así lo afirma CARMONA CUENCA, 2005, pp. 665 y ss. También comenta la autora que el Protocolo, en ampliación del CEDH, reconoce el genérico principio de igualdad.

tica y respeta una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido³². Argumentos todos ellos adoptados por el Tribunal Constitucional español en su jurisprudencia sobre igualdad.

Finalmente, considerando que el contenido del artículo 14 CEDH podría recoger un mandato a los Estados para que actúen positivamente en la eliminación de la discriminación por razón de sexo, parece deducirse una implícita inclinación en el mismo sentido a partir de la interpretación que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del artículo 14 en el año 2000 en el caso *Thlimmenos* contra Grecia, de 6 de abril. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos amplió el campo de aplicación de la prohibición de discriminación y reconoce una cierta noción de acción positiva al establecer que «el derecho a la no discriminación es igualmente transgredido cuando sin justificación objetiva y razonable los Estados no aplican un tratamiento diferente a personas que se hallen en situaciones distintas»³³.

1.4.2. La igualdad de género y la acción positiva en el seno de la ONU

A. En las principales Declaraciones de Derechos

En 1946, en el contexto de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco en 1945, se crea en Naciones Unidas la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, a partir de la cual, aparecen medidas e instrumentos que pretenden garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Para la defensa de los derechos humanos se proclama la DUDH de 1948, en la que se recogió de forma expresa la prohibición de discriminación por razón de sexo, entre otras causas y se enunció el principio de igualdad (arts. 2 y 7, respectivamente). Luego, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952³⁴ contempló su situación específica al expresar el deseo de poner en práctica la igualdad de derechos de hombres y mujeres (en los términos en los que ya se pronunció la Carta de Naciones Unidas) con el objetivo final de que la mujer pueda obtener el disfrute de sus derechos políticos en igualdad con el hombre. No obstante, pese a que la Convención fue precursora a la hora de declarar rotundamente la igualdad en materia de derechos políticos y a pesar de la intención de llevar a la

32. SUDRE, 2001, pp. 336-338.

33. STEDH de 6 de abril de 2000 (*Thlimmenos* contra Grecia), ap. 44; SUDRE, 2001, p. 335. También, en este sentido, CARMONA CUENCA, 2005, pp. 685-687. Aunque la autora concluye que en el Caso *Thlimmenos* no se analizaba un supuesto de acciones positivas y que esta línea de interpretación laxa del TEDH no ha tenido continuidad.

34. Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de 1952. Abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 640 (VII), de 20 de diciembre de 1952, en vigor el 7 de julio de 1954.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

práctica esta proclamación solemne de derechos, no se incluyó en ella mención alguna a las acciones o medidas que los Estados pudieran adoptar en cumplimiento de este texto.

Por otra parte, el PIDCP y el PIDESC de 1966 abogaron por la igualdad de derechos y la prohibición de discriminación. Además, se instó a los Estados a la adopción de las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, que lleven a buen término el cumplimiento de los derechos reconocidos en dichos Pactos. Finalmente, se ha de destacar, entre la amplia obra convencional de Naciones Unidas, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW).

Con el fin de facilitar y promover la aplicación de este elenco de Instrumentos por los Estados, es interesante poner de relieve, algunas de las Observaciones Generales que, sobre el tema que nos ocupa, han dictado los Comités para la vigilancia de la aplicación de los principales tratados internacionales (*supra*, V, 7.2.2). Así, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos (PIDCP) en su 37º período de sesiones (1989) recogió en la Observación General n° 18 la no discriminación junto a la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin discriminación como principio básico para la protección de los derechos humanos sin que ello suponga entender identidad de trato en todas las circunstancias y sin que toda diferencia de trato constituya una discriminación. Posteriormente, en el 68º período de sesiones (2000) la Observación General n° 28 se refirió concretamente a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres para lo que el Comité insta a los Estados a adoptar medidas que eliminen los obstáculos que se interponen en el igual goce de los derechos entre hombres y mujeres, así como erradicar las actitudes que mantienen arraigada la histórica y tradicional posición de inferioridad y subordinación de las mujeres.

Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puso en aviso, sucintamente, sobre la igualdad entre hombres y mujeres, las personas discapacitadas y la especial atención que deben mostrar los Estados por la igualdad de las mujeres en edad avanzada en sus Observaciones Generales n° 5 del 11º período de sesiones (1994) y n° 6 (1995), respectivamente.

También cabe señalar la Recomendación General XXV del 56º período de sesiones (2000) del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención de 1965 para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial) relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género. Esta Recomendación expuso que la discriminación racial no siempre afecta del mismo modo a hombres y a mujeres (agresiones sexuales, esterilización, etc.)³⁵.

35. Al respecto, se reproducen algunos apartados. «3. Reconociendo que algunas formas

Más reciente es interesante consultar la Recomendación General n° 20 del 42° período de sesiones (2009) del Comité de derechos económicos, sociales y culturales sobre no discriminación en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, en la que cabe destacar el concepto, entre otros de discriminación múltiple en el apartado 17³⁶. Es éste un concepto que implica la acumulación de causas de discriminación especialmente inherentes a la naturaleza humana y que recaen sobre una misma persona produciendo una suerte de espiral de la que resulta prácticamente imposible que ésta salga por sí solas³⁷.

B. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer

En el transcurso de las primeras Conferencias Mundiales se fue fraguando, a modo de reclamo, la necesidad de elaborar un texto o carta que introdujese los principales y más graves problemas a los que se enfrentaban las mujeres en los diferentes países. De esta carencia surge la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW).

La CEDAW consta de un preámbulo y de 30 artículos que propugnan la adopción de medidas por los Estados y determinados actores privados para conseguir la igualdad de la mujer en el ejercicio de todos los derechos y el consiguiente reconocimiento del principio de no discriminación. En estos términos se recogió en el artículo 1 de la CEDAW la definición de discriminación contra la mujer como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el

de discriminación racial repercuten únicamente sobre las mujeres, el Comité intentará tener en cuenta en su labor los factores genéricos o las cuestiones que puedan estar relacionadas con la discriminación racial [...]. 5. Como parte de la metodología para tener plenamente en cuenta las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, el Comité incluirá entre sus métodos de trabajo durante el período de sesiones un análisis de la relación entre la discriminación por razón de sexo y la discriminación racial [...] 6. [...] se solicita a los Estados Partes que describan, en la medida de lo posible en términos cuantitativos y cualitativos, los factores y las dificultades que se encuentran a la hora de asegurar que las mujeres disfruten en pie de igualdad y libres de discriminación racial los derechos protegidos por la Convención. Si los datos se clasifican por raza u origen étnico y se desglosan por género dentro de esos grupos raciales o étnicos, los Estados Partes y el Comité podrán determinar, comparar y tomar medidas para remediar las formas de discriminación racial contra la mujer que de otro modo podrían quedar ocultas e impunes».

36. En general, sobre la actividad de los Comités puede consultarse la página web <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/index.htm>.

37. Sobre este concepto, en la doctrina española, REY MARTÍNEZ, 2008, pp. 251-283. Asimismo, SALAZAR BENÍTEZ, 2010, p. 126.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

En seguimiento de esta premisa, los siguientes artículos se encargaron de establecer las pautas y las condiciones bajo las que los Estados han de actuar con el fin de eliminar la discriminación contra la mujer. De este modo, se instó a consagrar el principio de igualdad en los textos constitucionales, así como acomodar la legislación nacional a este principio. Asimismo, según establece la CEDAW, los Estados han de comprometerse a adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, que prohíban toda discriminación contra la mujer y aseguren su pleno desarrollo y, por ende, prever las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento.

La CEDAW va más allá de la mera adecuación de los ordenamientos al principio de igualdad al enunciar la posibilidad de que los Estados adopten medidas de acción positiva en cumplimiento del mandato de igualdad y no discriminación. En este sentido, el artículo 4 dispone que «la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañarán, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas. Estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato». En este punto, la Convención ya se ideó ambiciosa y pionera en la elaboración de un concepto de medidas de acción positiva, así como en la aplicación y el alcance de las mismas en diversos ámbitos como la política, la educación, el empleo, la cultura o la economía. Además, la CEDAW expone de forma contundente la necesidad de modificar los patrones socioculturales así como las prácticas tradicionales y las conductas entre hombres y mujeres a fin de eliminar los estereotipos, los prejuicios y las desigualdades que se escuden bajo la idea de inferioridad o exclusión del hombre o de la mujer.

A partir de estas cuestiones iniciales, la CEDAW anunció la necesidad y conveniencia de la adopción de las prácticas oportunas por los Estados en materias concretas como la violencia y la explotación de la mujer, el acceso al empleo, la igualdad en la educación y la igualdad en la vida política y pública nacional e internacional. Con todo ello, la CEDAW representa el primer instrumento que, con perspectiva de género, se configura en forma jurídicamente obligatoria para los Estados en la consecución de principios aceptados universalmente como es el principio de igualdad.

Asimismo, se ha de mencionar que, con la entrada en vigor de la CE-

DAW, quedó oficialmente establecido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, cuya función esencial reside en vigilar la aplicación de la Convención por los Estados Partes. Así, el artículo 17 CEDAW contempla la necesidad de que el Comité realice revisiones o controles a través de la presentación de informes periódicos por los Estados a fin de comprobar los progresos realizados en la aplicación de las disposiciones de la Convención.

En el contexto de estas declaraciones, se encomendó a la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer que examinara, con la mayor urgencia, la posibilidad de preparar un Protocolo Adicional de la CEDAW. La necesidad de este Protocolo Facultativo surge para reforzar la propia CEDAW, dadas las numerosas reservas que se han producido por muchos Estados y para mejorar e incrementar los mecanismos de protección, especialmente frágiles, contemplados en la CEDAW. Así, a partir de marzo de 1996, se consolida un grupo de trabajo cuyas tareas y discusiones desembocarían en la elaboración y adopción del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

El Protocolo Facultativo, en cuanto a que es un Tratado internacional en sí mismo, está abierto a la firma, adhesión y ratificación de los Estados miembros que son parte del Tratado principal. Por consiguiente, según dispone el artículo 1 del Protocolo, el Estado que ratifique el citado instrumento está reconociendo la competencia del Comité sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, para conocer y resolver las quejas presentadas por las personas que puedan considerarse víctimas de una vulneración por el Estado de un derecho enunciado en la CEDAW. Los objetivos por los que se ha procedido a la elaboración de este Protocolo Facultativo consisten, en primer lugar, en desarrollar y añadir mecanismos de protección de los derechos humanos de las mujeres. En segundo lugar, mejorar el entendimiento de la CEDAW por los gobiernos y los particulares. En tercer lugar, alentar a los gobiernos sobre la implantación de medidas necesarias en aplicación de la CEDAW para, posteriormente, estimular cambios en las leyes y prácticas discriminatorias que continúen persistiendo. Y, finalmente, fomentar los mecanismos existentes para implementar los derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas.

Para cumplir con estos fines, el Protocolo prevé dos tipos de mecanismos. Por un lado, el Protocolo establece un procedimiento de comunicaciones en virtud del cual cualquier mujer que considere vulnerados los derechos recogidos en la CEDAW puede, agotados los recursos judiciales de ámbito estatal, acceder al Comité que será el que determine si el Estado ha conculcado o no el derecho en cuestión y las medidas que haya de adoptar el Estado

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en respuesta a las recomendaciones del Comité. El segundo mecanismo consiste en el procedimiento de investigación mediante el cual el Comité puede iniciar de oficio una investigación si dispone de indicios razonables que indiquen que un Estado concreto realiza prácticas que atentan de forma grave o sistemáticamente los derechos de las mujeres contemplados en la CEDAW. Del mismo modo que en el anterior procedimiento, el Estado debe informar al Comité de las medidas adoptadas en consideración a las recomendaciones³⁸.

Una de las cuestiones que ha podido empañar la eficacia de este Protocolo reside en el contenido del artículo 10 al señalar la posibilidad de que, en el momento de la firma o ratificación, un Estado pueda no reconocer la competencia del Comité para el mecanismo o procedimiento de inspección. Pese a ello, ha de reconocerse que la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la CEDAW ha supuesto un paso más en la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres. A ello también ha contribuido la labor del Comité a través de las Recomendaciones Generales. Así, por ejemplo, la n° 5 del séptimo período de sesiones (1988) establece medidas especiales temporales tendentes a promover, de hecho, la igualdad entre hombres y mujeres. La Recomendación n° 12 y en la Recomendación General N° 13 del octavo período de sesiones (1989) recuerda la violencia contra la mujer (sobre la que incidió en 1992) y el concepto de igual remuneración por trabajo de igual valor, respectivamente. La Recomendación n° 23 del 16° período de sesiones (1997) habla de la mujer en la vida pública y política. Y, entre otras, la Recomendación N° 28 en el 47° período de sesiones (2010) recuerda a los Estados parte sus obligaciones bajo el contenido del artículo 2 CEDAW.

En consonancia con el entramado expuesto y pese a los posibles problemas antes apuntados, ha de valorarse positivamente la aplicación de la CEDAW y la labor del Comité ya que, de forma directa o indirecta, los textos y debates que han tenido lugar tras la entrada en vigor de la CEDAW (ratificado por España en 1984) y del Protocolo Facultativo adoptan básicamente su contenido y exigencias en la persecución de la igualdad entre hombres y mujeres.

C. Las Conferencias Mundiales sobre la Mujer

A partir de 1975 comenzó a fraguarse una especial preocupación por la situación de las mujeres. La razón de ello estribó en la constatación de datos que llevaron a concluir la existencia de problemas comunes a las mujeres en

38. El procedimiento de Comunicaciones viene recogido en los arts. 2 a 7 y el procedimiento de Investigación en los arts. 8 y 9 del Protocolo Facultativo.

diversos y numerosos lugares del mundo. A raíz de la necesidad de aunar posturas y poner sobre la mesa las posibles soluciones a las distintas problemáticas, tuvieron lugar, en esta década, varias Conferencias Mundiales sobre la Mujer.

La primera de ellas se celebró en México en el año 1975, año en el que la Asamblea General en su Resolución 3010 (XXVII) de 19 de diciembre de 1972 proclamó el año 1975 como el Año Internacional de las Mujeres dedicado a intensificar la acción con vistas a promover la igualdad entre hombres y mujeres, asegurando así la integración de las mujeres para su desarrollo global. De este modo, en la parte introductoria, se estableció la necesidad de que la participación de las mujeres, al igual que la de los hombres, debe extenderse a todos los campos y que la comunidad internacional condena la discriminación sexual, definiendo ésta como un tipo de discriminación especialmente injusta ya que supone, ante todo, un ataque a la dignidad humana y, en general, una infracción de los derechos humanos.

También se reconoció que, pese al esfuerzo, los avances en este sentido son lentos y desiguales. Por ello, se pretendió que el Plan de Acción tuviese como propósito estimular la acción nacional e internacional para resolver los problemas que sitúan a las mujeres en una posición inferior. En esta línea, se entendió que la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres implicaba que ambos debían tener iguales derechos, oportunidades y responsabilidades con el objeto de desarrollar sus talentos y capacidades y para su propia realización personal en beneficio de la sociedad. Ello implicaba un reconocimiento de la necesidad de reasignar las funciones y los roles tradicionales de cada sexo en los distintos aspectos de la vida familiar, profesional y, en general, dentro de una comunidad o de la sociedad. Para este fin, se instó a los gobiernos a que garanticen la igualdad en todas sus manifestaciones y que provean a las mujeres de la formación técnica necesaria para hacer su contribución más efectiva y asegurar una mayor participación en la toma de decisiones. Finalmente, para el pleno desarrollo de las mujeres, al igual que para el de los hombres, es preciso que se coordinen los distintos roles que, hombres y mujeres, puedan desempeñar a lo largo de su existencia con el fin de otorgar las condiciones más favorables para el desarrollo armonioso de su personalidad.

Con esta introducción se da paso al Plan de Acción Nacional que estableció, fundamentalmente, que las recomendaciones que se recojan en el Plan, a modo de pautas a seguir, estuvieran dirigidas a los gobiernos y a todas las organizaciones públicas o privadas y a las organizaciones de mujeres, entre otros. También se incluyó a los partidos políticos cuya labor se ha de canalizar a través de las áreas específicas de actuación contenidas en el Plan. Entre ellas

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cabe destacar: educación y formación, empleo y roles económicos, familia en la sociedad moderna y participación política.

Asimismo, el Plan otorgó prioridad a las actividades de investigación nacional regional e internacional con el fin de recoger datos para la formulación de políticas necesarias para realizar los cambios que se anunciaban en el Plan. Dichas políticas también se previeron para establecer sistemas de evaluación de los posibles progresos. Esta cuestión resultó relevante a la hora de fijar nuevas políticas, bien para profundizar en las metas aún no alcanzadas o bien porque surgieron nuevas carencias o necesidades a contemplar o, incluso, para decidir si, alcanzado el objetivo, se ha de eliminar la política en cuestión.

Con este entramado de fondo, se construyó la Declaración de México sobre la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz de 1975 que promulgó como principios, entre otros, la igualdad entre hombres y mujeres como igualdad en la dignidad individual, como un valor de las personas y como igualdad en derechos, oportunidades y responsabilidades. En segundo lugar, estableció la necesidad de eliminar todos los obstáculos que se oponían a que las mujeres disfrutasen de una posición igual a la de los hombres. Estos dos primeros principios que estableció la Declaración de México supusieron que la igualdad habría de inspirar la actuación de todos los agentes a todos los niveles y que dicha actuación se habría de desarrollar con el objetivo real de eliminar obstáculos.

Como puede observarse, en el plano internacional se contempló pronto la posibilidad e, incluso, el deber de adoptar medidas de acción positiva, para la eliminación de los obstáculos y para la plena integración y participación de las mujeres en el desarrollo nacional e internacional y en el mantenimiento de la paz.

Posteriormente, a través de la Resolución 3520 (XXX) de 15 de diciembre de 1975, la Asamblea decidió convocar la segunda Conferencia Mundial de la Década de las Naciones Unidas para las Mujeres: Igualdad, Desarrollo y Paz, que se celebraría en Copenhague (Dinamarca) en 1980 con el principal objetivo de evaluar los progresos realizados a raíz de las recomendaciones implementadas en la Conferencia anterior. Asimismo, para potenciar la contribución de las mujeres al desarrollo y a la paz se expuso una interpretación de la igualdad en la que se incluyó no sólo la igualdad de derechos, sino también la igualdad de oportunidades reales que permitiese la participación de las mujeres a todos los niveles y en todos los campos. Así, el Programa de Acción se perfiló en torno a los objetivos de desarrollo, paz e igualdad con especial atención a los temas de empleo, salud y educación.

En la revisión que se realizó de los logros conseguidos hasta el momento, se reconocieron progresos en los esfuerzos por integrar a las mujeres en el desarrollo y en la sensibilización de aquellos que planificaron y tomaron decisiones sobre los problemas de las mujeres. También se reconoció el avance de las legislaciones para garantizar y promover la igualdad de derechos para hombres y mujeres. A pesar de ello, continuó siendo necesario trabajar para que esa igualdad de derechos se correspondiese con la igualdad real por lo que aún será preciso esforzarse para que las medidas legislativas se complementen con medidas de ejecución, de acción positiva para la igualdad. Muchos países se han acogido ya a estas iniciativas adoptando medidas que compensen las discriminaciones pasadas sufridas por las mujeres con el fin de promover y acelerar la verdadera igualdad de oportunidades.

Finalmente, se ha de matizar que los mismos logros obtenidos conforman, a su vez, lecciones a aplicar en el futuro con mayor efectividad y profundidad. Para ello, se instó a los Estados a ayudar a las mujeres, a preparar a las sociedades y a promocionar la cooperación internacional con el fin de salvaguardar al máximo los derechos fundamentales para el mantenimiento de la paz. En cumplimiento a esta invitación se plantearon objetivos y estrategias para el período comprendido entre 1986 y 2000, tanto a nivel nacional como a nivel regional y a nivel internacional.

La Tercera Conferencia Mundial para el examen y la evaluación de los logros del Decenio de las Naciones Unidas para la mujer, tuvo lugar en Nairobi (Kenya) en el año 1985. Durante esta etapa, la crisis económica hizo que la participación de las mujeres en cualquier ámbito no fuera la que cabría esperar por lo que se hacía inminente reforzar las políticas y los programas sobre el papel de las mujeres en el desarrollo a todos los niveles: político, económico, cultural y social. Entre las cuestiones que se trataron como prioritarias se encontraban, la adopción de medidas constitucionales y jurídicas, la igualdad en la participación social y la igualdad en la participación política y en la adopción de decisiones.

De este modo, mientras que México se consideró el inicio del diálogo mundial y Copenhague el inicio de un proceso hacia la igualdad, Nairobi se consagró como el nacimiento del feminismo a escala mundial, de manera que la participación de las mujeres se perfiló como un objetivo especialmente relevante con el fin de no considerar la igualdad de la mujer como un asunto aislado, sino como una necesidad social y política que habría de implementarse en todas las instituciones y en cualquier materia, de modo que la mujer sea partícipe en todas las cuestiones. En este sentido, se instó a los gobiernos a observar dichos objetivos en un plano transversal eliminando e impidiendo la discriminación basada en el género. Para la consecución de este objetivo,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

es primordial la promulgación de leyes que sirvan de elemento conductor de los cambios sociales.

No obstante, la lucha normativa no es suficiente para la consecución de la igualdad ya que la situación de desigualdad que vienen sufriendo las mujeres suele surgir de factores sociales, económicos, políticos y culturales muy arraigados en las estructuras sociales y en las mentes de las personas. De ahí que, a nuestro entender, en la desigualdad entre hombres y mujeres, subyacen razones de profunda y compleja explicación que viene a incidir en ese conjunto de factores cuyo resultado confluye en patrones y estereotipos que llevan a observar este fenómeno, más allá de una mera cuestión de sexo, bajo el prisma del género de las personas. Esta visión es la que se viene construyendo en las Conferencias referidas y que se consolidará, al menos sobre el papel, en la IV Conferencia de Pekín de 1995.

Bajo este escenario se llevó a cabo la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer en Pekín (China) en septiembre de 1995. En esta Conferencia se reiteraron los presupuestos anteriores y se profundizó sobre los puntos de especial repercusión práctica en la lucha por la igualdad de género. La Conferencia estaría presidida por una serie de objetivos como la evaluación de los progresos alcanzados en la aplicación de las Estrategias de Nairobi, la eliminación de los obstáculos y el impulso social para el adelanto de las mujeres a fin de que éstas puedan hacer frente a las exigencias y los problemas del desarrollo en todas sus facetas. La Comisión Jurídica y Social de la Mujer recomendó que los gobiernos fomentasen las actividades preparatorias para la Conferencia y que procurasen la participación de toda la sociedad, hombres y mujeres, para la concienciación sobre la igualdad de género en todos los estratos sociales y tanto en el ámbito público como privado.

Marcadas por estos objetivos, las delegaciones de los 189 Estados que se reunieron en Pekín, adoptaron por consenso, en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, dos documentos de gran relevancia: la Declaración de Pekín y la Plataforma para la Acción, recogidos en el Informe de la Resolución adoptada en la Conferencia de 17 de octubre de 1995. La Declaración de Pekín contiene una serie de objetivos y reconocimientos entre los que cabe destacar, en primer lugar, la decisión por parte de los Estados de promover, teniendo en cuenta las aspiraciones de las mujeres, objetivos de igualdad, desarrollo y paz para todas las mujeres del mundo en interés de la humanidad. En segundo lugar, se reconoce que la situación de las mujeres ha evolucionado, aunque se afirmó que este progreso no ha sido homogéneo y, en consecuencia, aún persisten las desigualdades entre hombres y mujeres así como obstáculos importantes que conllevan consecuencias graves para el bienestar de todos.

Por ello, se incidió en la necesidad de asumir un compromiso activo para combatir estos obstáculos y fomentar el protagonismo y la inserción de las mujeres, tanto en la toma de conciencia del poder colectivo e individual de las mujeres en un sentido de recuperación de la dignidad de la persona, como en su dimensión política, en cuanto presencia de mujeres en lugares de toma de decisiones y, en definitiva, de acceso a centros de poder³⁹. Este objetivo se configura, en el apartado 13, como una necesidad primordial para conseguir la igualdad efectiva, así como el desarrollo y la paz. En apoyo a tal fin, se consideró esencial diseñar, aplicar y hacer un seguimiento de políticas y programas eficaces que, desde una perspectiva de género, favoreciesen la inclusión de las mujeres en los procesos de toma de decisiones que permitieran el avance de las mujeres y su plena participación. Finalmente, entre los objetivos que se destaca, se pide en la Declaración para un efectivo seguimiento de la Plataforma de Acción, la colaboración de grupos de mujeres y organizaciones no gubernamentales junto con las actuaciones de los gobiernos para adoptar las medidas necesarias con el fin de eliminar todas las formas de discriminación y suprimir los obstáculos para la igualdad de mujeres y hombres.

En cuanto a la Plataforma de Acción, hay que resaltar el enunciado sobre su finalidad que no es otra que eliminar, primero, los obstáculos que dificultan la participación activa de las mujeres en pie de igualdad en el proceso de adopción de decisiones en todos los ámbitos y, después, acelerar las estrategias que se enunciaron en Nairobi. Al mismo tiempo, se consideró preciso reafirmar el principio fundamental, establecido en la Declaración y el Programa de Viena, adoptados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de que los derechos de las mujeres (y las niñas) forman parte indivisible de los derechos humanos universales.

Por otro lado, desde la Plataforma de Acción se instó a compartir el poder y las responsabilidades entre mujeres y hombres, en la vida pública y privada para lo cual y, en general, para el máximo éxito de la Plataforma, sería preciso que los gobiernos, las organizaciones y las instituciones adquirieran compromisos y actúen movilizandolos recursos necesarios tanto a nivel nacional como internacional. Ello, permitirá el fortalecimiento de la igualdad de derechos, de responsabilidades, de oportunidades y de participación

39. Para expresar esta idea, se ha utilizado la expresión inglesa *empowerment*, que hace referencia al proceso mediante el cual los individuos obtienen el control de sus decisiones, expresan sus necesidades y se movilizan para obtener mayor acción política, social y cultural que responda a sus carencias, a la vez que se involucran en la toma de decisiones para la mejora de la comunidad en su conjunto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de mujeres y hombres en todos los ámbitos: económico, social o político y a todos los niveles: nacional, regional, internacional.

Para el logro de esta finalidad se invitó a los agentes mencionados y a la sociedad civil a que adoptasen medidas en las áreas de especial interés determinadas por la Plataforma de Acción. A saber: Pobreza; Educación y formación; Salud y servicios sanitarios; Violencia contra las mujeres; Consecuencias de conflictos armados y vida bajo ocupación extranjera; Estructuras políticas y económicas; Ejercicio de poder y toma de decisiones a todos los niveles; Falta de acceso a los sistemas de comunicación; Protección del medio ambiente y Protección de las niñas.

A partir de esta exposición de áreas de actuación, la Plataforma analizó cada objetivo estratégico y las medidas que se han de tomar con el fin de eliminar los problemas existentes y alcanzar los objetivos fijados.

A partir de la Conferencia de Pekín, va a tomar especial trascendencia el concepto de transversalidad que supone adoptar, por los gobiernos, una visión global y homogénea de las áreas de interés expuestas desde un punto de vista de género a todos los niveles. Este paso de trasladar el centro de atención de la exclusiva mención a la mujer al concepto de género fue uno de los logros más importantes de la IV Conferencia de Pekín donde se pretendió dotar de sentido a esta cuestión a través de necesarios cambios estructurales en la sociedad y en las relaciones entre hombres y mujeres en todos los planos. Esto implicaría que reafirmar los derechos de las mujeres en igualdad con los derechos de los hombres, supusiese una cuestión de interés y beneficio general en aras de la inclusión.

Pues bien, con estas metas en mente, cinco años después de la Conferencia de Pekín, se planteó la necesidad de convocar un período extraordinario de sesiones, es decir, una reunión especial convocada por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante las resoluciones 52/100 y 52/231, con el fin específico de realizar un seguimiento de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer y de la Declaración de Pekín. Al tiempo, se pretendía brindar a todos los interesados (Estados miembros, Organismos especializados, Organizaciones no gubernamentales, entre otros) la oportunidad de compartir y comparar experiencias, renovar antiguos compromisos y adquirir otros nuevos, así como examinar los logros alcanzados con la puesta en práctica de las estrategias enunciadas en Nairobi y los obstáculos encontrados a la hora de aplicar la Plataforma de Acción de Pekín.

Esta valoración tuvo lugar en la Asamblea General titulada «Mujeres 2000: Igualdad de género, desarrollo y paz para el siglo XXI» celebrada en julio de 2000, en Nueva York. En ella se elaboró un Informe sobre el docu-

mento acordado que vino a seguir los puntos que se consideraron de especial preocupación en la Plataforma de Acción de Pekín. A título general, se pusieron de relieve los logros relacionados con el avance en la adopción de programas nacionales, la creciente concienciación social o el aumento de la formación y de la participación de las mujeres en el mundo laboral y en la política. Sin embargo, persistían varios obstáculos como la precariedad de recursos en materia de educación o salud, la carencia de programas, infraestructuras y datos en la lucha contra la violencia o la falta de representación real de las mujeres en los puestos de decisión, especialmente los de mayor representación y poder. En este ámbito, de menor sensibilización social que otros, el Informe acordado en Nueva York destacó que, como consecuencia de la asignación tradicional de roles y la falta de recursos y sensibilización sobre la importancia de la participación equilibrada de hombres y mujeres en puestos de poder, apenas habían variado las cifras desde la IV Conferencia Mundial de la Mujer de 1995.

Como se ha ido adelantando, los objetivos que se iban anunciando a lo largo de las sucesivas Conferencias a partir de 1975, dejaban vislumbrar ideales de igualdad. No obstante, los primeros logros se valoraron en la IV Conferencia Mundial de Pekín en 1995 donde el objetivo primordial se situaba más allá de la igualdad de derechos y del reconocimiento de acciones positivas. El fin se centró en la inclusión de los géneros: hombre y mujer, en todos los aspectos de la vida: pública y privada, a todos los niveles y en todos los ámbitos. Pekín representó un antes y un después en la configuración actual de la noción de igualdad de género. Allí, se comenzó a hablar de la necesaria transversalidad de la igualdad, de la perspectiva de género en todas las políticas, en definitiva, de la paridad.

Después, bajo el lema «Beijing + 5», se intentó conservar la esperanza de haber conseguido algunos logros más en materia de igualdad de género y la ilusión de que la paridad estuviera cada vez más próxima y tuvo lugar la reunión «La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI»: consecución de los objetivos estratégicos, adopción de medidas en cuestiones de interés fundamental y otras medidas e iniciativas en New York. En 2005, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de Naciones Unidas condujo la revisión y evaluación de los 10 años de la Plataforma de Acción de Beijing que se celebró como parte del 49º período de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que aprobó una Declaración Política en la que se reafirmaron los compromisos asumidos hace diez años en Beijing haciendo un llamamiento a que los gobiernos siguieran adoptando medidas de acción positiva para favorecer la igualdad real. La reunión incluyó aproximadamente a 80 Minis-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tros, más de 1.800 delegados gubernamentales de 165 Estados Miembros, siete Primeras Damas, y más de 2.600 representantes no gubernamentales de todas las regiones del mundo. La Declaración Política se aprobó por consenso al finalizar la primera semana de sesión, sin ninguna reserva. Esta declaración no sólo reafirmó los acuerdos de Beijing, sino que también sostiene que la plena implementación de los documentos producto de Beijing es esencial para alcanzar las metas para el desarrollo acordadas en el plano internacional, entre ellas, los Objetivos para el Desarrollo del Milenio.

Los principales planteamientos de la Declaración Política fueron, en primer lugar, que las delegaciones presentes reafirmaron la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y el documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. En segundo lugar, subrayaron que la aplicación plena y eficaz de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing es esencial para la consecución de los objetivos de desarrollo del Milenio, y destacaron la necesidad de velar por la integración de una perspectiva de género en la sesión plenaria de alto nivel sobre el examen de la Declaración del Milenio. Asimismo, los asistentes reconocieron que la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se refuerzan entre sí en la consecución de la igualdad entre los géneros y la potenciación de la mujer. Instaron al sistema de las Naciones Unidas, a las organizaciones internacionales y regionales, a todos los sectores de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, y a todas las mujeres y hombres, a comprometerse cabalmente y a intensificar sus contribuciones con miras a la aplicación de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y del documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

La revisión llamó la atención sobre los numerosos aspectos en que la igualdad no es una realidad para la mujer. Los altos índices persistentes de violencia en todas partes del mundo, en especial, en los conflictos armados, la incidencia cada vez mayor del VIH/SIDA entre las mujeres, la desigualdad entre los géneros en el empleo, la falta de derechos en materia de salud sexual y reproductiva, y la falta de acceso igualitario, en el marco de la ley, a las tierras y los bienes, entre otros. En fin, Beijing + 10 supuso un reconocimiento de los logros pero también una puesta en común de las carencias y las cuestiones que restan por trabajar en múltiples campos de actuación y niveles en todo el Mundo en pro de la igualdad de mujeres y de hombres.

Se ha considerado que la revisión de Beijing +15, también en América

Latina, tiene lugar en un momento de retroceso en el que, agudizado por la crisis económica actual, las mujeres han sido las primeras afectadas en sus derechos. Así, según la OIT, 22 millones de mujeres se verán afectadas directamente y el descenso de las ayudas al desarrollo provocará entre 200.000 y 400.000 muertes infantiles y afectará cinco veces más a las niñas. Asimismo, la conclusión del informe de Naciones Unidas (8 de febrero 2010), ha indicado que, pese a los adelantos en la promoción de los Derechos humanos de la mujer en los marcos jurídicos, en ningún país del mundo se ha logrado la igualdad, quedando patente que los avances normativos no generan transformaciones sociales.

1.5. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1.5.1. Derecho comunitario originario

La formulación del principio de igualdad ha estado presente desde el origen de las Comunidades Europeas. Sin embargo, la razón última y el propio contenido constitutivo de las Comunidades han sido de índole económica⁴⁰. Esto hace que la igualdad también se centrara inicialmente en temas relacionados con la unión económica como la libre circulación de mercancías, de capitales y de personas⁴¹.

En este contexto, se va a fraguar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres centrado en la igualdad retributiva. Aun así, no puede negarse que la realidad comunitaria contiene también un Derecho social que ha contemplado no sólo el Derecho laboral, sino también otros ámbitos de política social, especialmente, a partir del Acta Única Europea de 1986. Otros

40. Fue la motivación económica la que propició la configuración del proceso de formación de las Comunidades Europeas. A raíz de la Declaración *Schuman* se apuesta esencialmente por el desarrollo y la integración económica como primer y gran objetivo. Sobre esas bases económicas es como se crea, por el Tratado de París de 18 de abril de 1951, la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA). Posteriormente, con el mismo objetivo, se procedería a la firma, el 25 de marzo de 1957, del Tratado por el que se crea la Comunidad Económica Europea (CEE), el Tratado por el que se crea la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) y el Tratado sobre instituciones comunes a las Comunidades Europeas. La adhesión de España se produce en 1985, entrando en vigor el 1 de enero de 1986.

41. La unión económica fue concebida sobre dos pilares básicos: las barreras aduaneras comunes y el libre comercio. En base a estos postulados se consagra un principio inspirador del mercado común: la libertad de circulación, libertad que se manifiesta inicialmente en la libre circulación de mercancías y, después, necesariamente, en la libre circulación de capitales, de servicios y de personas. Véase, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, 1994, p. 20.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

instrumentos relevantes que cabe mencionar son la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que constituyeron, sobre el papel, importantes hitos en el campo de la igualdad pero no así en el plano real por su falta de eficacia vinculante.

Los avances en materia de igualdad se consolidaron en la versión de Ámsterdam de 1997, en la redacción del artículo 141 (anterior art. 119)⁴². Con la introducción de la expresión «trabajo de igual valor» se pretendió ampliar el alcance del principio de igualdad en idénticos términos que los introducidos por el Derecho derivado y por la jurisprudencia del TJCE (TJUE a partir del Tratado de Lisboa de 2007)⁴³.

Especialmente esenciales para la consecución de la igualdad real serían los apartados 3 y 4 del artículo 141 del Tratado de Ámsterdam al establecer, respectivamente, la posibilidad de adoptar medidas destinadas a garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo y de trabajo e, incluso, aquellas que prevean ventajas específicas destinadas a facilitar el ejercicio de una actividad profesional por el sexo subrepresentado o para prevenir o compensar las desventajas en la carrera profesional.

No obstante, la preocupación por la igualdad continuó subsistiendo, principalmente, en torno a la relación laboral aunque es importante resaltar que con el Tratado de Ámsterdam ya no se circunscribió únicamente al plano de la retribución, sino también a otros aspectos como el acceso o las condiciones de trabajo.

Finalmente, también pueden observarse los progresos en la dimensión social del Tratado de Ámsterdam, fruto en buena medida del carácter social del Protocolo número 2 del anterior Tratado de Maastricht. Entre la nueva redacción de los artículos relativos a la política social (arts. 136 a 143, antiguos 117 a 120) es de interés destacar el artículo 137 en el que, una vez más, se hace mención al principio de igualdad para justificar la intervención de las Instituciones Comunitarias y el uso de los instrumentos de Derecho derivado que, como las directivas, fueran necesarios a fin de garantizar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.

42. Se dispone la «Obligación de cada Estado miembro de garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para *un trabajo de igual valor*».

43. Tanto el Derecho derivado a través, fundamentalmente, de directivas como la jurisprudencia del TJCE, han dado respuesta a diversos temas relacionados con aspectos de la igualdad o la discriminación antes de que lo hiciera un Tratado constitutivo.

La nueva concepción y relevancia que se le ha dado a la política social ha hecho posible, desde que el Tratado de Ámsterdam entrara en vigor en mayo de 1999, dotar al principio de igualdad entre hombres y mujeres de una dimensión social específica en todas las acciones y políticas comunitarias a todos los niveles. De este modo, el Tratado de Ámsterdam reforzó las consecuencias y el alcance del principio de igualdad y, sobre todo, lo revistió de una enorme importancia al consagrarlo como objetivo de la Comunidad a tener en cuenta a la hora de interpretar las distintas políticas comunitarias.

Esta visión va a constituir un sólido precedente a nivel comunitario de lo que ya se había denominado en el plano internacional principio de *mainstreaming* o transversalidad o integración de la igualdad entre los géneros o perspectiva de género⁴⁴. Según declaró la Comisión Europea, tal principio supone «fomentar la igualdad entre los hombres y las mujeres en todas las acciones y las políticas a todos los niveles»⁴⁵.

En el caso del TCE en la versión de Niza⁴⁶ no hay mucho que comentar a efectos de este estudio ya que contiene aportaciones para, principalmente, la reforma de las Instituciones⁴⁷. Por lo demás, se pierde la oportunidad para profundizar en la igualdad de género y no se realiza ninguna modificación ni matización al contenido del artículo 141⁴⁸. En el caso del Tratado de Lisboa de 2007, de 13 de diciembre, el apunte más relevante a comentar es la modificación de la eficacia de la CDF, que será vinculante para los Estados pues el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea eleva a la Carta el mismo valor jurídico que el Tratado de la Unión Europea⁴⁹. Tal y como se enuncia

44. Recuérdese que ya se había adoptado esta expresión en la Declaración de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995. Sobre el concepto de *mainstreaming* puede véase, GRUPO DE ESPECIALISTAS EN MAINSTREAMING (EG-S-MS), 2001.

45. Así lo expresa la Comisión en la Comunicación *Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*, COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996, p. 2.

46. Tratado de Niza por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades europeas y determinados Actos conexos, firmado el 26 de febrero de 2001, en vigor, el 1 de febrero de 2003 conforme al apartado 2 de su artículo 12. 2001/C, 80/01. Sobre un análisis del contenido del TCE y las aportaciones de Niza puede verse, por todos, Díez-Hochleitne y Martínez Capdevila, 2001.

47. Sobre la revisión institucional en el Tratado de Niza véase Gutiérrez Espada, 2001, pp. 27-76.

48. En este sentido se pronunció la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo en las Conclusiones del 23 de marzo de 2001 (PE 300.492), en cuyo punto 2, «Lamenta que no se haya ampliado la igualdad de trato de hombres y mujeres [...] y no se haya incluido referencia alguna a la compatibilización de la vida familiar y la vida laboral para hombres y mujeres».

49. MANGAS MARTÍN, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en el Preámbulo, la Carta viene a plasmar un conjunto de valores comunes, principios jurídicos y derechos de la persona como pilares básicos de la Unión y de los Estados que la integran. Así, el párrafo primero determina los principios básicos para la Unión entre los que se encuentra el respecto de los derechos humanos y el párrafo segundo especifica que la Unión respetará los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros⁵⁰.

En virtud del tema que nos ocupa, se ha de prestar especial atención al contenido del Capítulo III, relativo a la igualdad. El primer artículo de este Capítulo hace referencia a la igualdad de las personas ante la ley⁵¹. Podría entenderse ésta como una igualdad formal que viene a ser matizada en el apartado primero del artículo 21 al consagrar de nuevo el principio de no discriminación por razones de sexo, entre otras, en los mismos términos que otros Textos comunitarios e internacionales sobre la materia⁵².

Pero es el segundo inciso del tercer artículo sobre igualdad, el 22, el que cobra mayor interés al establecer, de manera contundente y en seguimiento del Tratado de Ámsterdam, la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva por los Estados con el fin concreto de favorecer al sexo (añade la Carta, a nuestro juicio, acertadamente) menos representado⁵³.

Del tenor literal de este precepto hay que destacar dos términos clave subsumidos en el propio concepto de igualdad. En primer lugar, la posibilidad de adoptar medidas no sólo de promoción sino, también, en forma de ventajas concretas que permitan facilitar al género desfavorecido el desempeño de actividades profesionales. Y, en segundo lugar, la exigencia de infrarrepresentación como parámetro para valorar la viabilidad aplicativa de una medida de acción positiva. Si bien es cierto que tales contenidos ya habían

50. Sobre la conexión entre la CDF y el CEDH, p. ej., WEBER, 2002, pp. 89-94.

51. Art. 20 (Igualdad ante la Ley): «Todas las personas, hombres y mujeres, son iguales ante la Ley».

52. Art. 21 (Igualdad y no discriminación): «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual».

53. Art. 22 (Igualdad de trato entre hombres y mujeres): «[...] El principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

sido acuñados por el artículo 141.4 del Tratado de Ámsterdam, la referencia expresa contenida en la Carta resulta significativa a efectos de consolidar dicho concepto en cualquier texto que sea tenido en cuenta por la Comunidad para la persecución de la igualdad real⁵⁴. No obstante, resulta indudable que la redacción de la Carta podría haber sido más enriquecedora e innovadora si se hubiera incorporado la mención del término «acción positiva»⁵⁵.

Por otro lado, no parece haber en esta norma una alusión expresa a la igualdad real a modo del artículo 9.2 de la Constitución Española o del 3.2 de la Constitución italiana⁵⁶. Aunque, en nuestra opinión, el reconocimiento de la acción positiva a través del apartado segundo del artículo 22 comprendería, correlativamente, el fin de la igualdad real.

1.5.2. Derecho comunitario derivado

A. *Las Directivas*

El Derecho derivado ha sido muy importante a la hora de interpretar, completar y ampliar el alcance del principio de igualdad. De este modo, en los años setenta, concienciada la Comunidad de la necesidad de elaborar un calendario para la adopción de instrumentos que permitiesen eliminar las desigualdades existentes, se produce un reforzamiento de la igualdad a través, fundamentalmente, de las Directivas. Éstas, como instrumento de armonización, establecen los objetivos a alcanzar dejando en manos de los Estados las acciones pertinentes que puedan llevarse a cabo en el ámbito nacional a fin de cumplir los fines que propone la Directiva en cuestión.

Así, con el objetivo de aproximar las normativas nacionales en materia de igualdad retributiva, se adoptó la Directiva 75/117, relativa a la aproximación de las legislaciones referentes a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos⁵⁷. Esta Directiva reiteró el contenido del artículo 141 TUE (antiguo art. 119) al enunciar el principio de igualdad de retribución. Sin embargo, la Directiva fue más allá, ampliando el contenido de la igualdad enunciada en el Tratado CE, al imponer la eliminación de desigualdades de género que se basen en

54. En sentido contrario, LOMBARDO, 2002. La autora manifiesta rotundamente que la formulación de este precepto no introduce ninguna novedad.

55. VALENCIANO MARTÍNEZ-OROZCO (2002, p. 253) denuncia, p. ej., la falta de referencia expresa a la violencia de género.

56. GARCÍA ROCA, 2003, p. 180.

57. En base al art. 95 TUE (antiguo artículo 100 A), «1. [...] El Consejo [...] adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los elementos y las condiciones que rodean al concepto de remuneración para un trabajo de igual valor⁵⁸. En reacción a tal innovación, la redacción del nuevo artículo 141 del Tratado de Ámsterdam adoptó, como ya se ha apuntado, esta misma fórmula: «mismo trabajo o trabajo de igual valor» para la aplicación de principio de igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras⁵⁹.

A partir de esta premisa, la Directiva pretendió garantizar la aplicación del principio de igualdad instando a los Estados a adecuar sus ordenamientos jurídicos a esta exigencia eliminando las discriminaciones entre hombres y mujeres con el fin de maximizar la eficacia del principio de igualdad, en este caso retributiva, ya sea en convenios colectivos o en contratos individuales⁶⁰.

Sin embargo, a pesar de la concreción que este instrumento realiza del principio de igualdad y de la protección que se exigió a los Estados, la Directiva perdió relevancia a raíz de la interpretación restrictiva que realizó el TJCE sobre el artículo 119 del Tratado CE (art. 141 TUE) y el concepto de retribución en el ámbito del principio de igualdad de trato. De este modo, el TJCE, en sus primeras sentencias, entendió que las pensiones de jubilación no entraban dentro del concepto de retribución⁶¹. Esta interpretación jurisprudencial se presentó aún más restrictiva, a nuestro juicio, al matizar el TJCE, zanjando la cuestión y mucho más determinante por el momento, a partir del caso *Defrenne III* en 1978, que el alcance del principio de igualdad enunciado en el artículo 119 TCE, sólo se extiende a la igualdad de remune-

58. Anótese que la expresión «trabajo de igual valor» ya se había empleado en la CSE de 1961 y, antes, en el Convenio número 100 de la OIT de 1951 en su art. 2.1 pero no se incluía en el TCE. En estos términos se pronuncia el párrafo primero del art. 1 de la presente Directiva al establecer que: «El principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará "principio de igualdad de retribución", implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo».

59. El problema correlativo residía en determinar a qué trabajos se les atribuye un mismo valor o cómo han de valorarse los trabajos. A tal efecto, puede verse ARCE, 1999, pp. 38-42.

60. Este fin se encuentra recogido en los artículos 2 y siguientes de la Directiva materializado en diversos objetivos tales como la obligación por parte de los Estados de poner a disposición de aquel que se considere perjudicado, la vía jurisdiccional pertinente; la protección del trabajador o trabajadora frente a despidos que tengan causa en una discriminación por razón de sexo; la información a los trabajadores y trabajadoras de las medidas tomadas por la empresa en aplicación de la Directiva. Asimismo, sobre discriminaciones en materia retributiva, puede verse QUINTANILLA NAVARRO, 1996.

61. Así lo afirmó el TJCE en la Sentencia de 25 de mayo de 1970. *Gabrielle Defrenne c. Sabena*. Asunto 80/1970 (*Defrenne I*).

ración y no a la igualdad respecto de otras condiciones de trabajo⁶². En virtud de ello, los posibles efectos desplegados por la Directiva 75/117/CEE en torno al principio de igualdad se vieron, de algún modo, mermados. No obstante, también resultó innegable el refuerzo que la Directiva supuso para la protección del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia retributiva al exigir, en apoyo al Tratado, la actuación de los Estados en cumplimiento de los objetivos de la Directiva⁶³.

Probablemente, el hecho de que la Directiva 75/117/CEE no tuviera la proyección deseada propició la redacción de una nueva Directiva. Ésta, que puede que naciera con vocación de completar la anterior y de no dejar sin protección el principio de igualdad respecto de otras condiciones laborales distintas de la remuneración, vino a suponer un buen avance en materia de igualdad.

De este modo, el Consejo aprobó en 1976 la Directiva 76/207/CEE, que entró en vigor el 12 de agosto de 1978, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo⁶⁴. El fundamento normativo de esta Directiva no va a situarse en el tenor del artículo 119 TCE ya que, como es sabido, tal precepto únicamente contempla la igualdad salarial y, por lo tanto, no se ajusta a las pretensiones de la Directiva que iban dirigidas a otros campos laborales de actuación. En función de esto, la Directiva 76/207/CEE tuvo su base jurídica en el artículo 235 TCE (actual art. 308 TUE)⁶⁵.

62. STJCE de 15 de junio de 1978. *Gabrielle Defrenne c. Sabena*. Asunto 49/1977 (Defrenne III).
63. El TJCE ha establecido la necesidad de que los Estados actúen en protección de los derechos que establece el art. 119 del TCE, especialmente en el caso de discriminaciones que tengan directamente su fuente en disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el caso de una remuneración desigual de trabajadores masculinos y femeninos por un mismo trabajo cuando éste sea realizado en un mismo establecimiento o servicio, privado o público. Esta afirmación la realiza el TJCE en la Sentencia de 8 de abril de 1976. *Gabrielle Defrenne c. Sabeco*. Asunto 43/75 (Defrenne II), reafirmada posteriormente por la Sentencia de 17 de mayo de 1990. *Harvey Barber c. Guardian Royal E.M.G.* Asunto 262/88.
64. Modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 a su vez, derogada y sustituida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
65. Art. 308 TUE: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Por consiguiente, a nuestro entender, la trascendencia de esta nueva Directiva radicó, por un lado, en el apoyo normativo del que se sirve para cumplir con su cometido y, esencialmente, en su propio contenido ya que supera la mera igualdad retributiva (que predicaba la anterior Directiva 75/117/CEE en virtud del art. 119 del TCE) para reconducirla al plano de otras condiciones para la igualdad. Eso sí, siempre en el ámbito del trabajo.

Así, pues, repasando el contenido de este instrumento, se ha de señalar que la Directiva, tras abordar en el artículo 1 las materias a las que se les va a aplicar la igualdad de trato, definió, en el artículo 2.1, el principio de igualdad de trato como la inexistencia de toda discriminación por razón de sexo ya sea directa o indirecta. Después, determinó, expresamente, en el artículo 3 que la aplicación de dicha igualdad supone la ausencia de toda discriminación fundada en el sexo, en materia de acceso al empleo, incluyendo los criterios de selección a empleos o puestos de trabajo en cualquier sector, rama o nivel profesional. Lo mismo dispuso la Directiva para cuestiones de formación, perfeccionamiento o reciclaje profesional y para otras condiciones de trabajo entre las que se encuentran las condiciones de despido (arts. 4 y 5, respectivamente). Asimismo, la Directiva, en el artículo 6, instó a los Estados miembros a introducir medidas en los respectivos ordenamientos jurídicos para que las personas que se consideren perjudicadas a los efectos de los preceptos anteriores, puedan hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional.

Además, se considera importante destacar que la Directiva 76/207/CEE cuenta con algunas excepciones al principio de igualdad en el artículo 2 establecidas en los siguientes términos. En primer lugar, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan excluir del ámbito de aplicación de esta Directiva, aquellas actividades profesionales para las cuales el sexo constituya una condición determinante en razón de la naturaleza y las condiciones de ejercicio de dicha actividad (art. 2.2). En segundo lugar, la Directiva dispone que podrán dictarse las disposiciones oportunas para la protección de la mujer en lo que se refiera al embarazo y la maternidad⁶⁶. En tercer lugar, el apartado 4 del artículo 2 estipuló que la presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre

66. Es interesante aquí observar cómo la Directiva, al prever una situación de excepción al principio de igualdad que toma en consideración el sexo, en este caso, de la mujer, para su protección, establece de forma muy clara que esta situación podrá darse en las circunstancias concretas del embarazo y la maternidad. De este modo, la Directiva cierra así la eventual contingencia por la que la mujer pueda ser causa para la adopción de falsas medidas protectoras, en cuyo caso, se estaría ante un supuesto de discriminación por razón de sexo contrario al principio de igualdad.

hombres y mujeres, en particular para *corregir* las desigualdades de hecho que afecten a las materias contempladas en el artículo 1⁶⁷.

El problema aquí es que la Directiva no se encargó, en algunos casos, de precisar conceptualmente el contenido de estas excepciones, especialmente la primera y la tercera, o de expresiones como por ejemplo «acceso al empleo» o «condiciones de trabajo», por lo que la intervención del TJCE ha sido fundamental a la hora de, a la luz de estos conceptos, reinterpretar el principio de igualdad y establecer los límites y las excepciones que, en aplicación de este principio, han determinado el alcance de la Directiva.

En el desempeño de esta tarea, el TJCE afirmó que debe entenderse comprendida en las condiciones de trabajo el acceso a un régimen de jubilación, así como el cese de la relación de trabajo entre trabajador y empresario, incluyendo la extinción del contrato laboral en un régimen de jubilación anticipada⁶⁸. Del mismo modo, en el acceso al empleo, el TJCE ha interpretado que estas mismas condiciones y, por lo tanto, la prohibición de discriminación, son aplicables, bajo la garantía del principio de igualdad, a los criterios de selección, a las ofertas de empleo y al sector público⁶⁹. El Tribunal también realizó una interpretación extensiva en lo que se refiere al despido, de manera que en la extinción del contrato se incluyen las materias relacionadas con el cese tales como los requisitos que determinen si un trabajador, en el caso de despido improcedente, tiene derecho a ser readmitido⁷⁰.

En cuanto a las excepciones al principio de igualdad expuestas anteriormente, también el TJCE ha realizado en torno a ellas una labor interpretativa importante. Así, respecto a la primera de las excepciones del artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE, el TJCE afirmó no creer conforme a la Directiva el hecho de que Reino Unido reservara la profesión de matrona a las mujeres⁷¹.

67. La cursiva es nuestra a fin de enfatizar la idoneidad de adoptar todas aquellas medidas que lleven no sólo a fomentar la igualdad, sino, especialmente, a corregir la desigualdad existente.

68. A modo de ejemplo, véase la STJCE de 16 de febrero de 1982, *Arthur-Burton c. British Railways Board*, Asunto 19/1981 (pensión anticipada/igualdad de retribución).

69. Respectivamente, STJCE de 2 de octubre de 1997, *Kording c. Senatorfür Finanzen*, Asunto 100/95 (discriminación indirecta), y STJCE de 21 de mayo de 1985, *Comisión c. República Federal Alemana*, Asunto 248/83 (igualdad de trato).

70. STJCE de 9 de febrero de 1999, *Seymour-Smith y Pérez c. Secretary of State for Employment*, Asunto 167/97 (igualdad de retribución). También en el Asunto *Arthur-Burton*, el TJCE señaló que la extinción del contrato, cualquiera que sea el nombre que reciba por las partes, incluye el cese por mutuo acuerdo (apartado 9). Véase la exposición de la jurisprudencia del TJCE sobre acceso al trabajo, condiciones de trabajo y despido que realiza ROCCELLA, 1997, pp. 194-201.

71. STJCE de 8 de noviembre de 1983, *Comisión c. Reino Unido*, Asunto 165/82 (igualdad de trato). Al respecto, MARTÍNEZ ROCAMORA, 2000, p. 682.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Posteriormente, bajo el mismo prisma el TJCE señaló en el asunto *Johnston* que la Directiva no admite derogaciones generales del principio de igualdad en el acceso a cualquier tipo de empleo, y menos aún basándose en la alegación de riesgo, que no afecta de forma exclusiva a las mujeres en cuanto a tales en el desarrollo de una profesión como puede ser la de policía⁷². Adviértase que lo que se examina ha recibido el apelativo de «excepciones al principio de igualdad» y, en consecuencia, la interpretación realizada por el TJCE pretendió eliminar la posibilidad de que, bajo las excepciones puntuales que realizaba el artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, pudieran encubrirse actuaciones que implicasen derogaciones totales o globales del principio de igualdad, de modo que tales excepciones han de ser de interpretación estricta⁷³.

La segunda de las excepciones enunciadas en el punto tercero del artículo 2 de la Directiva referente a la maternidad, también ha sido objeto de interpretación por el TJCE al establecer que aquellas normas que tengan por objeto el reconocimiento y la protección de las mujeres en caso de maternidad y las que promuevan la igualdad de oportunidades para compensar o corregir los inconvenientes que por causa de la maternidad padezcan las mujeres, son compatibles con la Directiva 76/207. Ello siempre y cuando no sean medidas falsamente protectoras y que, por lo tanto, no tengan su justificación en el embarazo o la maternidad o en la promoción de la igualdad de oportunidades⁷⁴.

Finalmente, la última de las excepciones recogida en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE hace referencia a lo que se ha denominado acciones positivas⁷⁵. Dicha excepción, de especial incidencia para este tema, ha sido interpretada por el TJCE en conocidos supuestos como el caso *Kalanke*, *Marschall* y otros que se examinarán en las páginas que siguen. En la redacción del mencionado precepto, la Directiva trata de poner en conexión la

72. STJCE de 15 de mayo de 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Asunto 222/84 (miembro armado de policía auxiliar), ap. 44.

73. Así queda plasmado en los aps. 36 y 38 de la Sentencia *Johnston*. También, con similares argumentos puede verse la STJCE de 27 de septiembre de 1997, *Angela María Sirdar c. The Army Board Secretary of State for Defence*, Asunto 273/97 (mujeres en unidades de combate/Royal Marines).

74. Así p. ej., el TJCE consideró contraria a la Directiva la prohibición de trabajo nocturno a las mujeres. Sobre este particular puede verse las SSTJCE de 25 de julio de 1991, *Procedure Penale c. Alfred Stoeckel*, Asunto 345/89; de agosto de 1993, *Ministère Public y Direction du Travail et de L'emploi c. Jean Claude Levy*, Asunto 158/91 y 3 de febrero de 1994, *Office National de L'emploi c. Madeleine Minne*, Asunto 13/93.

75. Art. 2.4: «La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres».

denominada igualdad formal como la igualdad genérica aplicable a todos, con la igualdad real, como el complemento necesario de la primera y que estudia las desigualdades extraídas de la realidad para aplicar una medida correctora, en origen desigualatoria, cuya finalidad última es la propia igualdad⁷⁶.

Tanto el contenido de esta Directiva como la línea interpretativa que, sobre ella, ha elaborado el TJCE han contribuido, definitivamente, a consagrar el principio de igualdad en el ámbito comunitario, no ya sobre una base económica, sino también social, concienciando a los Estados de su necesaria aplicabilidad en las respectivas legislaciones nacionales. Es por ello que la Directiva 76/207/CEE se ha tomado en especial consideración, en este estudio, como instrumento primordial para la superación del carácter económico que aún arrastraba la anterior Directiva 75/117/CEE. Asimismo, creemos que la Directiva 76/207/CEE también se ha de considerar como una herramienta imprescindible para introducir la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas, de acción positiva, para eliminar las desigualdades fácticas entre hombres y mujeres en aras de, en base al texto de la Directiva (artículo 2.4), la igualdad de oportunidades.

Por último, no es posible finalizar este apartado sin realizar una obligada referencia a la citada modificación de la Directiva 76/207/CEE por la Directiva 2002/73/CE⁷⁷. Ésta supuso un desarrollo y puntualización de la anterior Directiva al añadir un apartado 1 bis al artículo 1 instando a los Estados a potenciar activamente la igualdad entre hombres y mujeres. Además, se consolidó y justificó la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva para garantizar no sólo la igualdad formal de trato y la eliminación de las discriminaciones existentes, sino, específicamente, la efectividad de dicha igualdad. De este modo, el texto contempla en el apartado 8 de su artículo 2, la posibilidad de que los Estados adopten medidas que garanticen la plena igualdad entre hombres y mujeres y, con pareja formulación e intención, los artículos 8 y 8 quarter consideran preciso la adopción de medidas que promuevan una efectiva, y no sólo formal, igualdad de trato. A nuestro juicio, se ha de reconocer la importante labor de consolidación que se ha realizado a través de esta modificación. Sin embargo, se desaprovechó de nuevo la oportunidad de incluir en el texto la expresión «acción positiva»⁷⁸. Finalmente, la Direc-

76. En este sentido, FENWICK, 1998, pp. 507-516.

77. Sobre estas y otras precisiones o innovaciones de la Directiva 2002/73/CE puede verse MONTILLA MARTOS, 2002, pp. 12-14.

78. Aunque es evidente la naturaleza y contenido de las medidas que proponen la Directiva 2002/73/CE, a diferencia de la Propuesta de modificación realizada por el Parlamento Europeo y el Consejo en julio de 2000, no consta en el texto final de la presente Directiva el término expreso de «acción positiva».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tiva ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Otras directivas han profundizado sobre materias en las que había de imperar el principio de igualdad. Aunque aquí no sea posible realizar un mayor estudio sobre estas otras directivas, no resulta baladí mencionar, por ejemplo, la Directiva 79/7/CEE, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes de Seguridad Social. Esta Directiva significó el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social en el nivel contributivo y asistencial, no así en los niveles profesionales complementarios establecidos por la negociación colectiva o concedidos por el empresario. Esto supuso que la Directiva no tuviera la proyección deseada en la aplicación del principio de igualdad en este campo, lo que ha propiciado la proliferación de otras directivas sobre esta materia con el fin de completar las carencias y lagunas existentes.

También cabe resaltar la Directiva 92/85/CEE, sobre la protección de la maternidad de la mujer trabajadora. Esta Directiva comprende las materias relativas al permiso de maternidad, períodos de lactancia, protección de la salud y la seguridad de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, la prohibición de despido por causa de embarazo desde el inicio de éste hasta el término del período de lactancia y la remuneración, que habrá de ser suficiente para que la mujer no se vea obligada a reducir o renunciar al permiso que le corresponda por motivos únicamente económicos. Si bien esta Directiva no es una norma específica de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sí representa un cauce idóneo para tratar de evitar que se produzcan discriminaciones por razón de sexo contra la mujer como grupo especialmente sensible, sobre todo, en el concreto supuesto de la maternidad, el parto o la lactancia⁷⁹.

Asimismo, ha de mencionarse la importante Directiva 97/80/CE, sobre la inversión de la carga de la prueba en supuestos de discriminación por razón de sexo. Esta Directiva expone en su artículo 4 que, en los casos en

79. La Directiva 92/85/CEE se apoyó en este punto sobre la base que nos ofrece el art. 15 de la Directiva 89/391/CEE al exponer que «los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica». Conviene recordar que la protección de la mujer en razón de su maternidad ya figuraba como uno de los supuestos de las excepciones al genérico principio de igualdad contemplado en el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE, siempre que no se convierta en una derogación total de dicho principio lo cual, como es sabido, supondría una discriminación por razón de sexo.

que una persona se considere agraviada por la inaplicación del principio de igualdad de trato y exponga los hechos que permitan presumir la presencia de una conducta discriminatoria, sea ésta directa o indirecta, corresponderá a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato.

La Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la Directiva 2004/113/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Y especialmente interesante, la Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo. Se pretende la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma. La nueva Directiva nace a partir de la Comunicación de la Comisión del 2 de julio de 2008 sobre la necesidad de actuar contra las diferencias de género en la actividad empresarial y facilitar una mejor conciliación de vida profesional y la personal y sustituye a la actual del año 86 cuya eficacia ha sido más bien poca. La Directiva recoge la necesidad de que los cónyuges, que participen en las actividades del negocio familiar, tengan acceso a un sistema de protección social y disfruten del derecho a beneficiarse de la protección establecida para los trabajadores autónomos en general y se establece el derecho de la mujer autónoma a beneficiarse de las prestaciones por maternidad en las mismas condiciones que la mujer asalariada. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión toda la información disponible sobre la aplicación de la presente Directiva, la fecha tope para realizar esta comunicación será el 5 de agosto de 2015. Como es habitual en nuestro sistema, los autónomos están en clara desventaja con respecto al resto de trabajadores, y más, si cabe, en el caso de las mujeres, se verá si la aplicación de esta directiva surte los efectos deseados.

Así, pues, en el recorrido iniciado en 1975, la Comunidad, a través de estos actos legislativos, ha ido perfilando y ampliando gradualmente el alcance del principio de igualdad. De esta forma, se ha pasado de una igualdad cuyo contenido consistía en un mero reconocimiento de base económica a una igualdad que se constituye como uno de los pilares primordiales del ordenamiento comunitario sobre el que se asienta el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la política social comunitaria.

B. Los Programas de Acción Comunitaria y otros instrumentos

En vista de que, pese a la existencia de una legislación sobre igualdad,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la práctica de este principio es bien distinta, la Comisión ha ido elaborando objetivos o programas de acción. Éstos han estado encaminados a consolidar y ampliar los logros conseguidos hasta el momento con la finalidad última y particular de mejorar efectivamente la situación de la mujer en el empleo, incluyendo el acceso y la formación profesional⁸⁰.

El primer Programa de Acción (PA 1), que abarcó el período 1982-1985, persiguió como objetivo, por un lado, «completar la igualdad de trato mediante el fortalecimiento de los derechos individuales tal y como estaban recogidos en la legislación» y, por otro, lograr «la igualdad de oportunidades en la práctica, fundamentalmente, mediante la adopción de medidas de acción positiva». Este Programa tuvo como finalidad fortalecer la aplicación de las directivas existentes sobre igualdad y negociar la aprobación de otras directivas en diversas materias aún incipientes como la Seguridad Social, los permisos parentales o la aplicación de la igualdad de trato para mujeres que desempeñasen actividades autónomas o de agricultura.

Asimismo, al tiempo que se llamó la atención para la eliminación de las legislaciones protectoras no fundadas en materia de empleo, el Programa de Acción intentó aconsejar sobre la elaboración de planes de acción positiva e igualdad de oportunidades. Su objeto era el de favorecer la inclusión de mujeres en empleos tradicionalmente ocupados por hombres, así como la participación en la toma de decisiones, especialmente en organismos responsables del mercado laboral. En cumplimiento a estos fines, se propusieron distintas actividades como el establecimiento de una red para la formación de mujeres o el incentivo de las nuevas tecnologías en el empleo.

Durante la aplicación del primer Programa de Acción tuvieron lugar algunas medidas importantes para la igualdad. En primer lugar, ha de mencionarse la Resolución del Consejo sobre las acciones para combatir el paro femenino, de junio de 1984. En este instrumento se recogió la necesidad de adoptar las medidas oportunas para que disminuyese el paro femenino, notablemente más elevado que el masculino, en el marco de una reducción general del paro y considerando la política y los instrumentos adoptados al amparo de la promoción de la igualdad de oportunidades para la mujer. Para ello, la Resolución consideró objetivo primordial realizar esfuerzos específicos tendentes a eliminar los obstáculos que afectaran al empleo de la mujer proponiendo áreas concretas de actuación que abarcaban desde la creación de empleo hasta la educación, la formación y la orientación profesional.

80. Sobre la evolución y antecedentes de los Programas de Acción podemos consultar HOSKINS, 2001, pp. 69-74.

Aún más relevante para el tema que nos ocupa, fue la Recomendación del Consejo sobre la adopción de las acciones positivas en favor de las mujeres, de diciembre de 1984. En ella se instó a los Estados a adoptar medidas de acción positiva que materializasen, dadas las desigualdades de hecho existentes, el principio de igualdad vigente en las normas jurídicas tanto en el sector público como en el privado. Si, pese al reconocimiento normativo del principio de igualdad, no se realiza una acción paralela por parte de los Estados que permita que la igualdad sea efectiva, el propio concepto de igualdad podría quedar, a nuestro juicio, vacío de contenido. En estos términos, se recomendó la adopción de medidas con dos claros objetivos. El primero implicó eliminar o compensar los actos perjudiciales que resulten de actitudes, estructuras y comportamientos sociales basados en la idea de una división aparente del papel del hombre y de la mujer en la sociedad. El segundo objetivo exigió estimular la participación de las mujeres en todas las actividades, en todos los sectores de la vida profesional en los que actualmente están subrepresentadas, así como en todos los niveles de responsabilidad⁸¹.

Posteriormente, bajo un panorama de crisis económica no propicio para la proliferación de políticas sociales y la protección de los trabajadores en general, se llegó con una política multifacética pero menos ambiciosa al segundo Programa de Acción comunitario (PA 2) que comprendió el período 1986-1990. Este plan estableció la adaptación de programas de enseñanza a los problemas específicos de las mujeres, la creación de un entorno material y social que permitiera a las mujeres seguir una formación, como guarderías, adecuación de horarios, la búsqueda de fórmulas de formación poco onerosas y más flexible y el desarrollo de estructuras de inspección como mecanismo de control. Con este amplio abanico de acciones ya se comenzaba a vislumbrar una preocupación por temas que hoy siguen siendo relevantes, como el reparto de responsabilidades profesionales y familiares.

En el momento de vigencia del PA 2 fue relevante la actuación del Parlamento que aprobó diversas resoluciones concernientes al reconocimiento de un estatuto fiscal y social de los cónyuges-ayudantes de profesiones liberales, el papel de las mujeres en cooperativas e iniciativas locales de empleo y la situación social de la mujer minusválida y de la mujer que se ocupa de personas con alguna discapacidad. Pese a la precariedad del programa en muchas de las materias y campos de actuación y la escasa capacidad de legislar en este momento, había, sin embargo, una base normativa consolidada sobre políticas de igualdad a la que, como es sabido, contribuyó en buena medida

81. Puede comprobarse en este instrumento la intención de acoger la idea de transversalidad en la aplicación de políticas de igualdad de género.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el TJCE⁸². Asimismo, se puede mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre Agresiones a la Mujer, de 11 de junio de 1986, sobre la protección de la dignidad de las personas y la vulneración de los derechos humanos que supone la violencia contra las mujeres y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, adoptada en el Consejo Europeo de Estrasburgo, el 9 de diciembre de 1989 que, contiene, entre otros apartados, la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En la primavera de 1989, se celebró en Toledo una conferencia con el título «Mujeres en Europa», para evaluar los progresos obtenidos hasta la fecha y sentar así las bases para el siguiente programa comunitario. De este modo, comienza la elaboración del tercer Programa de Acción (PA 3) adoptado por la Comisión para el período 1991-1995. Este instrumento contiene algunas novedades respecto a los programas anteriores basadas en la intensificación de acciones destinadas a promover la igualdad de oportunidades y en la iniciativa de elaborar y desarrollar este Programa en el marco de aplicación de la Carta Social Europea. En consonancia con estos fines, los objetivos prioritarios de este Programa consistieron, fundamentalmente, en aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, valorar el trabajo femenino y mejorar la calidad a través de la formación profesional y la educación, así como fomentar los programas de acción positiva en las empresas y eliminar los obstáculos para la integración de la mujer al trabajo, conciliando la vida familiar con la profesional.

Este Plan fue especialmente relevante porque, además de contener los objetivos específicos señalados, abogó por la inclusión de un objetivo de integración general, dedicado a la inserción profesional de las mujeres, tanto a escala comunitaria como a escala nacional⁸³.

En este período del PA 3, con la experiencia obtenida en el segundo programa, también se optó por adoptar resoluciones y recomendaciones como instrumentos capaces de alcanzar resultados efectivos para las mujeres en materia de igualdad, cuestión para la que la legislación existente, con efectos vinculantes, no parecía ser plenamente eficaz. Así, se aprobó, por ejemplo, la Recomendación de la Comisión 92/131/CEE sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el lugar de trabajo, con un anexo sobre medidas para combatir el acoso sexual.

82. Sobre la labor del TJCE en este punto pueden verse las SSTJCE de 13 de mayo, *Bilka Kaufhaus GmbH c. Karin Weber von Hartz*, Asunto 170/84 (pensiones de trabajadores a tiempo parcial) y 8 de noviembre de 1990, *Dekker c. Stichting Virmingscentrum Voor Fonge Volwassen Plus*, Asunto 177/88 (derechos de las mujeres embarazadas).

83. En atención a este gran objetivo la Comisión propuso la elaboración del Programa NOW (*News Opportunities for Women*) para su inclusión en el PA 3.

En cualquier caso, lo más importante a destacar durante la vigencia del PA 3 es que comenzó a fraguarse una nueva visión de las políticas de igualdad de género al tomar en consideración la transversalidad para la expansión de dichas políticas en el ámbito comunitario. Expansión que, como ya se ha explicado en este trabajo, cobra verdadera dimensión con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

Posteriormente, es interesante mencionar que para el período 1995-1999, se aprobó por la Comisión el denominado Libro Blanco de política social⁸⁴. Los puntos principales apuntan a promover el valor del trabajo realizado por las mujeres y conciliar la vida laboral y la familiar. Finalmente, el Libro Blanco contempló como objetivo *acelerar* la participación de la mujer en la toma de decisiones en todos los sectores de la sociedad, sean públicos o privados⁸⁵. Para ello, la Comisión se propuso continuar desarrollando tareas de investigación, información, formación y, fundamentalmente, propuestas de acción en cumplimiento de dicho objetivo.

Muchas fueron las iniciativas activas que se originaron para favorecer la igualdad entre hombres y mujeres durante la vigencia del tercer Plan. Precisamente fue a partir de este elenco de actuaciones en favor de la igualdad de género, que la Comisión publicaría el Cuarto Programa de Acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (PA 4) de 1996-2000. El Programa no sólo contuvo esa dimensión general que se venía generando sobre el principio de igualdad sino que, además, se convirtió en el objetivo prioritario del Plan de acción y, en extensión, de la Comunidad. De este modo, la finalidad última es la integración de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las políticas y acciones, «movilizando a los agentes de la vida económica y social para conseguir dicha igualdad y promover la participación equilibrada de los hombres y las mujeres en la toma de decisiones» [artículo 3.2.b), d) y e)].

Así, en el marco del cuarto Programa de Acción cabe destacar la Resolución del Consejo sobre la conciliación para mujeres y hombres de la vida

84. Aprobado por la Comisión el 27 de julio de 1994, es el resultado del procedimiento de consulta iniciado por el Libro Verde sobre política social europea y determinó las líneas de acción de la Unión para los próximos años con el fin de consolidar y desarrollar los logros del pasado en lo que respecta, entre otros, a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

85. La cursiva es nuestra (MM) a fin de resaltar la elección de la palabra *acelerar* donde en otros momentos ha aparecido *promover* o *favorecer*. Parece interesante y acertado el uso de esta expresión en lo referente a la adopción de medidas de acción positiva en el campo de la toma de decisiones ya que puede connotar una actividad más eficaz en aras de la inclusión de la igualdad de resultados en el concepto de igualdad de oportunidades y, en definitiva, en consecución de la igualdad real.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

laboral y familiar. También la Comunicación de la Comisión «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias».

El problema que se presentó en este momento residió en la falta de claridad y precisión de las actuaciones concretas dirigidas al objetivo señalado. Pese a ello, parece que se perfiló de forma clara, junto con la transversalidad, la necesidad de aumentar la participación de las mujeres en los centros de toma de decisiones y, por lo tanto, potenciar la representación equilibrada de hombres y mujeres en todos los espacios políticos, económicos y sociales convirtiéndose éste en un objetivo preferente de este Programa a desarrollar tanto en el contexto de la Unión Europea como en los respectivos Estados miembros⁸⁶. Cabe señalar también la Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre de 1991, que adoptó medidas relativas a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y al código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual así como la Resolución del Parlamento Europeo sobre una Campaña de Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres de 1997, con base en el Informe A4-0250/97 de la Comisión de Derechos Humanos de las Mujeres y la Iniciativa Daphne en 1997 que es un Programa específico que pretendió promover medidas preventivas contra la violencia sobre los menores, los adolescentes y las mujeres.

Por último, se aprobó el quinto Programa de Acción Comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres de 2001-2005. En él se plasmó la necesidad de que el principio de igualdad entre hombres y mujeres abarcara todas las acciones comunitarias. Para ello, la Comunidad requiere que se combinen medidas de acción y de legislación ya sea ésta de nueva creación o modificación de la existente, con el objeto de reforzar la consecución de la igualdad. Al tiempo, se pone de manifiesto la importancia del papel de los hombres en esta tarea⁸⁷. Los ámbitos de intervención que propuso el artículo 2 del Programa de Acción incluyeron la vida económica, igualdad de participación y representación, derechos sociales, vida civil y roles y estereotipos establecidos en función del sexo. El Programa continuó estableciendo que, en todos los ámbitos señalados de la

86. Recuérdese que en este período se adoptó el Acuerdo de Política Social que invitaba a cada Estado miembro a adoptar medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales.

87. Es interesante observar que ya el Cuarto Programa de Acción Comunitaria había modificado el título incluyendo al género masculino como destinatario del Programa. Ahora, en la Estrategia Marco 2001-2005, la inclusión del género masculino en las acciones sobre igualdad, se realizó de forma expresa en el segundo considerando.

estrategia marco comunitaria, deberá tenerse en cuenta el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Posteriormente, el Anexo del Programa especificó lo que cada ámbito significaba y realizó una invitación para adoptar las medidas oportunas que han de llevarse a cabo en el seno de la Comunidad, los Estados miembros y los agentes sociales.

También puede mencionarse, la Decisión n° 293/2000/CE del Parlamento y del Consejo de 24 de enero de 2000, por la que se aprobó un programa de acción comunitario (Programa Daphne 2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres. Asimismo, tuvo lugar la Recomendación de abril de 2002 del Comité de Ministros sobre la protección de la mujer contra la violencia y se propusieron medidas en el ámbito educativo y formativo, en los medios de comunicación, planificación local, regional y urbana, etc. También destacan: la Decisión n° 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprobó un Programa de Acción Comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II); la Decisión 848/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se ha establecido un Programa de Acción comunitario para promocionar las organizaciones que trabajan a escala europea en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres; la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico Social Europeo y al Comité de las Regiones de 1 de junio de 2005 o la Iniciativa de la Comisión Europea por la que se declara el año 2007 «Año Europeo de la igualdad de oportunidades para todos».

El Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010) apoyó los objetivos del Programa para la igualdad entre hombres y mujeres. Es la continuación de la Estrategia Marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), de la cual hace balance poniendo de relieve las mejoras necesarias. Deberá ir seguido de un informe sobre el estado de aplicación en 2008 y de una evaluación acompañada de una propuesta de seguimiento en 2010.

A modo de conclusión, se ha de señalar la importante evolución que ha sufrido el principio de igualdad bajo el prisma y la vigencia de los Programas de Acción comunitarios. Así, mientras que en los inicios se trataba de lograr que la igualdad de oportunidades fuera efectiva mediante la posibilidad de implantar medidas concretas de acción positiva para los problemas específicos de las mujeres, posteriormente, se estableció la necesidad de resaltar la importancia de la conciliación de la vida laboral y profesional así como la relevancia de que las mujeres alcancen puestos de responsabilidad en todos

los ámbitos. Finalmente, desde la Comunidad se apuesta por la idea de transversalidad que se consagrará como objetivo central y eje de las políticas sobre igualdad al tiempo que se aboga por la inclusión de ambos sexos en la lucha por la igualdad de género.

1.5.3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Como se ha apuntado, la aplicación del principio de igualdad ha ido adquiriendo relevancia gracias al contenido de las distintas Directivas y otros instrumentos comunitarios sobre esta materia. No obstante, el mérito no puede únicamente ser atribuido al Derecho derivado ya que la progresiva interpretación sobre el alcance del principio de igualdad se debe en gran medida a la actuación del TJCE⁸⁸.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria sobre igualdad va a adquirir relevancia a partir de los años setenta y, en concreto, a raíz de la adopción de las Directivas 75/117/CEE y 76/207/CEE. En este momento, la jurisprudencia del TJCE adquirió mayor eficacia al concretar gradualmente el contenido del principio de igualdad. En el desarrollo de esta tarea evolutiva fue primordial, por un lado, el hecho de concebir el principio de igualdad entre hombres y mujeres como un derecho fundamental y, sobre todo, como un pilar básico del ordenamiento comunitario. Por otro lado, fue de gran trascendencia la interpretación del TJCE sobre el alcance de medidas encaminadas a favorecer al género históricamente infravalorado y superar las desigualdades de hecho desde una visión o perspectiva de género.

A. *El principio de igualdad como fundamento de las Comunidades Europeas*

El TJCE comenzó a elaborar, gradualmente, una sustancial interpretación del principio de igualdad al incluir su dimensión social y su trascendencia fundamental a partir de la sentencia *Defrenne II*⁸⁹. Es en este momento cuando el TJCE resaltó la doble finalidad económica y social del artículo 119 TCE al enunciar que este precepto «corresponde a los objetivos sociales de la Comunidad, que no se limitan a una unión económica, sino que pretenden asegurar, al mismo tiempo, a través de una acción común, el progreso social y proseguir la mejora constante de las condiciones de vida y de empleo de los pueblos europeos, tal como se subraya en el preámbulo del Tratado».

Ya en alguna sentencia anterior, el TJCE había avisado de la importancia de incorporar el principio de igualdad como un modelo interno de referen-

88. HODGES y ABERHARD, 1999, pp. 286-290.

89. STJCE de 8 de abril de 1976, *Gabrielle Defrenne c. Sabeco*, Asunto 43/75, aps. 9, 10 y 12.

cia dentro de la Comunidad. Así, por ejemplo, sucedió en las sentencias *Sabbatini* y *Bauduin*, ambas del año 1972⁹⁰.

Tras estas afirmaciones iniciales, el TJCE tuvo la oportunidad, en la sentencia *Defrenne III*, de exponer taxativamente que «el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto tiene por misión asegurar»⁹¹. En una posterior sentencia, *Achterberg-te Riele*, el TJCE se mostró algo más restrictivo al recordar que «el principio de igualdad comunitario entre hombres y mujeres tiene su razón de ser en la realización de dicha igualdad de trato, no de un modo general, sino únicamente en su calidad de trabajadores»⁹².

Aunque, en este momento, las decisiones del TJCE resultaron restrictivas, en sucesivas sentencias va a ir ampliando el ámbito de aplicación del principio de igualdad en virtud de la dimensión social reconocida y recogida en estas y otras sentencias. En este punto, fue primordial la adopción de la ya mencionada Directiva 76/207/CEE para dotar de un margen más amplio a las decisiones que, sobre el alcance del principio de igualdad, realizó el TJCE. Un ejemplo de ello lo constituyó la sentencia *P. c. S. (Cornwall Country Council)* en la que el Tribunal de Luxemburgo vinculó sin matices el principio de igualdad con otros derechos fundamentales fuera de los estrictamente circunscritos al ámbito laboral como el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona⁹³. No obstante, los matices restrictivos a este pequeño avance vendrían de la mano de la sentencia *Grant* en la que el TJCE especificó, de nuevo, que «tales discriminaciones únicamente basadas en el sexo de una persona, se limita al caso del cambio de sexo de un trabajador»⁹⁴.

90. El Tribunal señaló que «el Estatuto de la función pública –objeto del litigio en cuestión– era contrario a un principio general del Derecho que excluye toda discriminación fundada en el sexo y, más en particular, al artículo 119 del Tratado CE relativo al principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos»: SSTJCE de 7 de junio de 1972, *Sabbatini c. Parlamento Europeo*, Asunto 20/71, ap. 12; y de 7 de junio de 1972, *Bauduin c. Comisión*, Asunto 32/71, ap. 12. En sendos casos, el Tribunal echó por tierra los argumentos del Parlamento y de la Comisión así como la tesis del Abogado General Roemer, que se opuso a la teoría de aplicar un principio de Derecho de rango superior que reconozca la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Ap. 2 de las Conclusiones comunes, de 24 de febrero de 1972 (Rec. 1972, p. 353). Sobre la tesis mantenida por el TJCE puede verse LANDAU, 1985, p. 22.
91. STJCE de 15 de junio de 1978, *Gabrielle Defrenne c. Sabena*, Asunto 49/77 (*Defrenne III*).
92. STJCE de 27 de junio de 1989, *Achterberg-te Riele y otros c. Sociale Verzekeringbank*, Asuntos 48/88, 106/88 y 107/88, ap. 12. En el mismo sentido puede verse la STJCE de 2 de agosto de 1993, *Ministère Public y Direction du Travail et de L'emploi c. Jean Claude Levy*, Asunto 158/91, ap. 16.
93. STJCE de 30 de abril de 1996, *Cornwall Country Council*, Asunto 13/94, ap. 22.
94. STJCE de 17 de febrero de 1998, *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, Asunto 249/96, ap. 42 (despido por cambio de sexo).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El desarrollo jurisprudencial sobre el concepto y alcance del principio de igualdad entre hombres y mujeres realizado por el TJCE en base a las normas de Derecho originario y derivado, ha supuesto una destacable evolución⁹⁵. Los principales motivos para considerarlo de este modo consisten, en primer lugar, en realizar un intento paulatino por superar la dimensión meramente económica del concepto de igualdad. Y, posteriormente, en sobrepasar la mera dimensión social para ir configurando el principio de igualdad como un derecho fundamental no sólo del trabajador o de la trabajadora, sino del ciudadano y de la ciudadana en cualquier ámbito de la Unión Europea.

B. Las medidas de acción positiva a favor de las mujeres

Como es sabido, hasta el Tratado de Ámsterdam, no ha existido en la normativa comunitaria una definición expresa del término «acción positiva»⁹⁶. A pesar de ello, es comúnmente admitida, en este contexto, la aplicación de este concepto a aquellas medidas que pretendan, por un lado, compensar las discriminaciones e infravaloraciones pasadas en función de la pertenencia a un género determinado: en este caso, el femenino. Y, por otro lado, las medidas o prácticas encaminadas a suprimir las discriminaciones existentes y a remover los obstáculos que impidan que la igualdad sea plena. Asimismo, se incluyen aquellas otras que traten de corregir y eliminar las desigualdades de hecho existentes en la realidad social.

Este concepto se ha ido perfilando y consolidando a partir del análisis que el TJCE ha elaborado, fundamentalmente, en el campo del acceso a la función pública, considerándolas como una excepción más al principio de igualdad que la Directiva 76/207/CEE preveía en el artículo 2.4. No obstante, no nos parece coherente observar la acción positiva tan sólo como un correctivo de la igualdad formal en lugar de un presupuesto de la misma. Dicho de otro modo, ¿cómo es posible que una medida cuyo fin legítimo es la consecución efectiva de la igualdad, pueda considerarse una excepción a la misma y, menos aún, contraria u opuesta a dicha igualdad?⁹⁷

95. En este sentido, es particularmente reveladora la STJCE de 17 de octubre de 1995, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Asunto 450/93, ap. 21. Al respecto, ELVIRA PERALES, 2002, pp. 66 y ss.

96. En cualquier caso, el art. 141 TCE no utiliza el término «acción positiva», sino que hace referencia únicamente a «medidas» que, a partir del tenor literal del precepto, pueden conceptuarse y entenderse como aquéllas.

97. En este sentido, RUANO RODRÍGUEZ, p. 2. En una línea similar, REY MARTÍNEZ (1996, pp. 320-321) afirmó, a propósito del caso *Kalanke*, que la igualdad de oportunidades no puede considerarse una excepción al principio de igualdad de trato, sino una dimensión necesaria de éste.

La primera vez que el Tribunal se enfrentó a un supuesto de las características anunciadas es en el conocido caso *Kalanke*⁹⁸. En este asunto, se pidió al TJCE que se pronunciase acerca de si una norma jurídica que establece medidas de acción positiva en favor de las mujeres en el acceso a la función pública, es compatible con el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE referente a la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en materia de acceso al empleo y condiciones de trabajo.

En este caso concreto, la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública (Landesgleichstellungsgesetz de 20 de noviembre de 1990) establecía que para la contratación y el ascenso en lugares en los que las mujeres estuviesen subrepresentadas, se otorgaría preferencia a la mujer que poseyese las mismas calificaciones con relación al hombre⁹⁹. Asimismo, esta normativa afirmaba que para determinar la capacitación sólo se tendrían en cuenta las exigencias de la profesión o del puesto de trabajo. En este sentido, la experiencia o las aptitudes específicas adquiridas en el marco de otras tareas, sólo se considerarían capacitación si fueran útiles para desempeñar la actividad de que se trate. Conforme a esta normativa, se nombró jefa de la sección del Departamento de Parques Municipales a una candidata: la señora Glissmann.

A raíz de esta decisión, el señor Kalanke apeló alegando su situación social como cabeza de familia y que sus calificaciones eran superiores a las de la candidata elegida pero que, aunque no fuese así y tuviesen la misma capacitación, el régimen que prevé la Ley del Land de Bremen es contrario a la Ley Fundamental alemana por lo que se vulneraría, de igual modo, su derecho a no ser discriminado por razón de sexo. La demanda del señor Kalanke fue desestimada por el Arbeitsgericht (Juzgado de lo social) y, en apelación, por el Landesarbeitsgericht (Audiencia Provincial). El Bundesarbeitsgericht (Tribunal Federal/Sala de lo Social) en casación, precisó que, en este caso, no se está ante un supuesto de cuotas rígidas que reserva a las mujeres un determinado porcentaje de puestos vacantes independientemente de su capacitación. Se trata, por el contrario, de un régimen de cuotas

98. STJCE de 17 de octubre de 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*, Asunto 450/93.

99. El art. 4.5 de la Ley del Land de Bremen establecía que «existe infrarrepresentación de las mujeres cuando, en los distintos grados de salarios, sueldos y retribuciones de las respectivas categorías del personal de un determinado servicio, las mujeres no cubren al menos la mitad de los puestos o, también, cuando suceda lo mismo en los distintos niveles de función previstos en el organigrama».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que depende de la aptitud de los candidatos (aps. 8 y 14-19). En esta línea, las mujeres sólo gozan de preferencia a igual calificación y si existe infrarrepresentación.

En este punto, el Abogado General Tesauro consideró, en sus conclusiones, que la normativa de Bremen era contraria a la Directiva 76/207/CEE porque tal instrumento de Derecho derivado permite adoptar acciones positivas encaminadas a alcanzar la igualdad de oportunidades, en el punto de partida pero no la igualdad de resultados. Esta cuestión va a ser determinante en este caso para llegar a la conclusión de que la Ley de Bremen vulnera la igualdad formal. Sin embargo, no parece posible entender una igualdad jurídica sin una igualdad real y una igualdad de oportunidades que excluya la posibilidad de una igualdad en los resultados para poder hablar en términos de igualdad plena que, en caso contrario, quedaría vacía de contenido y despojada de toda efectividad.

En todo caso, el TJCE concluyó que la Ley del Land de Bremen era contraria a la normativa comunitaria al dictaminar que «cualquier preferencia "automática" de mujeres, aun con iguales calificaciones, constituía una infracción de la Directiva 76/207/CEE» (ap. 24).

Para llegar a esta conclusión, el TJCE estableció, en primer lugar, que la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción, sin posibilidad de observar otras circunstancias que puedan modificar este criterio de selección, va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción al principio de igualdad. En segundo lugar, el TJCE opinó que un sistema de esta naturaleza sustituye la promoción de la igualdad de oportunidades recogida en la Directiva mencionada para reconducirla a la igualdad de resultados, vulnerándose el principio de capacidad y mérito exigido en el acceso a la función pública. La igualdad en un resultado concreto sólo puede alcanzarse a través de la propia igualdad de oportunidades. Esta argumentación es el resultado de la tesis mantenida por el TJCE según la cual considera una medida de acción positiva como una excepción al principio de igualdad y no un presupuesto de la efectividad de la igualdad¹⁰⁰.

Respecto al primer argumento establecido por el TJCE, pueden plantearse dudas sobre la supuesta automaticidad de la medida adoptada por la Ley de Bremen. La cuestión es si realmente se está imponiendo una medida de forma absoluta, como pretende hacer ver el TJCE, si se tiene en cuenta

100. STJCE de 25 de octubre de 1988, *Comisión de las Comunidades Europeas c. República francesa*, Asunto 312/86, ap. 15; y STJCE de 15 de mayo de 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Asunto 222/84.

que en la propia medida se exigen, como requisitos previos para legitimarla, la misma calificación y la infrarrepresentación¹⁰¹.

En cuanto al requisito de la calificación, podría decirse que, si la normativa que prevé una medida de acción positiva en favor de la mujer establece el requisito previo de la igual calificación, no sería posible deducir que dicha ley ignore los criterios de mérito y capacidad exigibles para el acceso a la función pública. Por lo tanto, si la preferencia establecida por la Ley de Bremen está supeditada a la posesión inicial o preestablecida de requisitos de capacidad y mérito, no resultaría viable la pretensión de tachar a esta normativa de contraria al artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE ni, por consiguiente, al principio de igualdad¹⁰². Además, la propia Ley de Bremen excluye del concepto de capacitación aquellos méritos que sean consecuencia de otras experiencias o aptitudes específicas en tanto en cuanto no sean indispensables para el puesto en cuestión¹⁰³.

Respecto a la idea de infrarrepresentación, no suele tenerse demasiado en cuenta ni por la doctrina ni por la jurisprudencia a la hora de valorar la idoneidad de una medida de acción positiva. Sin embargo, podría considerarse uno de los elementos más relevantes para legitimar este tipo de medidas. Como puede comprobarse, el requisito de infrarrepresentación que dispone la normativa alemana no se ha tenido en cuenta por el Tribunal de Luxemburgo para decidir si el contenido de la Ley controvertida es o no contrario al principio de igualdad que predica la Directiva 76/207/CEE.

Tampoco el TJCE se detuvo a elaborar un concepto de infrarrepresentación que justificase la necesidad de la medida a adoptar. En este sentido, es importante tener en cuenta si, conforme a un criterio estadístico, hay mujeres que desean acceder a estos puestos y que, sin embargo, no lo logran por motivos ajenos a la capacidad o al mérito produciéndose la infrarrepresentación. En caso de darse esta situación se produciría una desigualdad por razón de género que habría que eliminar mediante la adopción de medidas de acción positiva, según establece la Directiva 76/207/CEE.

Asimismo, se suele conceptuar, en nuestra opinión, erróneamente, que la «cuota rígida» se da cuando se establece una preferencia para el grupo discriminado con independencia de los méritos o la capacitación o cuando se han fijado requisitos mínimos a cumplir sin posibilidad de contemplar excepciones que anulen el privilegio concedido a la persona objeto de discri-

101. CHARPENTIER, 1996, p. 287.

102. En esta línea, véase RUIZ MIGUEL 1996, p. 135.

103. Ap. 3. Art. 4.4 de la Ley del Land de Bremen relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Función Pública, de 20 de noviembre de 1990.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

minación. Por el contrario, se denomina «cuota flexible» a aquella que establece una preferencia para el grupo discriminado a igualdad de méritos en relación con el puesto de trabajo o la que establece la posibilidad de que se consideren otras circunstancias en el caso que eliminen la preferencia por la persona inicialmente discriminada¹⁰⁴. Sin embargo, en el caso *Kalanke* no se está ante un sistema de cuota, sino de trato preferente¹⁰⁵.

De este modo, el TJCE concluyó que una norma como la que se estudia, que establece una preferencia automática a favor de las mujeres, supone una discriminación por razón de sexo que vulnera el principio de igualdad formal. Pero no parece posible predeterminedar que una medida de acción positiva sea acorde a la igualdad real y al mismo tiempo vulnere la igualdad jurídica.

Otra cosa distinta es que la medida aplicada al caso concreto carezca de proporcionalidad o que la temporalidad de la medida no estuviera fehacientemente acreditada o bien que los prerequisites exigidos de igual capacitación e infrarrepresentación no fueran suficientes o no estuvieran convenientemente demostrados para justificar la adopción de una medida de acción positiva¹⁰⁶.

Aun así, la exigencia de igual capacitación e infrarrepresentación no son condiciones baladíes a la hora de justificar una medida como la que nos ocupa. De este modo, la falta de proporcionalidad argüida por el TJCE, no ha de razonarse en base a la pretendida automaticidad de la medida y, por ende, a la atribución directa de un resultado¹⁰⁷.

104. RIVERO ORTEGA, 1997, p. 326, quien, siguiendo a KONIG, plantea un modelo de «cuota mixta» asociado al principio de mérito.

105. La Ley de Bremen no establece una reserva de un porcentaje de puestos vacantes a favor de las candidatas (cuota) con independencia de su capacitación (cuota rígida), sino que establece una prioridad o preferencia cuya aplicabilidad queda condicionada al cumplimiento de determinados requisitos –a igual capacitación– (trato preferente).

106. Sobre la crítica de la doctrina a las tesis mantenidas por el Tribunal de Luxemburgo en este asunto pueden consultarse, entre otros, MOORE, 1996, pp. 156 y ss. ROFES I PUJOL, 1996, pp. 175 y ss.

107. A una interesante solución intermedia llega el Abogado General Saggio en las conclusiones presentadas en el caso *Badeck* (STJCE de 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck y otros c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Asunto 158/97). Así, en el ap. 30 determina que en el sistema de acciones positivas que se discuten en la sentencia *Kalanke* «el sexo del candidato sólo se toma en consideración en la fase final de la selección, puesto que la clasificación de las personas aptas para la promoción se establecía prescindiendo de su sexo». En consecuencia, «no cabría definir el sistema como completamente automático [...]». No obstante, no se puede excluir que esa medida podría haber favorecido de modo excesivo a los candidatos de sexo femenino, por cuanto la obligación de conceder preferencia a las mujeres, expre-

El segundo argumento empleado por el TJCE, en seguimiento de los argumentos del Abogado General Tesouro, en torno a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de resultado, tampoco parece muy acertado. Si la igualdad de oportunidades significa posibilitar la producción de un resultado, no resultaría sostenible que la Directiva 76/207/CEE permitiese actuar a los poderes públicos para incentivar una igualdad que luego no pueda producirse en la práctica.

En este sentido, parece inoportuno e innecesario el equívoco que produce la distinción entre medidas de promoción de la igualdad de oportunidades y de medidas destinadas a obtener directamente un resultado. La razón para escapar de estas construcciones conceptuales reside en que las medidas de acción positiva no sólo inciden en la igualdad de oportunidades entendida ésta como ocasión para el acceso a un puesto determinado, sino que también o, a nuestro parecer, sobre todo, las acciones positivas inciden en la probabilidad de que se produzca efectivamente ese acceso y, más allá, en la frecuencia o secuencia con la que la mujer se incorpora, por ejemplo, al empleo¹⁰⁸. Por lo tanto, la igualdad de oportunidades entendida como mera ocasión no parece tener relevancia en este supuesto (incluso en este contexto) ya que, cuando se aplica una medida de acción positiva en virtud, en este caso, de la Directiva 76/207/CEE, la igualdad de oportunidades hace referencia a la probabilidad de que se produzca un resultado igual si se quiere, efectivamente, alcanzar la igualdad real.

Además, hay que tener en cuenta que la Directiva 76/207/CEE no sólo permite la adopción de medidas de acción positiva para «promover» la igualdad, sino también para la corrección de las desigualdades fácticas. Lo mismo ha de interpretarse respecto del texto de la Recomendación del Consejo, sobre promoción de acciones positivas en favor de las mujeres¹⁰⁹.

Pese a la irregular argumentación llevada a cabo por el TJCE, fue importante el intento realizado para delimitar el alcance y la legitimidad de las medidas de acción positiva. El asunto *Kalanke*, pues, fue un comienzo necesi-

sada en esos términos rígidos, habría podido hacer extremadamente difícil que el empleador seleccionara a un candidato de sexo masculino».

108. En similares términos se pronuncia ATIENZA (1996, p. 117) al afirmar, en relación al caso *Kalanke*, que «el hecho de que ambos candidatos poseyeran calificaciones equivalentes no significa que tuvieran o no iguales oportunidades –entendiendo “ocasiones”– para alcanzar esa determinada calificación».
109. «Se recomienda a los Estados miembros: 1. Que adopten una política de acción positiva destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, [...] y que incluya medidas generales y específicas apropiada en el marco de las políticas y las prácticas nacionales».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rio que permitió plantearse la urgente necesidad de dar al concepto de acción positiva una base jurídica firme y estable.

En 1997, el Tribunal resolvió otro caso relacionado con medidas de acción positiva, el caso *Marschall*¹¹⁰. En este supuesto el señor Marschall alegó que se estaba vulnerando su derecho fundamental a no ser discriminado por razón de género. La razón de ello es que se concedió un puesto en el centro escolar de Schwerte (Alemania) a una candidata en virtud de la Ley de la Función Pública del Land Nordrhein-Westfalen (Beamten-gesetz de 1 de mayo de 1981, modificada el 7 de febrero de 1995) cuyo párrafo segundo del apartado 5 del artículo 25 establecía la preferencia de mujeres en la promoción profesional siempre que éstas estuvieran infrarrepresentadas en el nivel del correspondiente puesto de carrera y concurrieran en igualdad de aptitudes, competencia y prestaciones profesionales que sus compañeros. Hasta aquí todo se desarrolla en los mismos términos que la comentada sentencia *Kalanke*. Sin embargo, la norma aplicable a este caso, afirmaba en su inciso final: «salvo que concurren en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor».

Con esta cláusula se dejó abierta una vía para valorar otras circunstancias relevantes, eliminándose el carácter supuestamente automático que tenía la Ley de Bremen en la aplicación de medidas de acción positiva¹¹¹. Al respecto, el Land expone que el legislador nacional eligió conscientemente un concepto jurídico impreciso con objeto de garantizar la suficiente flexibilidad y, en particular, para otorgar a la Administración un margen de apreciación que le permita tener en cuenta todos los motivos que puedan concurrir en los candidatos (ap. 5). En consecuencia, pese a la preferencia a favor de las candidatas, siempre va a ser posible que la Administración opte por el candidato del sexo masculino basándose en criterios de promoción más o menos tradicionales. Esto es, teniendo plena discreción para, en su caso, promocionar a un candidato recurriendo de nuevo a aquellas razones basadas, generalmente, en estereotipos, roles sociales o cuestiones ajenas como la edad, la fidelidad, ser cabeza de familia, embarazos y, otras veces, en cuestiones no estrictamente específicas del cargo que se desea ocupar como la antigüedad, cuestiones todas que dificultan, en la práctica, que la mujer tenga la posibilidad de promocionar e incluso acceder a un puesto determinado.

110. STJCE de 11 de noviembre de 1997, *Helmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*, Asunto 409/95.

111. Esto ha llevado a la doctrina a tratar el caso *Marshall* como un supuesto de «cuotas flexibles» en oposición a las supuestas «cuotas rígidas» del caso *Kalanke*, que pueden llevar al regreso del nada deseable concepto de discriminación positiva. Expresión que, por otro lado, nunca ha sido empleada por el TJCE ni por la normativa comunitaria.

Como cabría esperar, ante una cláusula de apertura tan ambigua y de características poco definidas, el TJCE no puso objeciones a la aplicación de esta normativa alemana y, por lo tanto, no la consideró contraria al principio de igualdad. No obstante, consciente, creemos, del peligro que implica mantener la salvedad contenida en la norma que se analiza, el Tribunal de Luxemburgo matiza que los criterios que se valoren no podrán basarse en nuevos motivos de discriminación que perjudiquen a las candidatas (ap. 33). Claro que, en este punto, nos parece desproporcionada la falta de protección hacia las mujeres que pudiera producirse como consecuencia de la cláusula de salvedad en relación a la poca, a mi parecer, salvaguarda que se les otorga con la posterior puntualización realizada por el TJCE. Considero que, si bien era necesario y oportuno que el TJCE avisara de la imposibilidad de utilizar los criterios de valoración a título discriminatorio, pueden, a simple vista, presentarse algunos problemas.

El mayor problema residió en la dificultad de valorar y determinar qué criterio, puntualmente utilizado, conllevaba indicios discriminatorios y, por otra parte, en aplicar inicialmente la cláusula de salvedad incluyendo criterios discriminatorios que, lógicamente, sólo de forma posterior, se van a someter, a través de un control jurisdiccional, a la calificación de «discriminatorio» por lo que el perjuicio, la desigualdad o la discriminación contra las mujeres ya se ha vuelto a reproducir.

Por consiguiente, parece que la cláusula de apertura resulta imprecisa, por un lado, por la inexistencia o, cuanto menos, dificultad de acotamiento de las posibles circunstancias o criterios personales que excluyen de nuevo la preferencia que, en origen, favorecía a la mujer¹¹². Y, por otro, por la propia motivación que justifica el criterio para la selección ya que, mientras que en el caso de la preferencia por la candidata femenina la causa de justificación responde a una realidad social objetiva y perfectamente determinable que incide en el colectivo femenino y que pretende, desde la perspectiva jurídica y social, la consecución de la igualdad en beneficio de todos y todas, la inaplicación de la medida como consecuencia de la cláusula de apertura únicamente responde a circunstancias personales de carácter individual y, quizás por ello, de dudosa justificación y enclave jurídico.

En conclusión, aunque el TJCE haya establecido esta suerte de advertencia anti-discriminatoria, nos parece que continúa existiendo una posibilidad

112. En este sentido, LÓPEZ ANADÓN, 1997, p. 2. También, el Gobierno del Land Nordrhein-Westfalen, aclaró que entre las circunstancias específicas que pueden concurrir en el candidato, se encuentran criterios de selección secundarios referentes a la antigüedad y a la situación social. Al respecto puede verse el punto 8 de las conclusiones del Abogado General F. G. Jacobs.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

alta e innecesaria de que, con esta cláusula, se abra una nueva vía para consolidar desigualdades de hecho que sigan perpetuando la falta de acceso y ocupación de estos puestos por mujeres.

En definitiva, parecía que, con el asunto *Marshall*, se presentaba una nueva ocasión para que el TJCE se pronunciase sobre la problemática existente en torno a la adopción de medidas de acción positiva. Sin embargo, las argumentaciones utilizadas por el Tribunal de Luxemburgo parecen dejar un cierto sabor agri dulce ya que, si bien matiza el alcance de la acción positiva al considerar la medida conforme a la Directiva 76/207/CEE no podría hablarse, a nuestro modo de ver, de avance en tanto en cuanto el TJCE se limitó a reproducir, básicamente, los argumentos empleados en el caso *Kalanke*.

En función de todo ello, se podría extraer una cierta sensación de retroceso o de contradicción jurídica en la sentencia *Marschall* cuya utilidad no respondió tanto al objetivo de continuar delimitando el alcance de la adopción de medidas de acción positiva para la consecución de la igualdad en las condiciones profesionales en el ámbito público del acceso y la promoción en la función pública. Parece más interesante que el Tribunal de Luxemburgo incluyera entre sus valoraciones cuestiones relativas a la realidad social que le llevaron a comprobar y concluir que la igualdad formal no se corresponde con la igualdad real y que, consecuentemente, una interpretación estricta del principio de no discriminación por razón de género no es suficiente para lograr la efectiva igualdad de oportunidades¹¹³.

De algún modo, esta visión del TJCE responde, en buena lógica, a los cambios que se estaban fraguando en el Derecho comunitario, fundamentalmente, originario. Cambios que culminaron con algunas modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam en materia de igualdad, especialmente, en lo que se refiere a la ampliación de tal concepto al introducir referencias a la igualdad de oportunidades, a aspectos distintos de la retribución o, finalmente, la legitimación de las medidas de acción positiva no ya como una excepción al principio de igualdad formal, sino como una exigencia de la plena igualdad o igualdad real.

Tras los casos descritos y la reforma de Ámsterdam, el TJCE va a tener la oportunidad de pronunciarse sobre las medidas de acción positiva en los asuntos *Badeck y otros*, *Abrahamson y Anderson*, *Lommers* y 30 de septiembre de 2004, Serge Briheche C. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale y Ministre de la Justice, Asunto C-319103¹¹⁴. En el primero de ellos,

113. MARTÍN VIDA, 1998, pp. 329-330.

114. SSTJCE de 28 de marzo de 2000, *Georg Badeck y otros c. Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Asunto 158/97; 6 de julio de 2000, *Katarina Abrahamsson y Leif*

el TJCE se pronunció a favor de la compatibilidad de la Ley del Land de Hesse sobre la Igualdad de Derechos entre Hombres y Mujeres y para la Eliminación de la Discriminación de las Mujeres en la Administración Pública, de diciembre de 1993, con la Directiva 76/207/CEE. La norma controvertida contenía cinco modelos distintos de acción positiva en favor de las mujeres. En coherencia con lo hasta aquí estudiado es de interés la referencia del primer modelo¹¹⁵. Éste otorgaba preferencia a las candidatas en caso de igualdad de cualificación entre los candidatos seleccionados de distinto sexo, en los sectores de la función pública que estuvieran infrarrepresentadas, siempre que fuese necesario para la consecución de los objetivos numéricos vinculantes diseñados en el correspondiente plan de promoción de la mujer, y salvo que ello se opusiese a un motivo de rango jurídico superior.

De nuevo, al igual que en el asunto *Marschall*, nos encontramos ante una cláusula de apertura también de naturaleza indeterminada, aunque quizá con un matiz importante consistente en la naturaleza –jurídicamente superior– del motivo por el que quede suprimida la inicial preferencia en favor de la candidata. Además de este matiz, el Primer Ministro del Land, se encargó de elaborar una lista de las causas que motivarían la exclusión de la aplicación de la medida de acción positiva. Así, éstos consisten en la existencia de antiguos miembros de personal de la Administración que hayan cesado por razones de trabajo familiar o que por la misma razón hayan ejercido una actividad a tiempo parcial y deseen volver a desempeñarla a tiempo completo o militares que hayan cumplido un servicio de duración limitada más largo que el servicio obligatorio o personas que sufren una minusvalía grave o, por último, personas en situación de desempleo de larga duración.

Lo destacable del caso fueron las conclusiones del Abogado General A. Saggio al apartarse de la tradicional concepción por la que las medidas de acción positiva eran vistas como una excepción al principio de igualdad. De este modo, afirma, en seguimiento del Tratado de Ámsterdam, que igualdad formal y sustancial no son realidades antitéticas por lo que la acción positiva no ha de ser considerada de forma restrictiva, porque tal tesis no sería coherente con la evolución del Derecho Comunitario¹¹⁶. Así, pues, el TJCE se limita en términos generales a seguir la línea mantenida en la sentencia *Marshall*.

Anderson c. Elisabet Fogelqvist. Asunto 407/98; y 19 de marzo de 2002, *H. Lommers y Minister van Landbouw y Natuurbeheer en Visserij*, Asunto C-47/99 y 30 de septiembre de 2004, *Serge Briheche C. Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation Nationale y Ministre de la Justice*. Asunto C-319/03.

115. Puede verse el análisis de los cuatro modelos restantes en MARTÍN VIDA, 2000, pp. 12-14.

116. Punto 26, aps. 2 y 3 de las conclusiones presentadas en Audiencia Pública, el 10 de junio de 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Posteriormente tuvo lugar el pronunciamiento sobre el caso *Anderson*¹¹⁷. En este supuesto, ocho candidatos optaban al puesto de profesor de Ciencias de la Hidrosfera de la Universidad de Göteborg. En el proceso de selección pertinente se aplicó la normativa sueca que otorgaba la posibilidad, en el ámbito concreto de la enseñanza superior, de elegir al candidato que, poseyendo la capacitación suficiente, pertenezca al sexo menos representado respecto de un candidato del sexo opuesto siempre que la diferencia entre las calificaciones de los candidatos no sea tan considerable como para que la aplicación de dicha regla vulnere la exigencia de objetividad en el momento de efectuar la selección y la posterior contratación. Conforme a ello, en una primera selección, el Señor Anderson recibió cinco votos y la Señora Destouni tres. Sin embargo, en una segunda votación, el tribunal calificador aplicó la normativa sueca sobre la adopción de medias de acción positiva orientadas a asegurar la paridad de género resultando elegida la señora Destouni por seis votos a dos frente al Señor Anderson. El problema surgió cuando la Señora Destouni renunció y el Rector de la Universidad pidió a la Comisión de Nombramientos de la Facultad de Ciencias que se reuniera de nuevo para valorar las siguientes candidaturas. Así, dicha Comisión consideró notable la diferencia de cualificación del Señor Anderson respecto de las otras candidaturas por lo que les resultaba extremadamente complicado aplicar la normativa invocada en tales circunstancias.

Pese a ello, el Rector de la Universidad, en aplicación del Plan de Igualdad entre hombres y mujeres de tal Entidad, procedió a la selección de la Señora Fogelqvist, tercera clasificada en la segunda selección de la Comisión, por considerar que la diferencia de cualificación entre esta candidata y el Señor Anderson no convertía la medida de acción positiva en una práctica contraria a la exigencia de objetividad en la selección de los candidatos ni en el posterior desempeño de sus funciones por la elegida. Tras la elección, el Señor Anderson y una cuarta candidata: la Señora Abrahamsson, recurrieron esta decisión ante el órgano jurisdiccional nacional quien planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE para averiguar si la normativa sueca aplicada en este caso resulta compatible con la Directiva 76/207/CEE.

El Tribunal de Luxemburgo, tras recordar los criterios a partir de los cuales son admisibles conforme al Derecho Comunitario las medidas de acción positiva, afirmó que en este supuesto la normativa sueca permite dar preferencia a un candidato que, si bien tiene la cualificación suficiente, ésta es inferior a las de otros candidatos y no se demuestra fehacientemente que

117. STJCE de 6 de julio de 2000, *Katarina Abrahamsson y Leif Anderson c. Elisabet Fogelqvist*, Asunto 407/98.

los criterios empleados para la selección hayan sido claros y precisos. En virtud de ello, el TJCE consideró, recordando los argumentos empleados en la sentencia *Kalanke*, que tal medida concede automáticamente la preferencia a la candidata únicamente en función de la infrarrepresentación ya que, además, en este caso, los méritos de la candidata seleccionada son inferiores a los de otros candidatos del sexo no infrarrepresentado (ap. 52, en conclusión a los aps. 45, 47 y 51).

El TJCE continúa exponiendo que, si bien es cierto que el artículo 14.14 TCE, en garantía de la plena igualdad entre hombres y mujeres, autoriza a los Estados miembros a mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales, ello no ha de representar la posibilidad de permitir un proceso de selección desproporcionado en relación con el objetivo que se persigue. Esta tesis lleva al TJCE a concluir que los apartados 1 y 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE y el apartado 4 del artículo 141 del Tratado CE se oponen a una normativa nacional que contemple la preferencia de un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado con suficiente capacitación cuando la diferencia entre los méritos de los candidatos sea tan considerable como para vulnerar la exigencia de objetividad en la provisión de puestos (ap. 56).

Quizás, en este caso, la solución aportada por el TJCE no era del todo desacertada. Es posible que, en este supuesto, la medida concreta adoptada no fuese proporcional y, por lo tanto, su aplicación no resultase legítima. Pese a ello, no coincido plenamente con los argumentos empleados por el TJCE para llegar a tal desenlace. Puede que el motivo principal sea la falta de justificación de la capacitación suficiente de la candidata seleccionada ya que sus aptitudes parecían responder más a un perfil administrativo que científico¹¹⁸. Sin embargo, el TJCE estableció que lo determinante para la incompatibilidad de esta medida con el ordenamiento comunitario radicaba en la diferencia entre los méritos de los candidatos¹¹⁹. Consideramos que se

118. Aps. 23 y 24. Aunque esta situación no tendría que ser necesariamente indicativa de una menor capacitación ya que el art. 15 del Reglamento sueco 100/1993, sobre la Enseñanza Superior en su versión en vigor de 1999 dispone que «deberán motivarse [parece indistintamente] los méritos científicos, artísticos, pedagógicos, administrativos o cualquier otro que tenga relación con el contenido de la asignatura».

119. En similares términos se pronunció el Abogado General A. Saggio en los aps. 27 y 28 de las Conclusiones presentadas el 16 de noviembre de 1999, al afirmar que «imponer la elección de un candidato del sexo infrarrepresentado con, notablemente, menos capacitación o méritos que otros candidatos, supone una preferencia incondicional que [...] desnaturaliza y vacía de contenido la función de selección». Tampoco el Abogado General A. Saggio parece diferenciar entre méritos y capacitación o «competencia» en términos de la Ley sueca aunque hemos de apuntar que nos parece más acorde y elaborada esta fundamentación para justificar la despropor-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

está utilizando, erróneamente, de forma indistinta la capacitación suficiente que es lo que exige la Ley sueca y los méritos que perfectamente pueden incluir criterios que resulten de nuevo perjudiciales, *de facto*, para el género infrarrepresentado como la experiencia en otros campos o cualquier otro que no sea imprescindible para el desarrollo del puesto en cuestión.

Por otra parte, recuérdese que la candidata quedó en el tercer puesto en la segunda selección realizada por la Comisión calificadora, por lo que puede presuponerse acreditada la capacitación mínima exigible de la candidata en función de la resolución pertinente. Por consiguiente, pese a que el TJCE ha argumentado sobre la necesidad de garantizar que los méritos tenidos en cuenta sean los efectivamente relevantes para el puesto de trabajo, en la práctica, parece realizar un uso equivalente de los méritos y de la capacitación suficiente¹²⁰. En sentido positivo, se ha de reconocer al TJCE la rotunda admisión que realiza respecto de la acción positiva haciendo referencia, por primera vez, al contenido del artículo 141 TCE. Sin embargo, el regreso a argumentos, de sobra conocidos, como la automaticidad de la medida o el insuficiente requisito de la infrarrepresentación para legitimarla o la inexistencia de una cláusula de apertura, hacen pensar en la pervivencia de una visión aún restrictiva de la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

En el asunto *Lommers*, se plantea una cuestión prejudicial relativa a una circular del Ministerio de Agricultura holandés, que, al amparo de la Ley de Igualdad de trato entre hombres y mujeres, reserva las plazas de guardería al personal femenino del Ministerio salvo en caso de urgencia, que corresponderá apreciar al Director; esto es, introduciendo de nuevo una cláusula de apertura.

El Sr. Lommers es funcionario del Ministerio de Agricultura. Su esposa ejerce una actividad profesional para otro empleador. El 5 de diciembre de 1995, el Sr. Lommers solicitó al Ministerio de Agricultura que reservara una plaza de guardería para su hijo que iba a nacer. El 20 de diciembre de 1995 fue denegada su solicitud debido a que los hijos de los funcionarios única-

cionalidad de la normativa controvertida que la empleada por el TJCE pero, a nuestro juicio, sólo se vaciaría de contenido la función selectiva si la elección de la candidata se efectuase sin haber obtenido, ni siquiera, la mínima cualificación o fuera una cualificación precaria y escasa sin entrar a valorar otros méritos «extra» sobre los exigidos para la plaza en cuestión.

120. Aps. 31 y 32 de la Sentencia *Badeck* y ap. 47 de la Sentencia *Abrahamsson*. Vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, 2000, p. 2. La autora opina que el TJCE no justifica mínimamente su decisión sobre la cuestión y tampoco concreta ninguna pauta que permita valorar la presunta desproporcionalidad.

mente podían acceder a los servicios de guardería controvertidos en el asunto principal en caso de urgencia.

El TJCE consideró que, en estas circunstancias, procede señalar que una medida como la controvertida en el litigio principal, que se inserta en el marco de un concepto restringido de igualdad de oportunidades, en la medida en que lo que se reserva a las mujeres no son puestos de trabajo, sino el disfrute de ciertas condiciones de trabajo destinadas a facilitar la continuación y el progreso en su carrera profesional, pertenece, en principio, a la categoría de aquellas que tienden a eliminar las causas de que las mujeres tengan menos oportunidades de acceder a un empleo y de desarrollar una carrera profesional y que tienen la finalidad de mejorar la capacidad de la mujer para competir en el mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en pie de igualdad con los hombres (ap. 38). A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar que se han acreditado efectivamente las circunstancias de hecho expuestas en los apartados 36 y 37 de la Sentencia.

En consecuencia el TJCE concluyó que el artículo 2, apartados 1 y 4, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida en favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asumen solos, la guarda de sus hijos.

Así, pues, parece que la línea jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo para que la acción positiva sea considerada acorde con la Directiva 76/207/CEE, apunta a exigir que no se conceda preferencia a las candidatas, a pesar de las exigencias de infrarrepresentación¹²¹ y de igual capacitación, a menos que en la normativa en cuestión concorra una cláusula de salvedad¹²².

121. Recuérdese que este criterio fue empleado por la CDF, proclamada unos meses después de estos últimos pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo sobre acción positiva.

122. GUDE FERNÁNDEZ, 2001, p. 175. Sobre las cláusulas de apertura también se muestra reticente el Abogado General A. Saggio que, en el punto 28 de las conclusiones,

2. FUNDAMENTO

2.1. NECESIDADES ESPECÍFICAS DEL COLECTIVO

La lucha por la igualdad, superada en el ámbito del Derecho, se intensifica en el plano realidad social de modo que, en el momento presente, son las situaciones fácticas las que colocan en una profunda desventaja e infravaloración social a algunas personas por el hecho de presentar un rasgo innato que las diferencia. Uno de los casos en los que se da esta desigualdad de hecho es el de las mujeres que, por su pertenencia al género femenino y por compartir el rasgo innato de ser mujer, han sufrido y aún sufren múltiples situaciones de subordinación respecto del grupo dominante: en este caso, el género masculino. No obstante, la diferencia no legitima una correlativa desigualdad injustificada de hecho o de derecho.

La desigualdad injustificada contra las mujeres constituye, asimismo, un plus, un perjuicio añadido, un daño más grave y denigrante, si cabe, que el que pueda producirse respecto de otras causas de discriminación contenidas en el artículo 14 CE o análogas, ya que todas las situaciones de desigualdad que acontezcan a las mujeres, en función de su pertenencia a un colectivo minusvalorado socialmente, constituirán una discriminación adicional a la que ya sufren por el hecho de ser mujeres¹²³.

Pero las mujeres no son un grupo ni una categoría social ni constituyen una minoría numérica. Por el contrario, las mujeres conforman la mitad de la Humanidad y, como tal, les ha de corresponder, como personas individuales, los mismos derechos que les corresponde a los hombres así como su pleno ejercicio¹²⁴. Si bien es cierto que la discriminación o la desigualdad social contra las mujeres tiene su causa en el arraigo de estereotipos y en la asignación de roles que, a partir de la división de los espacios público y privado, han situado y aún sitúan a las mujeres en una suerte de ciudadanía de segunda clase¹²⁵ y, en este sentido, son consideradas un colectivo infravalorado, la consecución de la igualdad y de la realización de los derechos y la plena ciudadanía no les corresponde a las mujeres por su pertenencia a un

establece que «si la exigencia de conciliar el principio general de no discriminación con las acciones positivas a favor de la mujer implicara sin más la ilegalidad de toda acción positiva en la que se prevea alcanzar un resultado objetivo, como la contratación, ello reduciría en gran medida el alcance de las acciones, vaciándolas de contenido y asimilándolas a las de carácter auxiliar, que no siempre constituyen medios eficaces para corregir las desigualdades sociales».

123. BARRERÉ UNZUETA, 1997, en general.

124. AGACINSKI, 1998, en general.

125. SALAZAR BENÍTEZ, 2010, capítulo II.

colectivo, sino por ser personas individuales con idénticos derechos que los hombres.

Sin embargo, la igualdad de oportunidades no la disfrutaban en la misma medida hombres y mujeres por lo que, en multitud de campos, las mujeres van a precisar medidas de acción positiva para conseguir la plena igualdad de oportunidades. Ésta incluye no sólo la misma suerte en los puntos de partida, sino también la posibilidad de que las mujeres puedan optar a un mismo resultado, sin trabas en el recorrido¹²⁶.

Así, se habla de la igualdad de género como aquella encaminada a conseguir la igualdad de oportunidades de las mujeres respecto de los hombres tanto en el plano de los derechos como en el de la realidad social.

2.2. LA ACCIÓN POSITIVA EN EL CONTEXTO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

2.2.1. Aproximación conceptual

El origen del Derecho antidiscriminatorio surgió en los Estados Unidos de América ante un intento de acabar con la historia de discriminación y segregación racial. Serían múltiples los pronunciamientos del Tribunal Supremo norteamericano sobre este particular pasando por diversas etapas que, finalmente, le llevarían a admitir sin recelo los programas y las medidas de acción positiva¹²⁷. Sin embargo, en el contexto de la segregación racial y étnica la multitud de planes de acciones positivas, no siempre bien entendidos, provocaron recelos entre grupos y nuevos alardes segregacionistas por lo que el fin de esta política quedaba en entredicho. De este modo, la *Affirmative Action* norteamericana sufrió un cierto retroceso hacia los años ochenta del pasado siglo, coincidiendo con su llegada y aceptación en Europa, aquí, fundamentalmente, en el ámbito de la igualdad de hombres y mujeres. La igualdad se reclamó inicialmente en materia de empleo pero, posteriormente, se haría extensible a otros muchos ámbitos como la representación política, la conciliación de la vida familiar y laboral, la violencia de género, etc.

126. En general, BALLESTRERO, 1996, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1996.

127. En este punto, REY MARTÍNEZ (2000, p. 5) mantiene un análisis comparativo entre este grado básico de examen judicial y el contenido del primer inciso del art. 14 de nuestro Texto Constitucional. De este modo, la genérica igualdad ante la ley que propugna el citado precepto podría equipararse al examen de mínimos que realiza el Tribunal estadounidense mientras que la posterior prohibición de discriminación que prescribe dicho artículo tendría que ver con otro tipo de control más severo empleado por el Tribunal Supremo norteamericano.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

No obstante, no todas las medidas de acción positiva son pacíficamente admitidas. En general, a las medidas de acción positiva capaces de perseguir y conseguir efectivamente la igualdad real, en este caso, entre hombres y mujeres que incluyen algún tipo de cuota o trato preferente a favor de las mujeres no son siempre medidas consideradas admisibles desde la perspectiva de su constitucionalidad. En este sentido, quizás bajo una interpretación restrictiva y formalista de la igualdad, parte de la doctrina ha considerado que las acciones positivas a favor de las mujeres son un trato formalmente desigual y, por lo tanto, discriminatorio. No obstante, en base a que su finalidad es la igualdad comenzaron a utilizarse términos como «discriminación positiva», o términos importados del Derecho norteamericano como «discriminación inversa»¹²⁸.

En relación a estas nuevas terminologías comenzaron a consolidarse clasificaciones sobre los tipos de medidas que en ocasiones han podido conducir a confusiones acerca de su significado. El objetivo de las medidas de fomento es más amplio que el de las medidas de acción positiva. Así, mientras que las medidas de acción positiva tienen como finalidad última y esencial –incluso única– la igualdad, las medidas de fomento tienen como objetivo la plena integración en el mercado de trabajo de colectivos que presentan tasas de paro elevadas y duraderas en el tiempo y, en general, que tengan dificultades de acceder al empleo y, por lo tanto, no son sólo políticas de igualdad¹²⁹.

Generalmente, las medidas de fomento para la contratación u otras medidas de acción positiva para la formación de las mujeres que inciden en la línea de partida han sido admitidas constitucionalmente porque se han considerado medidas suaves o flexibles ya que suelen comportar un menor riesgo en la distribución de recursos escasos y no suponen ningún perjuicio para los hombres en la competición por un mismo puesto. Mientras, la «cuota» y el «trato preferente», que son medidas que afectan a una parte central del recorrido por la igualdad de género, han sido consideradas medidas incisivas y de naturaleza discriminatoria que conllevan la consecución de un resultado y que, en consecuencia, habría que reconducirlas a la categoría de «discriminación positiva». Sin embargo, la connotación del término discriminación en este contexto resulta peyorativa y negativa por lo que, en contra de este criterio, habría que matizar que si una medida es discriminatoria será porque no persigue la igualdad, sino la desigualdad injustificada por lo que, entonces, ya no se está en el campo de actuación de la acción positiva y si en

128. Sobre este particular, se ha de consultar el esclarecedor trabajo de BARRÈRE UNZUETA, 1997.

129. SIERRA HERNAIZ, 1999, p. 34.

el de la discriminación prohibida por el art. 14 CE y hablar de discriminación positiva conlleva una contradicción en el propio término¹³⁰.

Asimismo, parece necesario que el concepto de «igualdad de oportunidades» incluya el concepto de resultado si la igualdad a perseguir es la real y efectiva. En sentido contrario, ¿de qué serviría propugnar la igualdad si no puede llegar a realizarse? Así, apartándonos de construcciones farragosas y de dudosa utilidad y con independencia de que la medida incida en el punto de partida o en otra fase del recorrido hacia la igualdad, cuando el objetivo es la igualdad de género, en nuestra opinión, sería preferible y resultaría más útil denominarlas, únicamente, medidas de «acción positiva».

2.2.2. Requisitos para su configuración

Las acciones positivas constituyen un trato diferenciado justificado en el fin de la igualdad y, en consecuencia, no son discriminaciones. Asimismo, suelen legitimarse bajo los requisitos de la infrarrepresentación del colectivo discriminado en un sector concreto y, en ocasiones, de la temporalidad de la medida si el objetivo concreto de la misma responde a metas abarcables en un tiempo determinado. Uno de los problemas emergentes consiste en determinar, con carácter previo, el plazo de aplicación de la medida. Es prácticamente inviable establecer la duración de una medida *a priori* ya que puede sufrir transformaciones e, incluso, evidenciarse su ineficacia en el tiempo haciendo necesario optar por aplicar otra medida al caso concreto¹³¹. De este modo, la duración de la medida estará determinada no sólo por las circunstancias que rodean la desigualdad de género, sino por los hechos que vayan surgiendo a su alrededor.

Por ello, la temporalidad no parece una característica esencial de toda medida de acción positiva, sino que habrá que atender a la manera de expresar la medida y a los objetivos y destinatarios de la misma. Así, por ejemplo, si una medida consiste en reservar un número entero o un porcentaje a las mujeres en materia de representación política será necesario hablar de temporalidad de la medida y de utilizar un sistema de control posterior que haga desaparecer la medida cuando el objetivo propuesto en la misma se haya satisfecho. Sin embargo, si la medida se ha expresado en términos neutros, poniendo de relieve la idea de paridad sin especificar qué género debe de ser favorecido por la medida, se presume que la medida va a beneficiar al género que se halle, en un momento determinado, en una situación de

130. BARRERÉ UNZUETA, 1997, p. 86.

131. SIERRA HERNÁIZ, 1999, p. 101. ARANDA ÁLVAREZ, 2001, p. 55. El autor habla de transitoriedad de la medida aunque lo circunscribe a lo que entiende por discriminación inversa flexible o constitucionalmente aceptable. REY MARTÍNEZ, 1995, p. 87.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

inferioridad pero que, en otro caso, podría ser el género contrario. Por lo tanto, la temporalidad no será necesaria.

Este tipo de medidas se muestran, a nuestro juicio, más interesantes porque el fin inicial se corresponde con el fin último: la paridad cualitativa, mientras que las medidas temporales, aunque en muchas ocasiones resultan oportunas y necesarias, buscan un objetivo inicial, más polémico: favorecer a las mujeres para alcanzar la paridad cuantitativa. Creemos que las medidas que no tengan que estar sometidas al requisito de la temporalidad se hallan impregnadas de un carácter más permanente y, por lo tanto, se presentan, en la práctica, con mayor eficacia para la permanencia de la igualdad. Por este motivo, mientras la infrarrepresentación de un género en un sector es el punto clave para evidenciar la desigualdad existente y, al tiempo, la legitimación de la acción positiva, la temporalidad no ha de ser un elemento necesario de la definición de acción positiva, ya que no todas estas medidas tienen, intrínsecamente, la característica de la temporalidad.

En este sentido, la aplicación de las acciones positivas se encuentra plenamente justificada ya que persigue el fin legítimo de la igualdad y como medio está sujeta a los requisitos mencionados. Otra cosa distinta sería si en la aplicación de la medida al caso en cuestión, bien en la justificación para la legitimación o bien en el control de la medida aquella exceda los cánones de objetividad y razonabilidad o adolezca de falta de proporcionalidad en cuanto a falta de adecuación entre medios y fines o la inexistencia de idoneidad.

Por todo ello, el concepto de acción positiva por el que se opta aplicable a la igualdad entre hombres y mujeres establecería que la acción positiva es toda actuación en positivo reflejada en una medida o conjunto de medidas consistentes en una norma jurídica, decisión judicial, política pública o práctica privada, destinadas a la consecución de la igualdad real de género, evitando y eliminando obstáculos en cualquier tramo del recorrido así como favoreciendo, de manera efectiva, la absoluta participación e inclusión de hombres y mujeres en cualquier aspecto de la vida pública o privada.

3. DERECHOS COMUNES

3.1. AMPLIACIONES

3.1.1. Derecho a la integridad física y moral

A. Normativa sobre la explotación sexual. Estudio especial de la prostitución

La prostitución y la explotación sexual de las mujeres no es un hecho

novedoso. Al parecer, ya en la antigua Mesopotamia los hombres ofrecían a sus mujeres a los huéspedes como símbolo de hospitalidad¹³². Este uso se extiende a Grecia, Roma, la Edad Media y los Reinos y Monarquías europeas de los siglos XV al XVIII. Incluso, con la lucha por el derecho al sufragio activo de las mujeres, se prohíbe el derecho al voto a aquellas mujeres de dudosa reputación.

En la actualidad, según las cifras que maneja Naciones Unidas y la Organización Internacional de las Migraciones más de cuatro millones de mujeres y niños son víctimas de la trata y de las más de 500.000 personas que llegan anualmente a Europa Occidental procedentes de países de Europa Central y Oriental, África, América Latina, El Caribe y Asia, hasta un 90 % son objeto de explotación sexual¹³³. En España, ejercen la prostitución entre 300.000 y 400.000 mujeres en su mayor parte extranjeras, de edades comprendidas entre 18 y 30 años, bajo nivel económico y cultural, y una necesidad imperiosa de ganar dinero para pagar la deuda de su venida a España por lo que suelen estar en situación ilegal¹³⁴.

En este contexto, resulta particularmente interesante establecer, como apunta la profesora CARMONA CUENCA, tres ideas básicas para comprender que la prostitución puede vulnerar derechos humanos de las mujeres. En primer lugar, la prostitución es un fenómeno esencialmente femenino e, incluso, cuando se trata de prostitución masculina, los clientes son, en su mayoría, hombres por lo que entendemos que la ostentación del poder que se presenta en la figura de la persona que paga es, en un 99 % de los casos, masculina. En segundo lugar, cuando una parcela íntima, como es la sexualidad de una persona, en este caso, mujeres y niñas, se convierte en un remedio para la supervivencia, se pueden estar dañando importantes secuencias vivenciales de estas mujeres, tanto a nivel psíquico y emocional, como físico al tiempo que vulnerando sus derechos fundamentales como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) e, incluso, a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y, asimismo, la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

En último lugar y de esencial trascendencia, la situación de las mujeres en el entorno de la prostitución se ha de intentar comprender desde una perspectiva de género. Es decir, la mujer prostituida¹³⁵ parte de una posición

132. Un apunte histórico y para lo que sigue, CARMONA CUENCA, 2007, pp. 43 y ss.

133. DÁVILA, 2001, p. 22. En general, GIMÉNEZ BARBAT, 2008.

134. MARTÍNEZ ALARCÓN, 2003. Para consultar las cifras, véase http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678228&language=cas_ES&pagename=InstitutoMujer%2FPagina%20FIMUJ_Estadisticas.

135. CARMONA CUENCA, 2007, pp. 43-83. Explica la autora la mejor adecuación del término «prostituidas» en lugar del de «prostitutas».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

débil en esa relación en razón a los estereotipos históricamente arraigados que la identifican con un mero objeto de placer sexual al servicio de los varones, produciéndose, así, una relación de subordinación entre los géneros que se muestra como una evidencia más de la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres¹³⁶. Por lo tanto, desde una perspectiva de género, la prostitución se explica en nuestras sociedades como parte de la desigual relación entre los géneros, como una muestra más de la dominación de los varones sobre las mujeres¹³⁷.

La protección de las mujeres prostituidas se ha dado especialmente en el ámbito internacional¹³⁸. El primer Instrumento internacional que parte de la abolición de la prostitución es el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949 (que entró en vigor en 1951) y ratificado por España¹³⁹. Posteriormente, se ha de tener en cuenta, el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), de 1979. Ya en la década de los noventa del pasado siglo, la Asamblea General de la ONU adoptó en 1993 la Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres. Este documento se considera de especial relevancia porque se definió la prostitución como una de las formas de violencia, distinguiéndose, por primera vez, entre prostitución libre y prostitución forzada, condenando sólo esta última modalidad. Estas cuestiones se ven claramente reflejadas en la Declaración y Plataforma de acción que se aprueban tras la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Pekín (China) en 1995. Finalmente, otro texto internacional de referencia es el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente, Mujeres y Niños, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 2000. Una aportación destacable y novedosa de este Protocolo es la definición, en el artículo 3 de «trata de personas» y la irrelevancia de la figura del consentimiento en este contexto.

136. Sobre el concepto de subordinación, BARRÉRE UNZUETA, 2001.

137. Véase el Informe *La prostitución. Claves básicas para reflexionar sobre un problema*, de APRAMP/Fundación Mujeres, de 2005. Desde una perspectiva feminista, la prostitución se define como «Institución masculina patriarcal según la cual un número limitado de mujeres no llega nunca a ser distribuido a hombres concretos por el colectivo de varones a fin de que queden a merced no de uno solo, sino de todos los hombres que deseen tener acceso a ellas, lo cual suele estar mediatizado por una simple compensación económica» (*Diccionario ideológico feminista*, Icaria, Madrid, 1981). Véase también, CARRACEDO BULLIDO, VI GIL y VICENTE, en <http://www.aboliciondelaprostitucion.org/documentos.htm>.

138. CHICANO JÁVEGA, 2007, p. 1469 y ss.

139. Una síntesis del Derecho Internacional y el Derecho europeo en la materia puede verse en REY MARTÍNEZ, MATA MARTÍN y SERRANO ARGÜELLO, 2004.

En Europa también se han dictado varias normas comunitarias e internacionales específicas sobre la trata de mujeres para explotación sexual, debido al enorme incremento que ésta ha experimentado en los últimos tiempos¹⁴⁰.

En la actualidad, el debate sobre la respuesta que el Derecho debe dar a la cuestión de la prostitución se divide en dos grandes bloques. Podría hablarse de la postura que propugna legalizar la actividad y la postura abolicionista¹⁴¹. El primero parte de la consideración de que la prostitución es un hecho inevitable y que, por lo tanto, lo que resulta más conveniente es establecer un sistema de control de la actividad que podría incluir cuestiones relativas a la sanidad y a la protección de la legislación laboral como si se tratase de un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Este sería el caso de países como Holanda, Alemania o Estados Unidos. En ellos queda expresamente prohibida la prostitución forzada¹⁴².

El sistema abolicionista, como relata la profesora CARMONA CUENCA, surge como consecuencia de los debates abanderados por la Federación Abolicionista Internacional, fundada bajo los auspicios de la feminista Joséphine Butler, para luchar contra la reglamentación de la prostitución¹⁴³. En este sistema, la mujer prostituida es considerada la víctima por lo que suele castigarse la conducta de quienes se benefician de la actividad (proxenetas). Es el caso de Suecia. En esta política abolicionista, es irrelevante la figura del consentimiento de la mujer prostituida. Un punto flaco de este sistema podría encontrarse en la posibilidad de favorecer el ejercicio clandestino de la prostitución produciéndose una mayor desprotección de las mujeres prostituidas.

En España, el Código Penal de 1995 sólo tipificaba la prostitución de menores e incapaces y la prostitución forzada. A partir de la reforma del 2003 se castiga el proxenetismo en el artículo 188 CP aunque ello ha sufrido críticas tanto por su indeterminación en torno a si las conductas penadas incluyen sólo el «lucro directo» o también el «lucro indirecto»¹⁴⁴ y por las dificultades que plantea su aplicación¹⁴⁵.

En el ámbito autonómico, cabe mencionar la Ordenanza Municipal so-

140. CARMONA CUENCA, 2007, p. 48.

141. Algunos otros sistemas se resumen en CARMONA CUENCA, 2007, pp. 49 y ss.

142. REY MARTÍNEZ, MATA MARTÍN y SERRANO ARGÜELLO, 2004.

143. CARMONA CUENCA, 2007, pp. 54 y ss. Asimismo, puede consultarse, por su interés las ponencias aportadas en el seno de la Comisión especial del Senado sobre la problemática de la prostitución 2002-2003; <http://www.anticapitalistes.net/spip.php?article1954>.

144. *Idem*.

145. MUÑOZ CONDE, 2004, pp. 248-249.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

bre Establecimientos Dedicados a la Prostitución, de la ciudad de Bilbao, aprobada por Acuerdo Plenario de 12 de mayo de 1999 y el Decreto del Gobierno Catalán 217/2002, de 1 de agosto y la Orden 335/2003, de 14 de julio por los que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. Es destacable el Plan de Acción Integral para promover la erradicación de la trata, la prostitución y otras formas de explotación sexual que ha aprobado el Ayuntamiento de Sevilla para el período 2010-2015¹⁴⁶. Se recogen medidas como la protección de las mujeres prostituidas desde la óptica de víctimas con lo que se pretende elaborara una ordenanza que multe a los clientes pero no a las mujeres prostituidas. Asimismo, se pretenden adoptar medidas consistentes en ofrecer a las mujeres prostituidas otros recursos u ocupaciones así como la posibilidad de ser destinatarias prioritarias del acceso a la vivienda, entre otras.

En resumen, parece que el debate sobre la prostitución no está resuelto de forma satisfactoria en nuestro ordenamiento. Se podría considerar que la clave es la figura del consentimiento, es decir, podría legalizarse la prostitución libre y quedaría absolutamente prohibida la prostitución forzada. No obstante, parece que ambas podrían tratarse de formas de vulnerar los derechos humanos de las mujeres. Así, la autora considera que es difícil obtener una respuesta fiable sobre las mujeres que se dedican a la prostitución por voluntad propia¹⁴⁷. Parece complicado concluir sobre la existencia de la prostitución como una opción libremente elegida. Pero señala la profesora que aun siendo así, «el consentimiento de una persona no legitima cualquier actividad perjudicial para sí misma que ésta desarrolle, ni es argumento suficiente para regular esa actividad». Continúa explicando que no todas las opciones pueden ser objeto de un contrato válido entre particulares, como sería el caso de la esclavitud o la venta de órganos¹⁴⁸.

En razón a estas cuestiones, CARMONA CUENCA concluye que la prostitución, como ocupación habitual, en las que las mujeres prostituidas ofrecen su cuerpo a cambio de un precio constituye, una muestra más, quizás la más cruel, de la violencia de género impropia de las actuales sociedades democráticas, así como una vulneración de los derechos fundamentales de

146. <http://www.sevilla.org/impe/sevilla/contenido?pag=/contenidos/Igualdad/Plan&idActivo=C34383&idSeccion=C653&idCont=C47&vE=D4268,9,15,C1678000tjmuwxyigzse.html>.

147. CARMONA CUENCA, 2007, pp. 60 y ss. La autora apunta que sobre esta dificultad puede verse la comparecencia de Lidia Falcón en la Ponencia constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer para estudiar los problemas de la prostitución en mayo de 2006. En Internet, http://www.aboliciondelaprostitucion.org/documentos_institucionales.htm.

148. CARMONA CUENCA, 2007, pp. 60 y ss.

estas mujeres a la integridad física y moral, intimidad personal y contraria a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Efectivamente, entendemos que la prostitución no es una expresión de libertad sexual de la mujer, sino que tiene que ver con la situación de subordinación que, por ser mujer, la hace sujeto de violencia, marginación, dificultad económica y cultura sexista arraigada en los cánones de la sociedad patriarcal. Parece que los derechos de ciudadanía universal que nuestra sociedad democrática promueve están vedados para las mujeres prostituidas.

Resulta especialmente interesante realizar una breve mención al Plan Integral contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual fue aprobado por el Consejo de Ministros el día 12 de diciembre de 2008, en vigor desde enero del 2009¹⁴⁹. El Plan prevé mecanismos de cooperación y coordinación interdepartamental e interinstitucional que pretenden garantizar su seguimiento y evaluación.

Cuenta con 62 medidas que se agrupan en torno a cinco áreas de intervención: medidas de sensibilización, prevención e investigación; medidas de educación y formación; medidas de asistencia y protección a las víctimas; medidas legislativas y procedimentales y medidas de coordinación y cooperación.

Según el Informe sobre el estado del Plan realizado en abril de 2010, se han identificado en todo el Estado siete centros específicos de atención a víctimas de trata con fines de explotación sexual, concentrados en cinco provincias de tres Comunidades Autónomas, tres en Madrid, dos en Extremadura, una en Cantabria y una en Castilla-La Mancha. Junto a estos siete centros existen otros 55 que atienden a víctimas de explotación sexual junto a mujeres que se encuentran en contextos de prostitución, repartidos en 22 provincias de 16 Comunidades Autónomas. Por último, se han detectado al menos una docena de instituciones y organizaciones públicas o privadas, que, aunque no ofrecen recursos específicos ni para víctimas de explotación sexual ni para mujeres prostituidas, atienden a estas personas cuando reciben víctimas de estos crímenes.

Por lo que se refiere a las acciones de sensibilización (Objetivo 2, Área 1), se ha de destacar que, en relación con el Día Europeo contra la Trata de Personas, el Ministerio de Igualdad ha promovido varias acciones, como exposiciones itinerantes. Asimismo, para la sensibilización del público en general, con motivo de la realización, el día 23 de septiembre, del Día Interna-

149. http://www.migualdad.es/ss/Satellite?cid=1244647282488&pagename=MinisterioIgualdad%2FPagina%2FMIGU_SinContenido.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cional contra la explotación sexual y el tráfico de mujeres, niños y niñas, se ha apostado por el objetivo de la promoción del control de los anuncios de contactos en los medios de comunicación. A pesar de las diferentes gestiones realizadas desde el Gobierno y de la buena disposición de algunos medios de comunicación, como se apuntará después, no se ha conseguido avanzar significativamente en este objetivo.

Por lo que se refiere a formación, el Ministerio de Educación y el desaparecido Ministerio de Igualdad, a través del Instituto de la Mujer, han elaborado una unidad didáctica sobre la trata para su uso en los centros de enseñanza. Además, el Ministerio de Educación en colaboración con el Ministerio de Igualdad, también a través del Instituto de la Mujer, ha creado una Red de Cooperación entre las Administraciones Educativas del Estado y los Organismos de Igualdad en materia de igualdad de oportunidades y prevención de violencia contra las mujeres. En el mes de octubre de 2009 se celebró el V Encuentro estatal de la RED INTERCAMBIA, en el que los Ministerios de Educación e Igualdad propusieron a las Comunidades Autónomas el diseño de programas de información y concienciación sobre el fenómeno de la trata para uso de los centros de enseñanza.

Asimismo, respecto a la formación necesaria para mejorar los sistemas de prevención y detección temprana, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación ya ha dado cumplimiento a la Acción 1 del Objetivo 5. Así, el tema de la trata se ha incluido en los cursos de formación para cónsules generales, cónsules y encargados de asuntos consulares y se prevé que se incorpore en los cursos especializados para los funcionarios encargados de la expedición de visados, con el fin de prevenir este fenómeno desde su inicio en los países de origen.

Por lo que se refiere a la detección de la trata, con importantes aplicaciones en la prevención y lucha contra el crimen organizado resultará básica la aprobación durante 2010 del nuevo modelo de permiso de residencia que desarrolla en el ámbito de la UE la inclusión en un período de dos años de los indicadores biométricos (dedos índice derecho e izquierdo e imagen facial). En este sentido es de destacar que durante 2009 se han realizado los trámites administrativos para adquirir un nuevo sistema automatizado de control de fronteras que permitirá cotejar la huella e imagen facial del portador del documento a través del chip integrado en el mismo y comprobar la existencia de eventuales reclamaciones judiciales o policiales.

El Centro de Inteligencia sobre Crimen Organizado (CICO) está llevando a cabo una importante actividad para alcanzar el objetivo 6 y mejorar la capacidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para la investigación y la

lucha contra la trata. Se está elaborando un código de buenas prácticas y se ha avanzado en el estudio del crimen organizado en esta materia. Una Acción ya realizada, y que además ha sido reconocida como medida de vanguardia europea en la lucha contra la trata, es la creación de la Base de Datos específica sobre trata de seres humanos. Esta base de Datos se ha elaborado a partir de la recogida y procesamiento informático de cuestionarios sobre investigaciones de delincuencia organizada, en los que figuran datos acerca del *modus operandi* de los grupos criminales, así como otros datos de interés para la elaboración de inteligencia estratégica sobre actividades delictivas organizadas, singularmente sobre la trata de seres humanos con fines de explotación sexual y la explotación sexual. Esta información es remitida tanto por los Cuerpos de Seguridad del Estado como por la Ertzaintza, Mossos d'Esquadra y Policía Foral de Navarra y, posteriormente, se integra en una base de datos específica, operada por el Área de Inteligencia Prospectiva del CICO. Finalmente, es de destacar que el CICO ya ha presentado un informe de prostitución forzada con los datos recogidos hasta 2007, y que está actualizado el tratamiento y análisis de datos de 2008 y 2009, que hasta octubre, ofrece un balance de 200 redes o grupos de traficantes desarticulados y más de 700 delincuentes detenidos.

La actuación policial y judicial también exige una formación especializada, y el Ministerio de Justicia, ha impartido también formación sobre trata en los cursos del Centro de Estudios Jurídicos, acerca de los cambios habidos tanto en la normativa nacional como en la internacional; a estos cursos han asistido funcionarios pertenecientes a la Carrera Fiscal y a los Cuerpos de Secretarios Judiciales, Médicos Forenses y Abogados del Estado. Del mismo modo, se ha dado cumplimiento a la Acción 2 del Objetivo 2 de esta Área II, al dar a conocer el marco jurídico aplicable en España sobre la trata de seres humanos mediante actividades policiales, dejando constancia de los movimientos de entrada y salida. Respecto a la Acción 4, sobre formación de las Fuerzas de Seguridad y Defensa destinadas en Misiones de Paz, el Ministerio de Defensa está impartiendo acciones formativas relacionadas con la trata, dirigidas al personal militar que va a ser desplegado en este tipo de misiones, sobre la base de la Resolución 1325/2000 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sobre Mujeres, Paz y Seguridad y el Plan de acción para su aplicación, aprobado el pasado 30 de noviembre por el Consejo de Ministros, y la Resolución 1820/2008, sobre la eliminación de la violencia sexual contra la población civil, especialmente mujeres y niñas, en los conflictos armados, aprobada el 19 de junio de 2008 por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Además, se han dado actuaciones para alcanzar el objetivo 1 del Área

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

III y garantizar la protección a las víctimas y los testigos en aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales. Especialmente relevantes son las acciones para sensibilizar a las víctimas y ofrecerles información sobre sus derechos y recursos (Objetivo 2, Área III). Para ello, el Ministerio de Igualdad editó folletos en los que figura un teléfono de información y asesoramiento con los siguientes idiomas: español, catalán, gallego, euskera, inglés, francés, rumano, ruso, portugués, árabe, polaco y ucraniano.

Para alcanzar los objetivos asistenciales de las Acciones 3-6 y mejorar los servicios de atención a las víctimas (Objetivo 3), el Ministerio de Igualdad, a través de la Secretaría General de Políticas de Igualdad, realizó, con fecha de 30 de junio de 2009, una Convocatoria de subvenciones para la protección y asistencia integral de mujeres víctimas de trata, con una dotación económica de 2 millones de euros. A esta Convocatoria, destinada a subvencionar acciones de protección y ayuda social a las víctimas de trata con fines de explotación sexual, se han presentado proyectos de creación de unidades móviles y pisos de acogida, impartición de formación para el empleo y atención integral específica (psicológica, médica, jurídica, etc.). Se han concedido 36 subvenciones, de los 50 proyectos presentados.

Finalmente, el Objetivo 5 del Área III persigue proporcionar protección integral a las víctimas en situación de estancia irregular, pero el desarrollo de estas acciones exige la modificación de la normativa vigente. Se ha dado el paso decisivo con la aprobación por las Cortes Generales de la reforma de la Ley de Extranjería. La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que introduce un artículo 59 bis en la LE dedicado a las «víctimas de trata de seres humanos». Este precepto incluye el correspondiente «período de restablecimiento y reflexión» concedido a la víctima de trata dispuesta a colaborar en el procedimiento penal, con una duración no inferior a 30 días, con autorización de estancia temporal durante el mismo y suspensión del expediente sancionador incoado o de la ejecución de las medidas de expulsión o devolución acordadas. También se ha tenido en cuenta y dado cumplimiento a la obligación de transposición de la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Está pendiente el desarrollo reglamentario de las previsiones en este ámbito de la Ley de Extranjería.

Respecto a las reformas penales, se ha dado un paso fundamental con la aprobación en el Consejo de Ministros de 13 de noviembre de 2009 y la posterior remisión al Congreso de los Diputados del Proyecto de ley de

modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, que pretende introducir el nuevo Título VII bis dentro del libro segundo, con el art. 177 bis aparece dedicado expresamente a la trata de seres humanos. Igualmente trata de introducir novedades relativas al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito, y es que el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquél.

En cuanto a la cooperación internacional, reclamada por la Acción 2, Objetivo 5, en materia de asistencia y protección a las víctimas, el Plan Director 2009-2012 de Cooperación española incluye determinadas líneas estratégicas y actuaciones prioritarias para una acción eficaz sobre el terreno, tales como establecer o reforzar los marcos regulatorios en materia de protección social de las personas migrantes a escala bilateral o regional, combatiendo la trata y explotación de las personas migrantes, con especial atención a la trata y explotación sexual de mujeres y niñas.

Estas reformas legales permitirán una lucha más efectiva contra las redes criminales, una mejor cooperación policial y criminal al mismo tiempo que una garantía en la atención y protección de las víctimas, garantizando la recuperación de su proyecto de vida. Junto a éstas, y teniendo en cuenta que el Estado ya cuenta con la base legislativa apropiada, es necesario reforzar la ejecución del Plan en tres sentidos: prevención, persecución y protección. Para alcanzar el objetivo de la prevención, es esencial continuar y profundizar en las acciones de sensibilización.

Entre algunas cuestiones de actualidad, parece que existe alguna intención de presentar iniciativas de ley para regular la prostitución en el Estado y establecer jornadas médicas para evitar el contagio de enfermedades venéreas, principalmente en las amas de casa. Una de las cuestiones más preocupantes es la asistencia médica. Sin embargo, la Generalitat ha retirado esta obligación que existía únicamente en Cataluña desde el 2002 por entender que no daba los resultados deseados y que tan sólo servía para mejorar la publicidad sobre la salud sexual de las mujeres prostituidas pero no ofrecía la garantía sanitaria y de asistencia médica que se pretendía. Por otro lado, habría que analizar las deficiencias del sistema que dan lugar a casos como los que relatan personas infiltradas que han podido darse de alta en nuestro sistema de protección social como trabajadora profesional de la prostitución por cuenta propia¹⁵⁰.

150. POYATOS I MATAS, 2009.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El debate del trabajo sexual por cuenta ajena se reinició a raíz de una Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de mediados de abril del 2009, al absolver de un delito contra los derechos de los trabajadores a los dueños de varios prostíbulos en Vigo que empleaban a mujeres brasileñas a las que traían con visado de turista, al considerar que en esta relación no existía «violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad y especial vulnerabilidad». Al mismo tiempo les condenó a ambos y a otro empresario colaborador por promover la inmigración ilegal. La sentencia reabre el debate sobre la regulación de la prostitución y sus vínculos con el tráfico irregular de migrantes y la trata de personas con fines de explotación sexual. El Supremo cita varias sentencias de alcance estatal y europeo que reconocen la prostitución por cuenta propia como una actividad económica y establece que, en este caso y «al margen de razones de moralidad», no puede ser incardinada en el artículo 312 CP, que castiga a quienes ofrecen condiciones de trabajo engañosas a extranjeros o les emplean vulnerando sus derechos laborales. No parece que pueda defenderse jurídicamente que el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena pueda considerarse una relación laboral, pues el CP lo tipifica como delito de proxenetismo, incluso cuando la mujer lo consiente. Sin embargo, parece que, al menos, se plantea una diferencia entre la prostitución forzada y la prostitución libre, suponiendo que exista esta modalidad de prostitución, cuando los magistrados afirmaron que: «La prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas», pues constituyen relaciones que, en determinadas condiciones, nuestra jurisdicción ha considerado como «actividad laboral»¹⁵¹. En este sentido, podría pensarse que se intenta abogar por la regularización de las condiciones laborales de las mujeres prostituidas en la línea que presentaron en el Congreso de los diputados los parlamentarios de ERC a finales del 2009, por ejemplo. Una propuesta que sólo fue secundada por IPC/V y UPyD. Otros Grupos Parlamentarios como PNV, CIU, IU o BNG se mostraron a favor de la prohibición y PSOE y PP suelen abogar por soluciones moderadas en relación con la supresión en los medios, por ejemplo.

Otro de los debates de máximo interés y actualidad, se encuentra el tratamiento de la prostitución en los medios, como anunciaba el Plan. Tras los anuncios llamados «de relax», básicamente, sexuales y de prostitución, en los periódicos se esconden mafias de trata de personas, como han demos-

151. STS, Sala de lo Penal, 425/2009, de 14 de abril.

trado varias operaciones policiales en los últimos meses. Se deberían detallar las opciones legales para eliminar esta publicidad. Sin embargo, la lucha del actual Gobierno contra los anuncios de contactos en la prensa pierde fuerza y se aleja de su objetivo inicial de erradicarlos tras el anuncio del Ministro de la Presidencia, Ramón Jáuregui, en el programa televisivo «Al rojo vivo» de La Sexta, que el Ejecutivo no prohibirá las ofertas de comercio sexual. Parece que el Gobierno apuesta por el pacto con los medios para que desde la autorregulación, este tipo de publicidad vaya desapareciendo poco a poco. La autorregulación fue la primera vía por la que optó el desaparecido Ministerio de Igualdad para erradicar los anuncios de contactos, tras los que habitualmente se esconden las mafias de trata de personas. La estrategia no cuajó. Sólo Público ha renunciado desde su nacimiento a participar en un negocio que genera 40 millones de euros al año para los periódicos españoles, según calculó una comisión parlamentaria hace cuatro años. La Razón y 20 Minutos tampoco admiten este tipo de publicidad.

Ya Leire Pajín tuvo que negar cualquier atisbo de relajación en la lucha del Gobierno contra este tipo de publicidad en noviembre de 2010, cuando Alfredo Pérez Rubalcaba, abogó también por pactar con los periódicos un horizonte acordado de supresión. Sin embargo, dejaba la puerta abierta a cualquier tipo de medida a la espera del informe del Consejo de Estado, el cual se pronunció el 9 de marzo de 2011, considerando «plausible prohibir o, al menos, limitar severamente los anuncios de prostitución en la prensa», siempre y cuando el Gobierno apruebe una ley específica para ello. Y ahí está la diferencia con el discurso de Jáuregui, que apuesta por la autorregulación. Fuentes de Presidencia, sin embargo, señalaron a Público que ambos discursos coinciden y que la opción del Gobierno es trabajar con los medios.

Aunque, quizás, lo más sorprendente no es el matiz entre optar por la autorregulación y el pacto con los medios o la regulación legal de la prostitución en los medios, sino los argumentos empleados para justificar para justificar este paso atrás en la lucha del Gobierno contra los anuncios de contactos. A saber: la crisis. El Ministro de la Presidencia afirmó en rueda de prensa: «Nosotros la quitaríamos (publicidad de prostitución) mañana. Pero no podemos hacerlo porque producimos una lesión económica a un sector que está en una profundísima crisis».

De nuevo otro paso adelante se produce cuando, posteriormente, el Gobierno anunció la intención de acabar con los anuncios de contactos el 15 de julio, durante el debate sobre el estado de la nación en el Congreso. «Deben ser eliminados», sentenció José Luis Rodríguez Zapatero, «porque mientras sigan existiendo, se estará contribuyendo a la normalización de esta actividad (la prostitución)». El presidente del Gobierno respondía de este

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

modo al portavoz de Unión del Pueblo Navarro (UPN), Carlos Salvador, quien anteriormente había pedido al Gobierno que retirase la publicidad institucional de los periódicos que se lucran con los anuncios de relax. La reivindicación de UPN no surtió efecto en el Parlamento navarro. Nafarroa Bai, el PSN y CDN no apoyaron las intenciones del Ejecutivo autonómico al rechazar una proposición de ley que instaba a todas las Administraciones públicas a retirar las ayudas a los medios que obtuvieran financiación con la publicidad de la prostitución. Los diarios que admiten este tipo de anuncios ingresan unos 150.000 euros al día. Éste es, según las ONG y las asociaciones que trabajan por los derechos de las prostitutas, el motor de la «hipocresía» de los medios de comunicación que permiten que las mafias de explotación de mujeres utilicen sus páginas al tiempo que denuncian el sometimiento y la penosa y precaria situación de las víctimas.

Ciertamente, parece que existe ese doble filo pues la prostitución y las mafias, no descienden significativamente. Parece que, en todo caso se desplaza de los clubes a los domicilios¹⁵². En todo caso, aportar cifras fiables y actualizadas en este tema, es complejo¹⁵³. Parece que las principales procedencias de las mujeres que ejercen trabajo sexual en España son: América Latina (colombianas, dominicanas, brasileñas y ecuatorianas), Europa del Este (Rumania, Rusia, Ucrania) y África subsahariana (Nigeria, Sierra Leona). También hay algunas mujeres magrebíes, aunque en menor cantidad.

Por lo general se trata de mujeres jóvenes (entre 25 y 30 años), procedentes de sectores sociales bajos y con un nivel de estudios básico o inexistente. Un alto porcentaje se encontraría en situación de irregularidad administrativa. Por ejemplo, el 90 % de las mujeres colombianas que ejercen prostitución en Galicia y el 73 % de otras nacionalidades en la misma comunidad autónoma. En Barcelona este porcentaje sería similar, según los trabajos de LICIT –Línea de Investigación y Cooperación con Inmigrantes Trabajadoras Sexuales–. En muchos casos, entraron en España por cauces legales (turistas) y no como clandestinas. Entre ellas abundan las mujeres con responsabilidades familiares a su cargo y sin apoyo paterno. Salvo excepciones, sus hijas e hijos residen en los países de origen a cargo de sus familias.

A pesar del perfil general sugerido más arriba, se ha de tener en cuenta que dentro del colectivo de las trabajadoras sexuales inmigradas existe variedad interna: hay mujeres con formación reglada y capacitación laboral me-

152. <http://www.elperiodicoextremadura.com/noticias/noticia.asp?pkid=540579>.

153. http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678228&language=cas_ES&page-name=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Estadisticas.

dia, mujeres analfabetas procedentes de medios rurales, mujeres de extracción social media procedentes de ámbitos urbanos, con educación secundaria o con estudios universitarios terminados y una alta cualificación, etc. Según datos de la Dirección General de la Mujer, en España, 300.000 mujeres ejercerían la prostitución. De ellas, alrededor del 80 % son extranjeras. Se habla de 1.400 prostitutas en Asturias, entre 500 y 775 en Navarra (más del 90 % serían inmigradas), 1.780 prostitutas en Euskadi y 2.565 en Castilla y León, por ejemplo.

Aunque parece haber una evolución en la concienciación y sensibilización social y de los profesionales y existen importantes acciones de desarticulación de mafias, el problema a la hora de aplicar la normativa existente es que el negocio de la prostitución se muestra como una espiral sin salida para las mujeres prostituidas, que contraen deudas económicas con las mafias de entre 20.000 y 45.000 euros. Siendo, en su mayoría, mujeres en situación irregular en España, temen denunciar y sin denuncias es complejo iniciar investigaciones que, en muchos casos, suelen comenzarse a raíz de protestas vecinales. Parece que los Municipios que han optado por ayudas para reinserir a las mujeres prostituidas y dotarlas de otra ocupación, como el caso de Barcelona, especialmente en la zona del Raval, han obtenido mejores resultados que cuando se opta por sancionar el ofrecimiento de servicios sexuales¹⁵⁴. De nuevo la contradicción está servida. Otros Municipios como La Jonquera, estudian multar con 3.000 euros a las mujeres prostituidas y los clientes en la calle mientras que se beneficia de la apertura del mayor prostíbulo de Europa.

Así, pues, parece que a pesar de los avances en coordinación y de elaboración de Planes y actuaciones por el Gobierno, no están claros los intereses a perseguir y el camino que se desea adoptar en la erradicación de la prostitución. El reciente informe adoptado el 9 de marzo de 2011 por el Consejo de Estado opta como solución más favorable por la regulación en un texto legal independiente (ley ordinaria) la prohibición de la publicidad de la prostitución. Queda por ver la decisión que se llevará a cabo. Fuera como fuere, el resultado es que el 90 % de las personas prostituidas y que sufren las secuelas de la prostitución son mujeres, cuya suerte y, finalmente, la de menores dependientes de ellas, parece quedar en manos de las mafias y del azar.

B. Normativa sobre la violencia contra las mujeres: la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género

La protección de las mujeres sobre la violencia ejercida contra ellas tiene

154. <http://www.bcn2011.es/2011/03/11/el-numero-de-multas-a-prostitutas-triplica-el-de-ayudas/>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

su causa inmediata en la conexión entre los derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo y el derecho a la integridad física y moral recogidos en los artículos 14 y 15 CE, respectivamente. La normativa sobre la erradicación de la violencia contra las mujeres ha sido algo sesgada y poco homogénea para luchar contra este mal social¹⁵⁵. Así, por ejemplo, sólo en el artículo 153 del Código Penal de 1995 se recogió que «El que habitualmente, y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo menor [...] será castigado con la pena de arresto mayor». Posteriormente, la aprobación de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, supuso una revisión de los tipos penales para asegurar la integridad de las personas víctimas de abusos sexuales pero no tuvo la proyección deseada ya que no se introdujeron las enmiendas presentadas por el Senado en materia de malos tratos.

La insatisfacción con la Ley Orgánica 11/1999 dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en vigor el 10 de junio 1999). Se introdujeron, como pena accesoria, determinados delitos en relación con la prohibición de aproximación a la víctima, tipificándose como delito específico la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas del ámbito familiar e hizo posible el ejercicio de oficio de la acción penal en supuestos de faltas. En relación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se posibilitó que no sea necesario la confrontación visual entre causado y víctima. También se eliminó la necesidad de que existiese una relación matrimonial o análoga en el momento del maltrato. Lo más interesante que aportó la Ley Orgánica 14/1999 fue la nueva redacción que dio al artículo 153 CP en la que se introdujo la definición de habitualidad, que tanta polémica suscitó, al establecer que «para apreciar habitualidad se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores» (prisión de 6 meses a 3 años).

Así, en este contexto legislativo, la STS de 20 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9036) definió la habitualidad como «la repetición de actos de idéntico contenido, con cierta proximidad cronológica». De este modo, se incluyó en este concepto un cierto clima de temor mediante el empleo reiterado de violencia física o psíquica en razón de una convivencia familiar¹⁵⁶. Por ejem-

155. En general, CHICANO JÁVEGA, 2007.

156. MORENO VERDEJO, 2002, p. 16.

plo, la SAP de Santa Cruz de Tenerife 690/2003, de 27 de junio (AC 2004, 2849), estableció que «no resulta determinante ni decisivo el número de actos (tres o más), sino que en la repetición de actos radica el peligro que representa el riesgo para los bienes jurídicos tutelados». Éstos, más allá de la integridad, se trasladan al ámbito de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad como exigencias constitucionales (artículo 10 CE) según la STS 927/2000, de 24 de junio (RJ 2000, 5792). La SAP de Córdoba, de 21 de abril de 1999 (ARP 1999, 999) determinó que lo importante es que «se aprecie (por el juez) que la víctima vive en un estado de agresión permanente». El criterio de proximidad temporal no siempre ha sido tenido en cuenta. Se consideró próximos temporalmente acontecimientos dentro de un mismo año para delitos y seis meses, para faltas. También resultó de interés la inclusión en la Ley Orgánica 14/1999 de la medida de alejamiento, además de una medida de seguridad y de una pena accesoria, como una pena principal [arts. 33.3º.f) 4º.b) bis 39.f) y 48], que se impone en la Sentencia una vez celebrado el juicio.

Entre los avances en materia de violencia contra las mujeres se aprobó el I Plan de acción contra la violencia doméstica con el objetivo de reducir y erradicar los actos violentos en el seno de las familias, así como arbitrar medios para paliar su efecto. Durante la vigencia del Plan se crearon numerosos servicios de atención a las víctimas especializados de la Policía (SAM) y la Guardia Civil (EMUME) y Centros de acogida dependientes de las CC AA, Corporaciones Locales o de las ONGs y también Centros de Información y Oficinas de Asistencia a las víctimas en Juzgados y Fiscalías. El Plan también incluyó objetivos de sensibilización de la población para promover en la sociedad española reacciones de tolerancia cero hacia la violencia contra las mujeres. Finalizada su vigencia se aprobó el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica, 2001/2004 que se propuso como metas la educación basada en valores de diálogo, respeto y tolerancia para evitar que las futuras generaciones reproduzcan esquemas y estereotipos sobre los papeles que juegan el género femenino y el masculino en la sociedad. También se pretendió mejorar la legislación para conseguir mayor eficacia en los procesos y mejor protección a la víctima e incentivar el mapa de recursos sociales y potenciar la actuación entre organismos para una prevención y erradicación transversal e integral de la violencia contra las mujeres.

Así, se comienza a valorar este tipo de violencia como una especie especialmente denigrante de violencia basada en estereotipos y asignación de roles que sitúan a las mujeres en una posición de inferioridad, subordinación y sometimiento al dominio masculino. Pero a diferencia de los niños o de otras personas en situación de vulnerabilidad, las mujeres no están, por su

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

configuración y capacidad física, mental y jurídica, en una posición de inferioridad respecto del hombre. Es la visión social del papel que desempeñan los géneros en el contexto de la familia lo que hace concebir a la mujer como el ser «débil». Esta perspectiva social y de género respecto de la violencia contra las mujeres ha hecho que ésta no sea una cuestión perteneciente a la esfera privada, sino un problema de una importante dimensión social¹⁵⁷.

Así lo expone la actual legislación sobre violencia de género, la LOVG, en su Exposición de Motivos I al afirmar precisamente que: «la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Continúa diciendo que la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 celebrada en Pekín reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Especialmente interesante me parece que la define, ampliamente, como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral»¹⁵⁸.

En el apartado II de la Exposición de Motivos, la LOVG conecta la violencia de género con otros derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación al margen de la integridad física apelando a la actuación de los poderes públicos para adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

Se han de destacar avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23

157. GASPARD BLANCH, 2002, pp. 34 y ss.

158. Una breve referencia se puede encontrar en Fio, 2004, p. 33.

de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.

Asimismo, la LOVG pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Al respecto, se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Asimismo, la Decisión n° 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se ha aprobado un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programas Daphne II y Daphne III), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

Finalmente, se creó el Observatorio de la violencia por Real Decreto 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecieron las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, y se modificó el Real Decreto 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolló la estructura orgánica básica del entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales.

Puede decirse que hasta la actual LOVG no ha existido un concepto unívoco de la violencia contra las mujeres. No obstante, se han dado múltiples intentos, tanto en el plano internacional como en el ámbito nacional, de llegar a una noción de violencia contra las mujeres que no sólo incluyese la situación de poder físico, sino también la situación psicológica de inferioridad que las ha colocado en un lugar de subordinación social respecto de los hombres.

Así, por ejemplo, en 1993, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer la define, en sus artículos 1 y

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

2, como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada». Lo interesante de esta definición es que, como señala el II Informe sobre Derechos Humanos de las Mujeres de la Federación Iberoamericana de Ombudsmen¹⁵⁹, se incluye tanto el maltrato físico (bofetadas, golpes, puñaladas, estrangulación, quemaduras, patadas, amenazas con arma) como las tradiciones nocivas para la mujer, como son la mutilación y la ablación genital femenina y la cesión hereditaria de la esposa. También se incluye en la definición el abuso sexual, entendido como la práctica de relaciones sexuales forzadas o bajo amenaza o constreñida a realizarse con terceros y, asimismo, la violencia psicológica que implica la intimidación y el tormento hacia la víctima conllevando múltiples manifestaciones, desde la humillación verbal hasta la destitución en el cuidado de los hijos. Esta manifestación de la violencia constituye la destrucción de la autoestima de la víctima confinándola a un estado de dependencia y pánico respecto del agresor que paraliza sus acciones y la capacidad de actuar impidiéndolas salir de su situación a través de, por ejemplo, la pertinente denuncia. Es este estado de subordinación psicológica el que ha de disparar un concepto diferente de violencia cuando ésta es ejercida contra las mujeres. De ahí que haya surgido el término «violencia de género».

En este sentido, es interesante observar cómo la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (adoptada en Belem do Pará, Brasil, el 9 junio de 1994 en la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos), introduce en la definición de violencia la que «basada en su género, cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado»¹⁶⁰. En el concepto de «género» (que no de sexo) se apoyan, a su vez, la noción de estereotipo o la de rol, entendidas como las ideas o el conjunto de prácticas o el reparto de tareas y de funciones que se construyen por la sociedad, predeterminando los comportamientos y las actitudes que se esperan del hombre o de la mujer y resultando una relación de subordinación de ésta respecto de aquél¹⁶¹.

159. FIO, 2004, pp. 411 y ss.

160. Sobre leyes de violencia en Estados Americanos puede consultarse http://www.no-do50.org/mujeresred/v-doc_oficiales.htm.

161. En contra del uso de la expresión «género» a favor de la de «sexo», véase el Informe de la Real Academia Española de 19 de mayo de 2004. Sobre este particular, MACÍAS JARA, 2004, pp. 362-368.

También se incluye en la noción de violencia de género la violencia económica que ha sido señalada en el Informe sobre violencia doméstica contra las Mujeres del Defensor del Pueblo español de 1998 (p. 102) junto con la física y la psicológica y con el ejercicio del poder y el control de uno sobre otro.

No parece que exista una causa única que provoque la violencia contra las mujeres. Pueden esgrimirse un conjunto de factores sociales, culturales, psicológicos e, incluso, genéticos que propicien un riesgo de comportamientos violentos. No obstante, hay una variable indiscutible en la sinrazón de la violencia contra las mujeres. Ésta es la situación social estructural bajo la que el género femenino soporta una perenne desigualdad real en todos los ámbitos que le coloca en una permanente desventaja e inferioridad social que, en el campo de la violencia, se exterioriza en una profunda relación de humillación y subordinación injustificada de la mujer respecto del hombre¹⁶².

La situación de desigualdad fáctica que han soportado y aún sufren las mujeres, tiene, entre otras muchas, la consecuencia de que algunas mujeres sean brutalmente agredidas o mueran a manos de sus parejas o ex parejas. Este panorama se pone de manifiesto claramente a través de las cifras¹⁶³.

MUJERES MUERTAS POR VIOLENCIA DE GÉNERO A MANOS DE SU PAREJA O EX PAREJA POR CCAA												
	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
ANDALUCÍA	10	12	10	13	19	9	20	8	9	14	18	15
ARAGÓN	0	1	3	2	2	4	1	2	2	0	2	2
ASTURIAS	0	2	0	2	0	1	3	2	1	0	5	2
BALEARES	1	2	4	4	2	4	3	1	1	1	2	1
CANARIAS	5	5	7	6	2	6	4	6	5	5	7	3
CANTABRIA	0	0	0	1	2	0	0	2	0	0	0	0
CASTILLA-LA MANCHA	3	2	0	2	3	2	4	5	3	1	3	1
CASTILLA Y LEÓN	3	1	4	4	3	4	3	3	6	1	4	2
CATALUÑA	8	7	7	12	11	8	10	10	10	10	11	9
C. VALENCIANA	7	9	9	7	9	9	8	10	10	9	8	8
EXTREMADURA	1	0	1	1	2	0	1	0	0	1	1	0
GALICIA	4	0	3	5	2	1	0	6	7	3	2	3
MADRID	17	6	4	5	5	4	5	10	11	5	7	9
MURCIA	1	2	0	3	4	2	3	2	4	2	1	2
NAVARRA	1	0	1	1	1	2	0	1	2	0	0	1
PAÍS VASCO	2	1	1	0	4	3	3	2	3	2	2	2
LA RIOJA	0	0	0	2	1	0	0	0	1	1	0	0
CEUTA	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1	0	0
MELILLA	0	0	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0
TOTAL	63	50	54	71	72	60	68	71	75	56	73	60

162. Sobre el concepto de subordinación, también en el caso de la violencia de género, véase BARRÈRE UNZUETA, 2004, pp. 26 y ss.

163. <http://www.inmujer.es>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La visibilización de estas cifras, en especial, a partir del año 2000 y el hecho de que la violencia contra las mujeres gire en torno a su situación de inferioridad social, ha provocado el debate sobre la necesidad de una reformulación legal de esta problemática que, al parecer, venía precisando de una regulación específica.

El debate y la polémica sobre la conveniencia de una Ley de Violencia de Género han acompañado todos sus pasos desde que se vislumbra la necesidad de legislar las agresiones y la violencia ejercida contra las mujeres conculcando derechos fundamentales reconocidos en la CE, como la vida, la libertad, la igualdad y la no discriminación. La compleja problemática de la violencia contra las mujeres ha intentado erradicarse legislativamente, primero, a través de un modelo generalista, centrado en el ámbito doméstico y en todos sus componentes, continuando con la ampliación del sujeto pasivo del delito de maltrato a cualquier persona que se hallase en una situación de debilidad o mera subordinación en el entorno familiar. Desde que se rechazara en el año 2002 una norma integral de violencia hasta su aprobación en el año 2004, la elaboración de la Ley no ha sido una tarea consensuada, especialmente, en el aspecto de diferenciar la violencia de género de la violencia intrafamiliar.

No obstante, si bien la Ley (Exposición de Motivos II) pretende abarcar de manera integral tanto los aspectos preventivos como los educativos, sociales, asistenciales y la posterior atención a las víctimas, así como la normativa civil que incide en el ámbito familiar, la actuación de las Administraciones Públicas y también la respuesta punitiva, se ha de poner de manifiesto que el alcance de la Ley está limitado. Así pues, la Ley no pretende abarcar todo tipo de violencia de género, sino sólo aquella que es ejercida en el seno del hogar o tiene o ha tenido algún vínculo con la vida en pareja. De este modo, se desprende del artículo 1.1 de la Ley Integral al exigir que entre la persona agresora y la víctima haya existido o exista una relación especial, es decir, cuando la agresión es realizada por un hombre a una mujer que fuere o hubiere sido su esposa o medie o mediase entre ellos una relación de afectividad, aun sin convivencia. En este sentido, el objeto de la LOVG pretende abarcar todas las medidas de protección contra la violencia (entendida en el texto como cualquier violencia física, psicológica, sexual, amenazas, coacciones o privación de libertad) de los hombres contra las mujeres entre los que haya existido o existe una relación conyugal o de afectividad basada en subyugar la posición física, emocional y social de la mujer al hombre por su misma condición femenina, esto es, por la asociación de la mujer a determinados patrones, estereotipos y conductas sociales que minusvaloran su estatus fuera

y dentro del ámbito doméstico o de la relación de afectividad¹⁶⁴. En este aspecto, se han planteado dudas interpretativas en relación a la aplicación de la LOVG a parejas homosexuales. Desde luego, el artículo 148.4 CP no admite esta interpretación extensiva ya que establece la agravación de la pena cuando la víctima es o ha sido esposa o tenga o haya tenido una relación de afectividad con el autor. Más laxo se presenta el sentido del apartado 5, en conexión, con el artículo 153 CP, al incluir entre las víctimas cualquier persona especialmente vulnerable que conviva con el autor. Ha habido, incluso, algún pronunciamiento judicial en este sentido, entendiendo un caso de agresión entre una pareja de lesbianas como un caso de violencia doméstica (que no «de género»).

Así, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Santander de 20 de abril de 2009. No obstante, también se presentan problemas interpretativos desde la perspectiva del sujeto activo, dado que parece que la LOVG se refiere al autor como «varón» lo que, eventualmente, podría amparar situaciones de subordinación entre parejas homosexuales varones y no así entre lesbianas. A nuestro entender, ambas situaciones quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la LOVG puesto que la LOVG no pretende acoger cualquier agresión, ya punible como tal en el CP, ni ésta en cualquier contexto de afectividad, sino sólo aquella que se produzca como consecuencia de la discriminación y la desigualdad social que ha relegado a las mujeres respecto de los varones a una situación de inferioridad y subordinación. Asimismo, la situación de vulnerabilidad ha sido integrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendiendo por «persona especialmente vulnerable», cualquier persona de los sujetos pasivos que por su edad, estado físico o sus condiciones personales en relación con el grupo conviviente la sitúan en una posición de inferioridad y/o debilidad frente al agresor¹⁶⁵. Así, se entiende: personas menores de 13 años o ancianas, enfermas, privadas de sentido, con trastorno mental, etc. Como puede apreciarse circunstancias específicas de desvalimiento que, nos parece que no encajan con la orientación sexual.

En cuanto al contenido se refiere, la LOVG, en su Exposición de Motivos

164. Es cierto que la Ley incluye entre los destinatarios objeto de protección a personas vulnerables que convivan con el agresor. No obstante, esta ampliación del objeto no responde tanto a la quintaesencia de la Ley como a las presiones y críticas que recibió en este plano. Véase ÍÑIGO CORROZA, 2005, p. 23. La autora manifiesta, a nuestro juicio acertadamente, que no hacía falta la inclusión de estos grupos especialmente vulnerables en la Ley ya que su tutela penal se encuentra especialmente regulada en la LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

165. STS, Sala Segunda, 14/2004, de 13 de enero (Rec. 1796/2002).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

I, tras afirmar que la violencia de género se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, continúa diciendo que la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 celebrada en Pekín, reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Especialmente interesante resulta mencionar la definición en sentido amplio que ofrece de la violencia, como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. En el apartado II de la Exposición de Motivos conecta la violencia de género con otros derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación apelando a la actuación de los poderes públicos para adoptar medidas de acción positiva que hagan reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

Tras la Exposición de Motivos la LOVG se estructura en un Título Preliminar, cinco Títulos, veinte Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y siete Disposiciones Finales.

En el Título Preliminar se recogen las disposiciones generales de la Ley que se refieren a su objeto y principios rectores. Así, es de especial interés resaltar el artículo 1. Donde se expone el Objeto de la Ley, al enunciar: «1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». En el apartado 2 se describen el tipo de medidas que se amparan en la Ley al afirmar que «por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas». Y el punto 3 define la violencia contra las mujeres como la violencia de género que comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad. En el Título I se determinan las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en diferentes ámbitos. En el educativo, se especifican las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres. En el Título II se establecen los derechos de las mujeres a la información, la asistencia social y la asistencia jurídica gratuita así como los derechos laborales y los derechos económicos. En el Título III y IV se incluye un paquete de medidas centrales y relevantes en la protección de la mujer víctima de violencia ya que se establece lo relativo a

la Tutela Institucional y la Tutela Penal que incluye el tratamiento de las penas. Finalmente, el Título V recoge la Tutela Judicial destacando la creación de los Juzgados de Violencia contra la Mujer.

La Ley Integral ha incluido numerosas reformas y novedades que, sin embargo, no será posible abarcar en su totalidad en este trabajo. No obstante, es imprescindible señalar el contenido de algunas medidas concretas introducidas por la Ley Integral, así como los consecuentes problemas de aplicación práctica que ha suscitado su puesta en marcha. Sin duda, entre los aspectos jurídicos relevantes, la gran novedad de la Ley es la protección penal reforzada de las mujeres (aunque ya se ha advertido de que las presiones en la tramitación parlamentaria hicieron que se incluyera la mención a «otras personas vulnerables que convivan con el autor»).

Así, pues, la nueva Ley modifica tres aspectos importantes del sistema de ejecución de penas privativas de libertad. En primer lugar, incide sobre el régimen general de suspensión de la ejecución de las penas. En este ámbito (arts. 153 y 173 CP), el juez o Tribunal condicionaría en todo caso la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares y de aproximarse a la víctima. La novedad en la nueva redacción consiste en ampliar estas reglas sobre todo en cuanto a las consecuencias de su incumplimiento, de modo que la inobservancia de las obligaciones mencionadas conlleva la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena incluyendo la obligación de asistencia a programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexista, etc. Asimismo, la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena se condiciona a no delinquir en el plazo establecido, la observancia de las reglas de conducta, el cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima u otros familiares y la participación de programas formativos.

En segundo lugar, cabe destacar la sustitución de las penas privativas de libertad por la de trabajos en beneficio de la comunidad además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico. Finalmente, en la ejecución misma de la pena se introduce un nuevo requisito para la libertad condicional que se traduce en la asistencia y aprovechamiento de los programas realizados por la Administración penitenciaria.

También se da una reforma de los delitos relacionados con la violencia¹⁶⁶. Por ejemplo, se agravan los delitos de lesiones, se modifica el artículo 153 CP desde la perspectiva del sujeto pasivo a efectos sancionatorios ele-

166. Véase en detalle ÍÑIGO CORROZA, 2005, pp. 29 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

vando el máximo de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que pasa de 3 a 5 años, así como el mínimo de la pena de prisión que pasa de 3 a 6 meses, lo que ha propiciado el planteamiento de algunas cuestiones de inconstitucionalidad según se verá después. También se tipifican como delito –antes consideradas faltas– las amenazas leves y las coacciones leves contra mujeres o sujetos especialmente vulnerables que vivan con el autor. Por último, los trabajos en beneficio de la comunidad pasa a ser una sanción obligatoria en supuesto de quebrantamiento de condena con el fin de sancionar de manera especial aquellos casos que más alarma social causan y, al tiempo, queda como tipo residual la falta de vejaciones leves cuando éstas no sean constitutivas de delito.

Por otro lado, entre las principales novedades procesales, relacionadas con el ámbito de la Administración de Justicia, está la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que podrán conocer todas las causas que afecten a las víctimas, tanto penales como civiles que incidan en el entorno familiar: según la LECiv (arts. 748 y ss.), filiación, maternidad y paternidad, nulidad del matrimonio, separación y divorcio, así como los que versen sobre relaciones paterno-filiales, sobre guarda y custodia de hijos o hijas menores o sobre alimentos reclamados o sobre asentimiento en la adopción, entre algún otro. Se podrá dar este conocimiento de asuntos de naturaleza civil siempre que exista un procedimiento de violencia de género¹⁶⁷. La Ley opta por una fórmula de especialización de los Juzgados de Instrucción, dentro del orden penal.

También interesa destacar que la propia Ley Integral establece que se asegurará la formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces, Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses, así como de profesionales de la educación o sanitarios (art. 47).

También es importante subrayar la figura del Ministerio Fiscal. Será el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, quien nombrará un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer que recibirá las denuncias y practicará las diligencias necesarias para la averiguación de los hechos; intervendrá en los procesos civiles; supervisará, recabando informes para el Fiscal Jefe, la actuación de las secciones contra la Violencia sobre la Mujer; coordinará los criterios de actuación de las Fiscalías y elaborará y presentará semestralmente al Fiscal General, que lo remitirá a la Junta de Fiscales del Tribunal Supremo,

167. Sobre las condiciones de este requisito, en profundidad, MUERZA ESPARZA, 2005, pp. 57-65.

un informe sobre las actuaciones y procedimientos en materia de violencia de género. Asimismo, entre los aspectos procesales, se incluye en la disposición final 6ª LOVG la modificación del artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, por la que se incluye que «no será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada». Finalmente, respecto a las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas, la LOVG dedica el Capítulo IV del Título V (arts. 61-69). Respecto a la orden de protección regulada en la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, la LOVG ha incrementado el carácter sancionador al disponer la posibilidad de que el juez pueda suspender al inculpado de un acto de violencia de género de la patria potestad o de la guarda y custodia de menores o las visitas.

Respecto de las medidas de alejamiento, salida del domicilio y suspensión de las comunicaciones, ya reguladas en la LO 14/1999, de 9 de junio, la LOVG ha insistido en la prohibición al agresor de residir o acudir, aproximarse o comunicarse con un determinado lugar. La medida en sí misma se ha considerado absolutamente positiva. Sin embargo, en el plano de la aplicabilidad práctica, el incumplimiento de estas medidas se considera uno de los problemas más graves que, en no pocas ocasiones, ha acabado en resultado de muerte para las mujeres víctimas de esta violencia. Ya se trató de endurecer esta medida con la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, al establecer que, en caso de su incumplimiento por el inculpado, se podrá acordar la prisión provisional u otra media que implique una mayor restricción de su libertad personal. La Ley Integral trata de completar esta cuestión en el artículo 64, a través de la posibilidad de acordar las medidas allí descritas separada o acumuladamente (salida del domicilio, prohibición de regresar, prohibición de comunicación, prohibición de aproximación al domicilio o lugar de trabajo, bajo responsabilidad penal).

Para garantizar el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas, el Gobierno deberá establecer unidades específicas en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y promoverá la colaboración de las políticas locales y autonómicas. Sin embargo, pese a los esfuerzos de la LOVG por reconducir esta cuestión, parece que éste es aún un punto flaco en la lucha contra las muertes de las mujeres por violencia de género.

Por otra parte, en relación con el ámbito laboral, la LOVG dispone que las víctimas podrán optar por la reducción de jornada o a la reordenación de su tiempo de trabajo a través de la adaptación del horario, la aplicación del horario flexible o cualquier otra forma de ordenación del tiempo de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

trabajo que se utilice en la empresa. La LOVG también contempla en el mismo artículo 21.1 la movilidad geográfica, el cambio de centro de trabajo con la misma finalidad de hacer efectiva su protección que los supuestos de reducción y reordenación o su derecho a la asistencia social integral. La Ley Integral también contempla la suspensión de la relación laboral por un período de 6 meses prorrogables por el juez (Juzgados de Violencia sobre la Mujer) por períodos de tres meses con un máximo de 18 (coincidente con el período máximo para la prestación por desempleo, art. 210.1 LGSS). En todo caso, se establece la reserva del puesto de trabajo produciéndose así una protección superior a la de una excedencia forzosa por cuidado de hijo al no rebajarse el derecho de la trabajadora al reingreso en puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Finalmente, también puede darse la extinción del contrato.

El problema que se plantea es si la LOVG es aplicable a cualquier trabajadora víctima de violencia como, por ejemplo, el personal estatutario, aunque parece que esta cuestión se resuelve afirmativamente, al entenderse que la referencia de la LOVG a las trabajadoras debería interpretarse ampliamente, en sentido laxo, según el espíritu de la Ley¹⁶⁸. Otras medidas en el orden laboral tratan de permitir que las ausencias o faltas de puntualidad motivadas por la situación física o psicológica derivada de la situación de violencia no tengan que justificarse (art. 21.4). Asimismo, se establece una ayuda para quienes dispongan de menos medios y presenten dificultades para encontrar trabajo (RD 1452/2005, por el que se regula la ayuda económica establecida en el art. 27 LOVG).

En otros planos, la Ley Integral recoge medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. El objetivo fundamental de la educación es el de proporcionar una formación integral que les permita conformar su propia identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y valoración ética de la misma. En la Educación Secundaria se incorpora la educación sobre la igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia de género como contenido curricular, incluyendo en todos los Consejos Escolares un nuevo miembro que impulse medidas educativas a favor de la igualdad y contra la violencia sobre la mujer. Entre estas medidas de sensibilización y prevención, destaca la instauración de una asignatura en tercer curso de secundaria sobre «ética e igualdad».

En el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los

168. SEMPERE NAVARRO, 2005, pp. 104-107.

privados. Asimismo, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio. Esta incidencia de la Ley en el campo de la publicidad nos parece particularmente importante ya que pretende remover los estereotipos sociales existentes que, a través del reclamo publicitario, vinculan a la mujer con el desempeño de tareas domésticas o con un mero objeto de deseo sexual (véase, p. ej., la campaña publicitaria en 2006 de Ron Barceló: «Este Oscuro Objeto de Deseo»).

También figura entre las novedades para el apoyo a las víctimas, el derecho a la información y a la asistencia social integrada y la especialización de prestaciones; la asistencia jurídica gratuita para aquellas mujeres víctimas de violencia que no tengan recursos suficientes; la protección social y apoyo económico para que las mujeres que sufren la violencia no hayan de verse avocadas a permanecer junto al agresor por la situación de dependencia económica. Ello se plantea para proteger tanto a las mujeres maltratadas como a los menores que estén dentro del entorno familiar. Para garantizar estos derechos, se deberán crear centros de información y asesoramiento; centros de emergencia y casas de acogida y centros de apoyo y recuperación. Además, se considera a las mujeres maltratadas grupo prioritario para acceder a viviendas protegidas o residencias públicas para mayores.

En el ámbito sanitario se impulsarán medidas para la detección precoz y apoyo asistencial a las víctimas, así como la aplicación de protocolos sanitarios ante las agresiones derivadas de la violencia objeto de esta Ley, que se remitirán a los Tribunales correspondientes con objeto de agilizar el procedimiento judicial. Asimismo, se crea, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, una Comisión encargada de apoyar técnicamente, coordinar y evaluar las medidas sanitarias establecidas en la LOVG. La Ley Integral crea una «Delegación especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer» para coordinar e impulsar medidas y también, como ya se mencionara, un Observatorio Estatal que evaluará las propuestas y hará un seguimiento.

En cuanto a las referencias expresas a la discapacidad, la LOVG presta atención a las mujeres con discapacidad, gracias a que el Legislador ha asumido parte de las demandas que el CERMI planteó a los Grupos Parlamentarios. Así, por ejemplo, en cuanto a los Planes de sensibilización, el artículo 3.3 LOVG dispone que las «campañas de información y sensibilización contra esta forma de violencia se realizarán de manera que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad». Respecto de la garantía de los derechos de las víctimas, el artículo 17.1 establece que los derechos reconocidos en esta Ley se aplicarán sobre todas las mujeres víctimas de la violencia

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

de género con independencia de «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». El derecho de información se regula en el artículo 18.2 cuando prevé una protección especial a las mujeres con discapacidad víctimas de la violencia de género, en el «acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes». Así, se presta una atención específica a personas con discapacidades de comunicación, debiendo ofrecerse dicha información «en formato accesible y comprensible tales como lengua de signos y otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos».

También están previstas diversas ayudas sociales en los artículos 27.2 y 27.4 y se incrementa el importe de la ayuda de pago único en favor de las víctimas de la violencia de género que carezcan de rentas superiores al 75 % del Salario Mínimo Interprofesional. La cuantía general de la ayuda es equivalente a seis meses de subsidio de desempleo. Pero cuando la víctima de la violencia de género tiene una minusvalía en grado igual o superior al 33 %, se eleva a doce meses de subsidio de desempleo. En caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, la ayuda general se eleva a dieciocho meses, pero si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tienen una minusvalía en grado igual o superior al 33 %, la cuantía se incrementa hasta los veinticuatro meses de subsidio de desempleo. El artículo 32.4 LOVG, dedicado a los llamados Planes de Colaboración, dispone: «En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad».

Por último, en materia de formación, también se tiene en cuenta la discapacidad, según los términos del artículo 47, que dice: «El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas».

Pues bien, tras esta somera descripción de las medidas que se han incluido en la LOVG puede advertirse, al menos, su intención de contemplar múltiples aspectos que rodean y confluyen hacia la violencia contra las mujeres para su erradicación. Sobrepasado el año de la entrada en vigor, el Tribu-

nal Constitucional español admitió a trámite más de 37 cuestiones de inconstitucionalidad por lo que, claramente, otro de los problemas que la aplicación de la Ley Integral ha suscitado, de gran implicación teórico doctrinal, fue la duda sobre su inconstitucionalidad.

En este sentido, ya se plantearon algunas ideas con motivo del Informe que aprobó el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en relación al Anteproyecto sobre la Violencia contra las Mujeres en el que se duda de la constitucionalidad de algunos de sus preceptos. Se considera, por un lado, que la «discriminación positiva» a favor de las mujeres excluye otras víctimas de la violencia doméstica. Ya se ha incidido sobre la razón de ser de esta cuestión. Por otro lado, también se pronuncia el Informe sobre la «discriminación positiva» y complicando, a nuestro juicio, aún más la controversia doctrinal en torno a esta figura, afirma que la diferencia en las penas aplicables constituye una «discriminación negativa» incompatible con «el régimen punitivo de determinados comportamientos»¹⁶⁹. El Informe del CGPJ también considera discriminatorio «crear órganos judiciales de los que se excluye a los hombres como posibles beneficiarios de sus ventajas, sin que esa exclusión se justifique en modo alguno». Como bien apunta el voto particular formulado por seis vocales y el vicepresidente del CGPJ, el informe sobre el que se pronuncian «no acepta que exista una cultura machista y sexista como problema social que explica que durante décadas y a nivel universal, los hombres se han relacionado con las mujeres en el ámbito de la pareja con relaciones de dominio, de posesión y de inferioridad». Como es obvio, ésta es la discriminación (negativa, claro), por razón de género, contra las mujeres, que las sitúa en una posición de subordinación y desigualdad social estigmatizante.

En la interpretación de la LOVG por algunos jueces y juezas españoles también se ha planteado la posibilidad de que ésta sea discriminatoria, contraria al artículo 14 CE a través de cuestiones de inconstitucionalidad que vienen a plantear que la ley es discriminatoria por establecer penas superiores para los hombres frente a las mujeres¹⁷⁰.

Una de las pioneras es la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la jueza de lo Penal nº 4 de Murcia, María Poza, admitida por la Sección Tercera del TC el 9 de febrero. La controversia se refiere a la modificación del artículo 153.1 CP que establece penas de 6 meses a un año de cárcel a

169. Y, sin embargo, cabe recordar la agravante de discriminación del art. 22.4ª CP, los delitos de discriminación en el empleo (art. 314 CP) o el delito de provocación a la violencia racista (art. 510 CP) como forma de otorgar una protección reforzada a personas socialmente minusvaloradas o en situación de desigualdad real.

170. HUERTA, 2008, pp. 169-170.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

quien por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a una mujer con la que mantenga o haya mantenido una relación de afectividad (art. 37 LOVG). Se plantea, por lo tanto, que las penas en el caso de que las víctimas sean mujeres son mayores que cuando son hombres y, en consecuencia, se atenta contra el principio de igualdad del artículo 14. No obstante, como es sabido, el artículo 14 CE no predica la identidad, sino que dispone que a situaciones iguales, habrá que aplicar consecuencias jurídicas iguales y a supuestos de hecho desiguales, habrá que aplicar consecuencias jurídicas distintas. En definitiva, desigualar para igualar¹⁷¹.

El Informe del Ministerio Fiscal presentado en el caso de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez Canario, inadmitida mediante Auto por el TC por falta de motivación sobre la relevancia del caso, afirma en contra de la inconstitucionalidad de la LOVG que la nueva redacción del art. 153.1 CP no sólo no se aparta de los valores constitucionalmente tutelados, sino que persigue una mayor protección de ello, ya que es sabido que no toda diferencia de trato implica discriminación. Sigue matizando el Ministerio Fiscal, a nuestro juicio con acierto, que «No castiga la Ley Integral al hombre por ser hombre, sino que considera de mayor reproche la actitud del varón que, siendo o habiendo sido su marido o estando o habiendo estado ligado a ella por una relación de afectividad, aun sin convivencia, somete a la mujer a una situación de desigualdad y discriminación. La causa justificativa viene de la mano de una realidad social que pone de manifiesto cómo la violencia del hombre contra la mujer en el ámbito de la pareja, a diferencia del supuesto contrario, constituye un problema de primera magnitud en nuestro país que reclama políticas de igualdad dirigidas a corregir esa situación asimétrica de dominio del hombre sobre la mujer, siendo éstas más del 90 % de las víctimas de violencia doméstica».

Es muy importante comprender que la LOVG no está agravando la pena por una agresión de un hombre a una mujer, en un aspecto neutro, al margen del campo de la discriminación. En este sentido, parece que se exige por la LOVG que exista una específica relación de pareja que motiva, a su vez, una específica situación de subordinación y dominio del hombre sobre la mujer que inicialmente no es un sujeto natural o jurídicamente débil.

Así, pues, si tal y como se ha partido desde este estudio y tomando como referencia el espíritu de la Ley Integral, la violencia de género es un tipo de

171. Recuérdese la paradoja de la igualdad de ALEX, 1997, pp. 409 y ss. Una clara construcción en CARMONA CUENCA, 2004.

violencia que atenta masivamente contra las mujeres por su sola pertenencia al género femenino que está en una situación fáctica de inferioridad social y de desigualdad real respecto al género masculino, por lo que es el género femenino el que necesita de medidas diferenciadoras favorables tendentes a conseguir la igualdad entre hombres y mujeres o también llamadas medidas de acción positiva¹⁷².

La distinta situación fáctica de la que parten las mujeres como sujeto que soporta la violencia justifica una medida que, en principio, desiguale pero que tiene como fin último la igualdad, en este caso, a través del establecimiento de una mayor protección de la víctima en todos los sentidos, incluyendo la pena para el agresor.

De este modo, respaldar las conclusiones a las que llegó el CGPJ en el citado Informe por las que lo único que diferencia la violencia existente contra las mujeres de las agresiones realizadas a hombres por sus parejas femeninas es sólo una cuestión cuantitativa, implica, a nuestro entender, desconocer la esencia del problema. Ésta reside en admitir que la violencia de género contra las mujeres no es una violencia aislada, sino que, por el contrario, se asocia a la discriminación y desigualdad contra la mujer basada en la posición de poder que aún hoy ocupan los varones en la estructura social¹⁷³. Bajo esta perspectiva, parece que nunca las agresiones sufridas por los hombres a manos de sus parejas femeninas podrán tratarse de forma similar ya que la causa que dispara esta agresión no es el sometimiento y la subordinación de los hombres a las mujeres.

El Tribunal Constitucional ha manifestado que «no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad»¹⁷⁴.

172. Recuérdese que la acción positiva en el campo de la igualdad de género puede definirse como toda actuación en positivo reflejada en una medida, plan o conjunto de medidas consistentes en una norma jurídica, decisión judicial, política pública o práctica privada, destinadas a la consecución de la igualdad real de género, evitando y eliminando obstáculos en cualquier tramo del recorrido así como favoreciendo, de manera efectiva, la absoluta participación e inclusión de hombres y mujeres en cualquier aspecto de la vida pública o privada.
173. En este sentido, SALAZAR BENÍTEZ, 2010, pp. 89 y ss.
174. La doctrina constitucional se muestra, en este punto, sumamente relevante y sensibilizada con la histórica desigualdad injustificada contra las mujeres como causa de su situación de subordinación y, al tiempo, como motivo legitimador de este tipo de medidas y política legislativa. STC 59/2008, FJ 9. Véanse también en relación a la justificación constitucional de agravación de la pena las SSTC 81/2008, 127/2009 (FJ 5) y, en especial, las SSTC 41/2010 [FJ 10 a)] y 45/2010.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

A raíz de la STC 41/2010 se ha puesto de manifiesto la existencia de un debate jurídico complejo, que se inició tras la redacción dada a los artículos 148.4 y 153 CP por la LOVG. Ese debate abierto gira en torno a la cuestión (que distingue y se concreta en el Voto Particular, discrepante de la STC citada) de si toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo artículo 153 CP o sólo y exclusivamente cuando el hecho sea «manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer» (art. 1.1 LOVG).

La aplicación de los tipos penales citados ha derivado en resoluciones judiciales dispares, dictadas por los Tribunales de las distintas instancias, e incluso por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. Este último, ha reiterado que la diferenciación normativa establecida por el legislador en el artículo 148.4 CP, al incorporar un tratamiento punitivo distinto de la misma conducta, no se sustenta exclusivamente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo, sino, por un lado, en la voluntad de aquél de sancionar más unas agresiones que son más graves y más reprochables socialmente, así como por entender que tales conductas son el reflejo o «el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja, de gravísimas consecuencias para quien, de un modo constitucionalmente intolerable, ostenta una posición subordinada»¹⁷⁵.

Así las cosas, Patricia LAURENZO concluye que la tutela penal reforzada hacia la mujer, reflejada en agravantes de la pena, puede explicarse como una legítima decisión de Política Criminal destinada a protegerla frente a un tipo específico que sólo a ella le afecta porque tiene su causa precisamente en su pertenencia al género femenino con todo lo que ello conlleva. Como bien continúa explicando la autora, la exclusión del hombre como sujeto pasivo de las figuras agravadas introducidas por la LOVG en nada afecta al artículo 14 CE porque para que fuera posible discutir la inconstitucionalidad de la Ley Integral en este aspecto, sería preciso que la LOVG privara expresamente de la tutela reforzada a personas que se hallasen en la misma situación fáctica que las mujeres, necesitando pues esa especial protección¹⁷⁶. Entonces, la Ley Integral, no adolece, a nuestro juicio, de inconstitucionalidad a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 CE.

No obstante, parece que podrían mejorarse los mecanismos de coordinación entre Juzgados, Policía (estatal, autonómica y local), oficinas de Aten-

175. STC 59/2008, FJ 7. En idéntico sentido, SSTC 45/2009, FJ 3, y 127/2009, FJ 3.

176. En general, LAURENZO COPELLO, 2008.

ción a las Víctimas, Administraciones públicas y profesionales competentes en la detección, atención y tratamiento de situaciones de violencia y para garantizar la integridad y seguridad personal de las víctimas o en riesgo de serlo. A tal fin se han concedido dotaciones presupuestarias para hacer frente a estas necesidades y crear las Unidades de valoración integral desde el 2005 en diferentes Comunidades Autónomas con el objetivo de potenciar la asistencia no sólo paliativa, sino también preventiva a las víctimas. De este modo, se pretende dar una respuesta específica y especializada coordinando a los diferentes profesionales (psicólogos, asistentes sociales y médicos forenses) para permitir un diagnóstico de la violencia de género más allá de la simple búsqueda de cualquier signo de agresión concreta.

Asimismo, se podría mejorar la atención y asistencia jurídica previa a la denuncia garantizando que la mujer está informada de derechos, recursos y medidas que puede solicitar, incluyendo la asistencia una vez puesta la denuncia y comenzado el proceso, pues más del 12 % de los procesos judiciales abiertos no pueden seguir su curso porque la víctima decide no declarar contra el supuesto agresor. Ello es posible porque la mujer se acoge a lo que dispone el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conocido como la dispensa, que exonera a los parientes del procesado en línea directa ascendente (padres e hijos), su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, de prestar declaración contra él¹⁷⁷. Éste es uno de los problemas más importantes que se plantean en la práctica. El Observatorio de Violencia de Género del Consejo General del Poder Judicial constata que más del 46 % de los casos desde el año 2007 no continúan adelante en base a esta figura. La dispensa tiene por finalidad resolver el conflicto que se le puede plantear al testigo entre el deber de decir la verdad y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el procesado. Por un lado, parece que podríamos estar ante una incongruencia normativa pues ningún delincuente de un delito público tiene el privilegio de que su víctima no declare contra él. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado que esta excepción es igualmente válida para el testigo en quien concurre la condición de víctima¹⁷⁸.

Se proponen medidas alternativas como que la mujer no sea obligada a declarar contra el agresor pero que no se sobresea el proceso o que se hagan válidas para el juicio oral la declaración sumarial de la víctima. En principio, parece que ello no sería posible pues dichas declaraciones no serían tenidas como prueba no quedando en el contenido del artículo 730 de la Ley de

177. MAGRO SERVET, 2009, pp. 292 y ss.

178. STS de 22 de febrero de 2007, rec. 10712/2006.

Enjuiciamiento Criminal¹⁷⁹. A efectos de evitar problemas probatorios y contrarios a los principios procesales de esta fase del proceso, se consideraría válida la declaración de un agente policial que recibió la denuncia como prueba directa cuando la víctima se niegue a declarar, lo que podría llevar a la conclusión de que podría dictarse sentencia condenatoria pese a que la víctima se haya amparado en la dispensa¹⁸⁰. Asimismo, se ha matizado el momento en el que se puede acoger a la dispensa que hace referencia únicamente a parejas matrimoniales o de hecho cuando en el momento de declarar aún existe convivencia o ésta se haya roto tan sólo unos días previsto a la celebración del plenario. En sentido contrario, si existe divorcio o separación parece que podría carecer de sentido ampararse en el derecho a no declarar.

Finalmente, en cuanto a otras medidas de mejora, se ha de incrementar la formación y sensibilización en materia de igualdad y contra la violencia de género para quienes intervienen en los distintos procesos (judicatura, fiscalía, abogacía, fuerzas y cuerpos de seguridad, equipos psicosociales, sistema educativo, sanitario, publicidad y medios de comunicación), que favorezca el cambio cultural y la acción preventiva. Se ha de promover el desarrollo y la evaluación periódica de las medidas y bonificaciones relativas al fomento del empleo y del Programa de acción específico de inserción socio laboral de las mujeres víctimas de violencia de género. Se ha de asistir permanentemente a las víctimas para que, incluso ellas, comprendan el alcance y las consecuencias de su situación, pues en numerosas ocasiones son las propias mujeres las que anuladas por años de sometimiento al maltratador y a los malos tratos o en la creencia de que benefician a sus hijos e hijas, incumplen las órdenes judiciales de alejamiento. Ha de establecerse como objetivo prioritario la integración de la igualdad y la sensibilización contra la violencia de género en los contenidos curriculares y la garantía de formación inicial y permanente al conjunto de profesionales del ámbito educativo.

En cuanto a la valoración positiva que merece la aplicación de la LOVG, el Observatorio de Violencia de Género establece que, desde la vigencia de la Ley, se han acordado más de 141.000 órdenes de protección, alrededor de un 75 % de las solicitadas. Se dictaron más de 428.000 medidas cautelares penales. Más de 145.000 acusados fueron condenados por violencia de gé-

179. STS de 10 de febrero de 2009, rec. 129/2009.

180. Se incluyen no como testigos de referencia, sino como prueba directa capaz de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, los testigos que hayan visto el escenario de los hechos o lleven a la víctima a un centro sanitario o hayan escuchado la versión de la víctima, bien por razón de vecindad o por pertenecer a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de Estado. En este plano es interesante la SAP de Zaragoza, Sección 1ª, de 18 de julio, de 2006, rec. 79/2006.

nero presentándose desde enero de 2007 hasta junio de 2010 más de 470.000 denuncias por violencia ante los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, experimentado un incremento de más del 17 % y apreciándose una mejora general de la respuesta judicial y una mayor coordinación interinstitucional frente a la violencia contra las mujeres¹⁸¹.

Así, el espíritu de la Ley Integral pretende impregnar la sociedad de la perspectiva de género¹⁸² y tratar de erradicar una causa más de discriminación contra las mujeres que, en esta ocasión, tiene la consecuencia inmediata de eliminar el derecho fundamental a la vida, la vida digna, a la integridad física y psíquica, a la libertad y a la igualdad de la mitad de la Humanidad. Es preciso señalar que abordar el fenómeno de la violencia nos sitúa ante una problemática de carácter estructural de tal complejidad que su resolución va más allá de la propia norma, ya que precisa cambios desde su raíz, en valores y comportamientos culturales patriarcales fuertemente arraigados. De ahí la necesidad de un escenario social que promueva desde una perspectiva igualitaria y democrática el respeto a los derechos y a las libertades fundamentales.

C. Normativa contra el acoso sexual

La Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las situaciones de trabajo, contiene una definición del «acoso relacionado con el sexo» en el apartado 2 del artículo 2 al establecer que es acoso «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

Asimismo, en el Preámbulo de la Directiva ya se considera el acoso relacionado con el sexo de una persona contrario al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no sólo en el lugar de trabajo, sino también

181. Para una aproximación exacta de los datos estadísticos, consúltese la página web: www.observatoriocontralaviolenciadomesticaydegenero.es.

182. Perspectiva de Género o *mainstreaming* fue un término acuñado, fundamentalmente, a raíz de la IV Conferencia Mundial de las Mujeres en Pekín en 1995 y pretende enunciar que las políticas públicas y las prácticas privadas han de estar inspiradas en el principio de igualdad y no discriminación entre el género masculino y el género femenino para que se eliminen los cánones sin sentido de las sociedades patriarcales y el dominio de un género sobre otro desde la igualdad y la inclusión de hombres y mujeres en los ámbitos público y privado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional durante el empleo y la ocupación (punto 8).

El artículo 2.3 de la Directiva continúa matizando la figura del acoso sexual al establecer que el acoso relacionado con el sexo se considera una discriminación por razón de sexo prohibida por lo que el rechazo del comportamiento acosador por una persona no podrá utilizarse para tomar una decisión (entendemos, en virtud del Preámbulo, en el entorno laboral o profesional) que le afecte.

Finalmente, el artículo 2.5 en conexión con el punto 9 del Preámbulo insta a los Estados a tomar medidas preventivas y prácticas nacionales que atenten a los empresarios y responsables a adoptar medidas para prevenir toda discriminación por razón de sexo y el acoso en el lugar de trabajo.

En este caso, el Derecho Comunitario se presenta como un derecho pionero en esta materia respecto de los derechos nacionales, incluido el español, al introducir una definición de acoso relacionado con el sexo y la exigencia de su prohibición mediante la erradicación y las medidas de prevención en todos los aspectos relacionados con el empleo y no sólo en el concreto ámbito de una relación laboral¹⁸³.

Ahora bien, hasta ahora, la Directiva hacía referencia, como todas las Constituciones europeas y Textos comunitarios al término «sexo» como el nexo principal entre la persona acosadora y la acosada. Recuérdesse que ya la Recomendación de la Comisión Europea, de 27 de noviembre 1991, relativa a la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo aborda el acoso sexual y propone la siguiente definición: «Toda conducta no deseada de connotación sexual o cualquier otro tipo de comportamiento basado en el sexo que ofende la dignidad de las mujeres y de los hombres en el mundo del trabajo y que comprende comportamientos desagradables de tipo físico, verbal o no verbal». Asimismo, la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, incluye la conducta de superiores y compañeros. Ésta resulta inaceptable si, en primer lugar, dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma, en segundo lugar, la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga

183. Véase, asimismo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o, en tercer lugar, dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para la persona que es objeto de la misma; y de que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato.

Con ocasión de la Resolución señalada, el Consejo de Ministros aprobó el Código de Conducta para combatir el acoso sexual con el objetivo de proporcionar una orientación práctica para los empresarios, los sindicatos y los trabajadores sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. El código está concebido para su aplicación tanto en el sector privado como público y tanto en la mediana como en la pequeña empresa, según puedan adaptar los empresarios a las recomendaciones que en el Código se realizan. La finalidad última es garantizar que no se produzca el acoso sexual y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el problema y evitar que se repita. Por consiguiente, el Código pretende fomentar la elaboración y la puesta en práctica de políticas y prácticas que establezcan unos entornos laborales libres del acoso sexual y en los que las mujeres y los hombres respeten mutuamente su integridad humana¹⁸⁴.

La normativa que regula y conceptúa el acoso sexual pone el énfasis en el sexo como causa del acoso. Sin embargo, consideramos que ha de darse un paso más allá. El acoso no es más que una forma de violencia contra las mujeres pero esta violencia no puede comprenderse si no es a través del concepto de género. Éste implica el entorno socio-histórico-cultural en el que han pervivido y aún perviven los patrones y estereotipos que han situado y sitúan a las mujeres en una posición de inferioridad y subordinación respecto del género masculino. Cuando nos referimos al acoso de género, la persona que acosa no lo hace en función del sexo (biológico) femenino de la víctima, sino en virtud de los estereotipos sociales asociados a su sexo que también inciden en roles laborales asignados a las mujeres. En este sentido, la relación entre la conducta acosadora y el sexo de la víctima no es, necesariamente, de causalidad. Incluso, en aquellos supuestos donde la causa del acoso es el sexo (biológico), generalmente, subyace el motivo del género.

Así pues, lo que se viene denominando «acoso sexual» es un tipo de conducta que atenta contra la dignidad de las mujeres que, generalmente, obedece no tanto a las apetencias sexuales de la persona acosadora, sino a un entendimiento socio cultural de la sexualidad de la mujer que la consi-

184. Código de conducta para combatir el acoso sexual, 1992.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dera un mero objeto del deseo y un útil para la satisfacción masculina en razón de una relación de subordinación. El acoso sexual es, por lo tanto, una cuestión de poder y sometimiento basada en la tradicional situación de inferioridad soportada por las mujeres y no así una cuestión de sexualidad biológica.

Suelen establecerse dos tipos de acoso. Por un lado, parece que el artículo 2.2 de la Directiva 76/207/CEE modificada por la Directiva 2002/73/CE se refiere especialmente a lo que se ha denominado «acoso ambiental» que es aquel que se produce cuando el comportamiento ofensivo no es el condicionante de un derecho del trabajador. Parece que este tipo de acoso tiene por objeto interferir injustificadamente en el rendimiento laboral de la persona acosada o bien crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio. Es un tipo de acoso que se produce entre compañeros de trabajo¹⁸⁵.

Por otro lado, el artículo 2.3 de la referida Directiva al establecer que «el rechazo (del acoso) de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte», parece incluir un acoso basado en el chantaje y, probablemente, una relación de jerarquía y de cuya aceptación dependen las condiciones laborales y la pérdida de derechos¹⁸⁶. Es un acoso provocado por un superior jerárquico de modo que el sometimiento a tal conducta se convierte explícita o implícitamente en condición de empleo. Se le llama acoso *quid pro quo* o de intercambio.

Se han establecido algunos factores que pueden llegar a propiciar la aparición y el desarrollo del acoso sexual como la implantación de unas relaciones de trabajo que conducen al desarrollo de un proceso de minorización de las mujeres, lo que lleva a considerarlas como menores o inferiores en su relación con los hombres, y ello al margen de su categoría profesional o peso numérico dentro del conjunto de la plantilla. Otro de los factores puede ser que los mecanismos de ascenso y de promoción sean poco transparentes y no permitan visualizar la valía profesional de las mujeres. También, se argumenta la escasa valoración del trabajo de las mujeres en comparación con el de los hombres que afecta a la desigual valoración de un mismo trabajo cuando es desempeñado por un empleado o por una empleada y, especialmente, la tendencia a valorar las capacidades profesionales de las mujeres como cualidades femeninas, mientras que a los hombres les son reconocidas a nivel laboral. Asimismo, se aprecia una mayor dificultad en el reconoci-

185. ALEMANY GÓMEZ, LUC, y MOZO GONZÁLEZ, 2001, en general.

186. Distintas interpretaciones sobre el sentir literal de este precepto en LOUSADA AROCHENA, 1996, p. 69.

miento de la autoridad cuando se trata de una superior respecto a un o una subordinada y también dificultades para que sea reconocida la cualificación profesional de una mujer por parte de los clientes o, por ejemplo, de los enfermos hombres.

En el caso español, el acoso moral por razón de género se ha intentado proteger a nivel judicial al amparo de otras garantías del orden social como las establecidas frente al despido a consecuencia del ejercicio de derechos fundamentales como la libertad sindical o las derivadas de enfermedades depresivas que son consecuencia del acoso sexual y consideradas accidente laboral, etc. En todo caso, se protege constitucionalmente bajo la tutela de la prohibición de discriminación del artículo 14 CE pero lo cierto es que no ha existido una definición unívoca de lo que implicaba el acoso moral que, por razón de género, atentaba contra la dignidad y la integridad física y moral de las mujeres, hasta la LOI. La Ley lo define en el artículo 7, sin perjuicio de lo que establezca el Código Penal, como cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual, realizado con el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Asimismo, se define el acoso por razón de sexo con cualquier comportamiento que se realice en función del sexo de una persona con el propósito o produzca el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Posteriormente, el artículo 48 establece la posibilidad de adoptar medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo instando a las empresas a promover aquellas condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Finalmente, el artículo 62 recomienda la adopción de un Protocolo de actuación para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo a las Administraciones públicas.

En este plano, el 28 de julio de 2011 se aprobó, por Resolución de la Secretaría de Estado para la Función Pública, el Protocolo de Actuación frente al Acoso sexual y al Acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella, que establece las acciones y los procedimientos a seguir tanto para prevenir o evitar en lo posible las conductas de acoso sexual y acoso por razón de sexo en los centros de trabajo de la AGE y organismos públicos de ella dependiente, como para actuar y sancionar éstas en los casos en los que se produzcan. Rechaza todo tipo de conducta de acoso, en todas

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sus formas y modalidades, sin atender a quién sea la víctima o el acosador ni cuál sea su rango jerárquico. Ello es importante porque permite, asimismo, sancionar el acoso entre compañeros. En el Protocolo también se prevé un sistema de seguimiento e investigación a través de un Comité Asesor, así como la emisión de Informes y conclusiones¹⁸⁷.

Emakunde (Instituto Vasco de la Mujer) también ha presentado una propuesta de Protocolo dirigido a las empresas para combatir el acoso sexual y sexista en el trabajo¹⁸⁸. La elaboración de este Protocolo responde a, por un lado, facilitar el cumplimiento de la Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres que obliga a todas las empresas a prevenir el acoso sexual y sexista y arbitrar procedimientos para tramitar las denuncias dotando a las empresas de un instrumento eficaz. Por otro lado, el Protocolo también pretende responder a la demanda de asesoramiento y a la necesidad de las empresas de contar con unas pautas a seguir en casos de este tipo que puedan producirse. El Protocolo realiza un repaso de la normativa relacionada con el acoso sexual y sexista, define ambas situaciones y presenta ejemplos de las mismas para poder identificarlas con más facilidad. Asimismo, propone la creación de la figura «Asesor o Asesora Confidencial» en las empresas, que sería la persona receptora de las denuncias y cuya identidad se daría a conocer a todo el personal de la empresa, así como la forma en que se podrá contactar con ella. El protocolo distingue un procedimiento informal en los supuestos en que las situaciones de acoso sean calificables de leves y un procedimiento formal en los casos que pudieran ser constitutivos de acoso grave o muy grave. En el caso de procedimiento formal, se recuerda el derecho de denunciar el caso ante la Inspección de Trabajo, así como en la vía civil. Entre las faltas muy graves se consideran el chantaje sexual, el acoso ambiental y sexista o la adopción de represalias contra personas que denuncien sufrir acoso. Entre las faltas leves se consideran algunas como observaciones sugerentes y desagradables, comentarios sobre la apariencia o aspecto, abusos verbales de contenido libidinoso, o el uso de imágenes o pósters pornográficos en los lugares de trabajo. Las faltas en los casos más graves pueden llegar a la suspensión de empleo y sueldo de 16 a 60 días; la pérdida de categoría de 6 meses y 1 día a definitiva y el traslado definitivo o el despido.

Según se recoge en el protocolo, la Asesoría Confidencial llevará el control de las denuncias presentadas y de la resolución de los expedientes con el objetivo de realizar cada dos años un informe de seguimiento que será presentado a la dirección de la empresa, a los órganos de representación

187. En general, en materia de Protocolos, AA VV, 2009.

188. http://www.emakunde.euskadi.net/u72-publicac/es/contenidos/informacion/pub_guias/es_emakunde/adjuntos/protocolo_acoso_sexual_y_.

unitaria y sindical del personal y a los órganos de representación en materia de prevención de riesgos laborales y también a Emakunde con el objetivo de que este organismo pueda realizar un informe general sobre aplicación de procedimientos de prevención de la violencia en el empleo en Euskadi. En principio, el Protocolo está destinado para su aplicación en empresas de más de 50 personas en su plantilla, aunque podrán adherirse al mismo, empresas con una plantilla inferior. Consideramos esta opción importante, pues el hecho objetivo en sí mismo de que una empresa tenga menos de 50 trabajadores no elimina el riesgo de acoso, aunque, quizás, se invisibilice en menor medida, lo que, eventualmente, podría conllevar menos riesgo de que se produzcan este tipo de conductas en empresas muy pequeñas¹⁸⁹.

Además de esta normativa específica, aunque no es posible abarcar aquí la vasta jurisprudencia existente, resulta interesante mencionar algunos casos sobre este particular resueltos por los tribunales españoles. Así, por ejemplo, cabe destacar la STSJ de Andalucía (Málaga), Sala de lo Social, de 25 de octubre de 1996, en la que se frena el ascenso de una trabajadora que percibe una retribución inferior a la de los trabajadores de su sección así como un horario diferente sin justificación alguna y teniendo en consideración que la afectada realiza un trabajo de igual valor que sus compañeros. Se concluye que esta situación sólo es aplicable por su condición femenina en conexión con su actividad sindical.

Asimismo, la STSJ de Galicia, de 24 de enero de 2000, concluye que existe una relación causa-efecto entre el acoso sexual por su jefe inmediato al que ha sido sometida la víctima en su trabajo y la posterior depresión que padece como consecuencia del acoso. Especialmente interesante es la STC 224/1999, donde se reclama el derecho a que sea respetada la intimidad y a recibir la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales, gestuales y físicas de tendencia libidinosa. En el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual. Tras afirmar que el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucio-

189. A título de ejemplo, sugerimos la consulta del Plan de Igualdad FORD ESPAÑA SL. 2011-2013, que recoge la figura del acoso sexual en las pp. 28-29.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nal con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo del artículo 14 CE, presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. Continúa estableciendo el Alto Tribunal que no puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende cosificar a las mujeres, tratándolas como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal.

La STSJ de Galicia, de 29 de abril de 2005, fue el primer pronunciamiento de un Tribunal Superior de Justicia en materia de acoso sexual entre personas del mismo sexo. Enjuicia un supuesto en el que se reclaman responsabilidades contra la empleadora y contra el efectivo sujeto activo de la conducta, un directivo, que tras intercambiar cartas y mensajes con el trabajador afectado durante aproximadamente seis meses, le sugiere el inicio de una relación íntima a la que éste se niega, razón por la cual se produce una situación de desgaste de la relación laboral que culmina con su despido.

Entre las cuestiones más complejas a admitir por los Tribunales, se consideran las solicitudes de bajas por estrés laboral atribuibles a la causa del acoso sexual, como sucedió en la STSJ de Madrid, de 13 de junio de 2007. Del mismo modo, merece la pena señalar cómo una Sentencia del 7 de mayo del 2010 del Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid ha dado un impulso interesante a los derechos laborales frente al acoso sexual en el trabajo considerando que la depresión de una limpiadora de una empresa de plásticos, se debió al acoso de un compañero de trabajo, reconociendo su baja médica como accidente laboral, categoría que se suele dar únicamente a los daños físicos. La víctima dejó su trabajo por enfermedad en junio de 2003 y, desde entonces, ha recibido una prestación de la Seguridad Social por «enfermedad común», cerca de 400 euros mensuales, menos de la mitad que si hubiesen catalogado su problema como accidente laboral. La sentencia abre una puerta a que la Seguridad Social corrija su decisión y cierra un ciclo de seis años en el que la víctima, divorciada y con dos hijos de 8 y 13 años, ha tenido que sobrevivir con muy pocos recursos, sin trabajo, con una depresión severa y anorexia nerviosa.

En este tiempo, la víctima ha pasado por dos juicios civiles. El primero, por despido. Tras coger la baja, denunció a la Inspección de Trabajo que había sido acosada sexualmente por el jefe de su turno de trabajo. La empresa la despidió en marzo de 2004 alegando que su contrato temporal había vencido. Los Tribunales ordinarios anularon el despido por considerarlo una represalia contra la denuncia de acoso, atestiguado en la vista por algunos de sus compañeros de

trabajo. Tras los recursos presentados por la empresa, el Tribunal Supremo ratificó la condena y la empresa de envasado, con unos 50 empleados, la mayoría mujeres, tuvo que indemnizar a la limpiadora con 30.000 euros.

Al corroborarse el acoso, la víctima y su abogada solicitaron al Instituto Nacional de la Seguridad Social que reconociera que la depresión tenía una causa exclusivamente laboral (el acoso sexual al que fue sometida por su compañero), lo que mejoraría su prestación de baja. La Administración rechazó la petición y ella interpuso una nueva demanda ante el Juzgado que dictó la Sentencia que se comenta. La víctima había sufrido depresiones antes de empezar a trabajar en la empresa de Plásticos, pero ninguna tan profunda. Así, el fallo del Juez Folguera, determinó que el acoso laboral agravó su enfermedad hasta hacerla «incapacitante» y consideró el acoso sexual como la causa de una enfermedad laboral.

Así, pues, uno de los problemas que se plantea frente a la consideración del acoso sexual como un grave problema de violencia contra las mujeres es que la jurisprudencia ha solido ser renuente a aceptar que el acoso sexual pueda producir enfermedades laborales.

3.1.2. Derecho a recibir información: lucha contra el sexismo en los medios

A. Las profesionales

Hasta 1948 ninguna mujer había trabajado como corresponsal para una cadena de televisión¹⁹⁰. Fue la ABC norteamericana quien contrató a la primera y aunque trabajó en noticias duras durante doce años, cuando se le asignó entrevistar a las esposas de los candidatos presidenciales en las convenciones políticas nacionales, también se le pidió que maquillara a las entrevistadas. Cuando las pioneras europeas de los años sesenta y setenta intentaban abrirse paso en la locución de las noticias de radio o televisión, se aducía como razón para rechazarlas el que la voz femenina no era verosímil y que no transmitía la autoridad suficiente. Hoy las redacciones se forman por redactores y redactoras que también leen las noticias delante de un micrófono. Es relativamente reciente la aplicación de políticas de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en nuestro país, apenas veinte años, pero cada vez están más difundidas, lo que nos hace en ocasiones olvidar el camino recorrido. Si han cambiado las ideas respecto a las «características» de las mujeres para poder presentar o no las noticias, si ya cumplen cualquier tarea fundamental en las redacciones, si se ha logrado cierta sensibilidad respecto a la violencia masculina contra las

190. Instituto Oficial de Radio y Televisión (IORTY). Instituto de la Mujer. 2º Informe de la investigación: *representación de género en los informativos de radio y televisión*. Dirigido por Pilar LÓPEZ DÍEZ, enero de 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mujeres, las personas con responsabilidades en la dirección y edición de los informativos audiovisuales deberían emprender importantes cambios en la percepción de la sociedad para atender a los nuevos papeles que las mujeres están desempeñando en la actualidad y así, construir imágenes de las mujeres más diversas y menos estereotipadas.

Ésta es la asignatura pendiente. Aunque sigue habiendo significativas diferencias en la representación de los hombres y las mujeres, tanto en los telediaros como en los informativos de radio, ha habido un incremento de éstas como protagonistas y actoras del debate político (más en radio que en televisión). Respecto a la recepción de información, sería importante que cuando nos referimos a los temas que afectan directamente y preocupan a las mujeres, hablamos de asuntos como su trabajo, tanto dentro como fuera de casa, los medios audiovisuales tienen algún tipo de responsabilidad en el hecho de que el 23 % de los chicos de 14 a 18 años cree justificado que las mujeres cobren menos que los hombres por igual trabajo. Si las noticias informaran del buen trabajo que también desarrollan las mujeres, de los objetivos alcanzados, de las responsabilidades que asumen, de su cooperación en la solución de los problemas, de sus dotes como negociadoras, etc., seguramente los chicos, y también las chicas, podrían tener otra percepción distinta sobre las mujeres que también los animara a desarrollar relaciones más igualitarias, menos agresivas y más equitativas con sus pares femeninos.

Por último, es interesante reflexionar sobre los informativos rápidos. Para que una historia pueda aportar a la audiencia un grado de conocimiento mayor que el previo a la exposición a la noticia, es necesario que la profesión periodística disponga del tiempo suficiente para desarrollarla. Parece difícil, por ejemplo, valorar el hecho de la concesión de un Premio Nobel como el de la Paz a una ecologista-ministra de Kenia, si no es posible disponer del tiempo suficiente para explicar por qué la Ecología tiene que ver con la Paz mundial. Se habrá construido una noticia desde la perspectiva de género sobre este asunto si se completa la información con los méritos de la Sra. Mathai y si se mencionan las dificultades de una mujer keniana. La información más creativa, original, y por tanto, completa, es aquella que logra situar a la audiencia en un plano distinto de conocimiento que le permita dotarse de nuevos argumentos para hacer frente a los retos de la vida diaria como, en cuanto afecta a los derechos fundamentales de la mitad de la Humanidad, la eliminación de la imagen estereotipada de las mujeres en los medios de comunicación y en la publicidad¹⁹¹.

191. En este plano es interesante observar los recursos de que disponen las Instituciones como el Instituto de la Mujer, para denunciar la publicidad sexista. Así considerados han sido, p. ej., múltiples de los anuncios relacionados con la marca AXE y RON BARCELÓ.

Puede ser de interés ofrecer algunos datos que sirvan para poner de manifiesto la situación de las mujeres en los medios de comunicación¹⁹².

En cuanto a las presencia de las periodistas que cubren las noticias en los informativos de radio respecto a sus compañeros:

Distribución (en %) de profesionales que desarrollan la información: (Presentador/a, Redactor/a, Corresponsal, Comentarista, etc.).

Género	Totales	RNE	SER	ONDA CERO	COPE
Mujeres	33	44	34	17	34
Hombres	67	56	66	83	66

En este cuadro se nos muestra el total de periodistas, por género, que interviene en las noticias teniendo como referencia quién conduce el informativo.

En cuanto a la relación de presentadoras y presentadores, excepto en RNE, en donde hay una presentadora y un presentador, el resto de las cadenas tiene un presentador fijo¹⁹³.

Distribución (en %) de presentadores/as:

Género	Totales	RNE	SER	ONDA CERO	COPE
Mujeres	20	44	11	0	0
Hombres	80	56	89	100	100

Estableciendo una comparación de resultados entre las temporadas (2000-01) y (2004-05), se puede establecer que, excepto Onda Cero, que en las dos épocas está presentado por un periodista, el resto de cadenas han cambiado respecto a la situación de 2001. Así, mientras que el informativo Mediodía de la Cadena COPE estaba presentado por la subdirectora de los informativos en aquella temporada, Blanca María Pol, actualmente es el director de los servicios informativos, Ignacio Villa, quien dirige y conduce Mediodía. La Cadena SER sigue manteniendo al mismo director-presentador, José Antonio Marcos, mientras que RNE, el informativo de mediodía, Diario de las 2, estaba dirigido y presentado por Raúl Heitzman en la primera temporada, el actual, Diario directo, lo dirigen y presentan Vicente Ortiz y Lucía

192. Fuente, Instituto de la Mujer.

193. El hecho de que aparezca en la SER un 11 % de noticias presentadas por una periodista, por la subdirectora del informativo, Paloma Tortajada Lorente, se debe a la ausencia, en un día de la muestra tomada, del presentador habitual.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Vilaplana. En los últimos tiempos también es posible ver un Telediario presentado por dos mujeres.

En cuanto a las redactoras y redactores, si atendemos a la media de todas las cadenas, vemos en el próximo cuadro que hay un equilibrio en las redacciones de los informativos de radio entre mujeres y hombres a la hora de cubrir las noticias que se han tomado para la muestra (49,5 % mujeres frente a 50,4 % de hombres). La SER y la COPE son las cadenas en donde las mujeres cubren más informaciones que los hombres.

Distribución (en %) de redactoras/es:

Género	Totales	RNE	SER	ONDA CERO	COPE
Mujeres	49,5	44	61,1	40,6	56,4
Hombres	50,4	56	38,9	59,4	43,6

Si se muestra una comparación de resultados entre las temporadas (2000-01) y (2004-05), aunque en los hallazgos, considerando todas las cadenas, se detecta equilibrio entre mujeres y hombres a la hora de cubrir las informaciones, se ven algunas diferencias entre los resultados de la temporada 2000-01 y la actual, 2004-05. Así, en la COPE, la diferencia es significativa ya que hay menos redactoras cubriendo las noticias actualmente, 56,4 %, respecto a la temporada anterior, 72 %.

Sin embargo, la proporción de mujeres que cubren las noticias como corresponsales es superior en la COPE al resto de las cadenas en la muestra analizada. Quienes ejercen labores de edición (de boletines, de la mañana y de tarde) son también mujeres, como se puede ver en la web de la COPE (www.cope.es). El equilibrio que se detectó en Onda Cero, ha desaparecido, al existir en esta temporada una diferencia de diez puntos entre las noticias cubiertas por hombres y por mujeres, a favor de los primeros. El caso de la SER es diferente, hay más noticias cubiertas por mujeres en esta temporada (61,1 %), que en la anterior (55 %). En RNE no hay diferencias significativas entre las dos temporadas (45 % y 44 % respectivamente de mujeres redactoras).

En cuanto a los corresponsales, enviadas/os especiales, presentadores/as de Deportes.

Distribución (en %) de corresponsales, enviadas/os especiales y presentadores/as Deportes:

Género	Totales	RNE	SER	ONDA CERO	COPE
Mujeres	32	42	29	8	60
Hombres	68	58	71	92	40

Son mayoritariamente hombres quienes participaron en la muestra como corresponsales, enviados o enviadas especiales y presentadores o presentadoras de Deportes, excepto en la COPE, en donde ha habido mayoría de mujeres que ejercen estas posiciones, y RNE en donde existe más equilibrio (42 % de mujeres y 58 % de hombres). Son diferencias muy significativas el caso de la SER (71 % hombres y 29 % de mujeres) y Onda Cero (92 % hombres y 8 % mujeres).

En la comparación de resultados entre las temporadas (2000-01) y (2004-05) quizás los cambios positivos más significativos se observan en RNE, en donde en la primera investigación realizada en 2001 la proporción de quienes cubrieron noticias como corresponsales, enviados especiales o presentadores de Deportes fueron mayoritariamente hombres (96 % frente al 4 % de mujeres). En la muestra de la temporada actual, la proporción de mujeres es mucho más elevada (no tanto porque haya muchas más mujeres en corresponsalías, sino porque quien presenta los Deportes es una mujer). Por el contrario, los cambios negativos se observan en Onda Cero; en la temporada 2000-01 había un equilibrio entre quienes cubrieron las noticias desde esta posición (50 % hombres, 50 % mujeres). Sin embargo, en la temporada posterior, la proporción de mujeres baja significativamente hasta el 8 %.

En la actualidad, el Informe Anual de la Profesión Periodística, presentado en diciembre de 2010 en Madrid, ha señalado que en las 37 universidades que imparten el Grado de Periodismo en España, estudian un total de 18.681 alumnos. En 2010, de los 2.906 que han terminado la carrera, el 70,1 % son mujeres y el 29,9 % son hombres. Sin embargo, los medios de comunicación no están copados por mujeres. Según el Servicio Estatal de Empleo Público (SEEP), hasta septiembre de 2010, había 5.564 periodistas registrados como parados, frente a los 5.155 de 2009. De ellos, el 66 % son mujeres y el 34 % son hombres.

Parece que las últimas tendencias suelen equiparar el número de mujeres y de hombres que se presentan de cara al público, como presentadoras y presentadores, incluso, pueden verse informativos con presencia exclusivamente femenina pero en todos los medios de comunicación hay un déficit muy importante en las cúpulas de dirección y de auténtica capacidad de decisión sobre los contenidos, con lo que, en la práctica, no existe un cambio sustancial en la Sociedad de la Información, al margen de la voz que traslada a la opinión pública ese mensaje único.

B. La imagen de la mujer en los medios y en la publicidad

La progresiva incorporación de leyes no ha traído consigo una plena igualdad material y mucho menos una visión positiva de los valores que pue-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

den aportar las mujeres al espacio público. Si los derechos suponen deberes, habría que decir que los medios tendrían que asumir el deber ético de ampliar la mirada sobre la acción humana en la que hombres y mujeres somos igualmente protagonistas. De esta forma se acercarían con mayor rigor a su labor de mediación y representación. La experiencia humana no se ciñe exclusivamente a lo masculino. Lo universal se ha identificado con «el hombre», ese ente contrapuesto a «la mujer», conceptos que nos predefinen y prejuzgan. Esperemos que el futuro sea de hombres y mujeres, en toda su pluralidad.

Pero, en la actualidad, la industria de los medios de comunicación está en manos de los hombres en todas sus áreas. Las mujeres en España ocupan un 40 % de las labores periodísticas y sólo el 20 % de los puestos directivos más altos. El 73 % de los altos puestos ejecutivos está en manos de hombres, frente al 27 % que ocupan las mujeres, según el estudio de la Fundación Internacional de Mujeres en los Medios (IWMF)¹⁹⁴. Además, a nivel global, casi dos terceras partes de los reporteros son hombres, frente al 36 %, que son mujeres. Destacan las excepciones en Europa del Este y los países nórdicos europeos. Éstos son los que cuentan con mayor participación femenina en las cúpulas directivas. En el otro extremo están Asia y Oceanía, con sólo un 13 % en puestos de responsabilidad. Entre los países con mayor igualdad está Sudáfrica donde las mujeres ocupan el 79,5 % de los puestos ejecutivos y Lituania, otra de las excepciones a la regla. El informe llama la atención sobre uno de los temas más urgentes en Europa Occidental, como es el del acceso a las juntas directivas, cómo lograr que las mujeres accedan al lugar que finalmente dirige el futuro de una empresa periodística. En el caso español, las mujeres representan algo menos del 40 % de la fuerza laboral periodística y ocupan sólo el 20 % de los puestos directivos más altos. Los investigadores no detectaron disparidades salariales significativas entre hombres y mujeres en España aunque sí descubrieron que los hombres suelen beneficiarse más de bonificaciones por turnos de fin de semana y nocturno y compensación por años en la empresa, lo que podría considerarse una discriminación indirecta.

El Ministerio de Igualdad ha aprobado el Plan de acción para la igualdad entre mujeres y hombres en la Sociedad de la Información (2009-2011), publicado en noviembre de 2010¹⁹⁵. En cumplimiento, en particular, del artículo 28 de la LOI, el Gobierno ha desarrollado diferentes instrumentos que

194. Véase el estudio presentado por la Fundación Internacional de Mujeres en los Medios (IWMF) *Global Report on Status of Women in News Media Shows Men Hold Vast Majority of Management Jobs in Newsrooms in World*. <http://www.iwmf.org>.

195. <http://e-mujeres.net>.

incluyen entre sus objetivos el fomento del acceso a las TIC con perspectiva de género¹⁹⁶. El Plan parte de cuatro Principios rectores: ciudadanía, transversalidad, empoderamiento e innovación y se vertebra en 7 Ejes de actuación: acceso; uso; contenidos; protagonismo; conocimiento; intercambio, difusión y comunicación; políticas y agentes para dar cumplimiento a los dos grandes objetivos de Garantizar la igualdad de género en la Sociedad de la Información y utilizar las TIC como medio para fomentar la igualdad de género¹⁹⁷.

Para celebrar el 8 de marzo de 2011, el Día Internacional de la Mujer, Reporteros sin Fronteras ha publicado el informe «La prensa, un territorio de hombres peligroso para las mujeres» sobre los problemas a los que se enfrentan las periodistas¹⁹⁸. El informe reafirma varios principios importantes y contiene entrevistas con mujeres periodistas de todo el mundo, describiendo los diferentes problemas que encuentran, desde la discriminación diaria a las formas más trágicas de violencia.

Los medios de comunicación siguen siendo un reflejo de la sociedad. Por lo tanto, el papel de las mujeres en los medios de comunicación y la protección a las periodistas son factores clave para reforzar la libertad en los medios y la diversidad de opiniones. En algunos países las mujeres son excluidas de los medios de comunicación, pero en otros se han hecho progresos significativos.

Asimismo, resulta muy esclarecedor comprobar cómo se informa de las mujeres o qué lugar ocupan las mujeres en las informaciones divulgadas¹⁹⁹. Por ejemplo, la Asociación de mujeres periodistas (AJF), ha realizado una encuesta en colaboración con 70 países que concluye que las mujeres representan menos del 20 % de las personas citadas en los artículos de prensa. La referencia a las mujeres en los medios suele darse con el siguiente patrón. Una mujer sobre seis es anónima contra un hombre sobre treinta y tres; una mujer sobre catorce es presentada como una víctima contra un hombre sobre veintiuno; una mujer sobre cinco es citada sin profesión contra un hombre sobre veinte. En un porcentaje menor de una mujer sobre dos, es citada

196. Plan de Acción para la igualdad entre mujeres y hombres en la Sociedad de la Información. <http://e-mujeres.net>, p. 9.

197. Véanse pp. 16 y ss., del Plan de Acción para la igualdad entre mujeres y hombres en la Sociedad de la Información. <http://e-mujeres.net>.

198. http://files.rsfs-es.org/200000865-66b0e67aab/DIA.MUJER.2001_INGLES_INFORME_REPOROS_SIN_FRONTERAS.pdf o, en versión francesa, http://files.rsfs-es.org/200000864-c9626ca5e2/DIA.MUJER.2001_FRANCES_INFORME_REPOROS_SIN_FRONTERAS.pdf.

199. En general, sobre cómo los medios retratan los temas de género y la teoría del *Framing* o del Enfoque, GIMÉNEZ ARMENTÍA y BERGANZA CONDE, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

directamente contra más de un hombre sobre tres²⁰⁰. Al margen de la publicidad, menos de un tercio de las fotos en prensa representan mujeres. La prensa deportiva también participa de la imagen estereotipada de la mujer en los medios y exhibe como imagen del deporte femenino partes de la fisonomía de las deportistas, como los muslos o las nalgas, mientras entrenan. En concreto, el diario Marca ha tenido que retirar una imagen que publicó en diciembre del 2010 que formaba parte del contenido del blog «fuera de juego, las nalgas de voleibol», en el que aparece una serie de fotografías de las nalgas de las jugadoras de voleibol de distintos equipos, como si se tratara de la información más relevante y del hecho objetivo noticiable principal²⁰¹.

Por primera vez en la historia de los medios de comunicación de España, El Periódico, de Cataluña, incorpora la figura de la Defensora de la Igualdad que se encargará de velar por que las informaciones y las fotografías respeten los criterios de igualdad.

Los medios de comunicación tienen una gran la responsabilidad en la imagen pública de las mujeres tanto a partir del tipo de imágenes como por el lenguaje que utilizan. Este lenguaje puede ocultarlas, discriminarlas e incluso denigrarlas. Por el contrario, un tratamiento igualitario en el discurso mediático puede contribuir, no sólo a visibilizarlas, sino a acelerar el avance hacia la igualdad en muchos ámbitos. Es, pues, necesario que el lenguaje periodístico contribuya a evitar la discriminación por razón de sexo, ya que de esta forma se favorece la toma de conciencia y se contribuye a animar sensibilidades en aras de una sociedad más igualitaria.

En cuanto a la imagen de las mujeres en publicidad, se ha de mencionar el Observatorio de la Imagen de las Mujeres (OIM). Se creó en 1994, denominándose inicialmente Observatorio de la Publicidad Sexista, para dar cumplimiento de los compromisos legales, tanto europeos como nacionales, de fomentar una imagen equilibrada y no estereotipada de las mujeres que les atribuya roles sexistas propios de la distribución de tareas o del reparto de papeles que, en virtud del espacio público y privado, se fraguaron en la sociedad del patriarcado.

Se realiza un seguimiento de contenidos de los medios de comunicación y la publicidad, bien directamente o bien a través de las quejas, como instrumento de la colaboración ciudadana, recibidas, para detectar aquellos que

200. <http://www.femmes-journalistes.asso.fr/>.

201. Puede verse la imagen polémica en <https://www.amecopress.net/spip.php?article5652>. Entre otros muchos ejemplos, también puede recordarse, en el ámbito de la actualidad política, la foto realizada de espaldas de la Princesa Leticia y Carla Bruni como portada del diario *El País*, del 28 de abril de 2009.

incluyan un tratamiento sexista o discriminatorio hacia las mujeres. En los casos en los que se considera que pueda estar incumplándose la legislación vigente, el OIM dirige un escrito a las empresas anunciantes o medios de comunicación emisores solicitando el cese o la rectificación de los mismos y/o trasladando recomendaciones para la supresión de estereotipos denigrantes o discriminatorios en sus futuras estrategias de comunicación.

Entre las últimas actuaciones, se encuentran las ejercidas contra las empresas Unilever España, por la campaña del desodorante Axe «Lígate a la camarera» que tuvo 12 quejas recibidas; Gestevisión Telecinco, SA, por la miniserie «Inocentes» emitida el 24 y 31 de enero de 2010, cuyo argumento se centraba en el secuestro de tres adolescentes por una organización criminal de trata y explotación sexual de mujeres que recibió 2.095 quejas; El Instituto, por el concurso «I love Escassi», con 60 quejas. El concurso se desarrolla mediante la exhibición de los estereotipos más sexistas, en los que las mujeres son representadas como mera mercancía sexual a plena disposición del varón, recurriendo a estrategias y actitudes donde imperan la agresividad y la vejación entre las propias compañeras. Igualmente, a través de las intervenciones de los invitados y las invitadas en plató se realizan los comentarios más peyorativos hacia las mujeres, como la falsedad, el comportamiento frío y calculador o la falta de escrúpulos. Y La Sexta, por el programa «Generación ni-ni», emitido el 8 de marzo de 2010, con 26 quejas recibidas donde se reproducen unas escenas en las que varios concursantes comenten un acto que podría calificarse de abuso sexual contra una compañera.

El Instituto de la Mujer, de quien depende el OIM, solicita reflexionar sobre el efecto que este tipo de tratamiento produce en la sociedad, fomentando las actitudes de violencia y dominación machista. Asimismo, resalta la responsabilidad que los medios de comunicación tienen en la erradicación de estas conductas, lo que es incompatible con programaciones que denigran, cosifican y reducen a las mujeres a simples productos para la exhibición.

Así, se publica anualmente, desde 1998, un informe del Observatorio²⁰², para su difusión en los medios de comunicación y organizaciones sociales. En él se exponen los datos de cada año relativos a las denuncias sobre contenidos publicitarios considerados sexistas por los particulares y las organizaciones sociales, así como las actuaciones realizadas por el Instituto de la Mujer frente a las campañas discriminatorias emitidas durante el año en cuestión, sobre todo las solicitudes de rectificación.

202. http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005600768&language=cas_ES&page-name=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Generico.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La Sociedad de la Información, que se ha visto sustentada e impulsada con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) como instrumento, lo que trae consigo inmensas oportunidades para la generación, regeneración y distribución de la riqueza y del conocimiento, para diversificar y flexibilizar los usos del tiempo y del espacio y para avanzar hacia modelos de sociedad más incluyentes y equitativos.

Por ello, la Sociedad de la información ha de ser capaz de remover los obstáculos para la igualdad real y efectiva de la ciudadanía, estableciendo como objetivo prioritario la eliminación de las discriminaciones, en especial, las de género. Las mujeres se quedaron fuera del pacto por el que se construyeron los Estados modernos, no se ha de repetir el patrón excluyendo a las mujeres del motor de la transformación de las sociedades a través de la información, las tecnologías, la ciencia y la innovación. La Sociedad de la Información necesita construirse con mujeres incorporando su talento y sus demandas y necesidades impulsando no sólo su presencia, sino su participación activa y, especialmente, su liderazgo.

3.1.3. Derechos de participación

A. Fomento de la participación política de la mujer

Para establecer el contexto de la igualdad de género en materia política, se hace imprescindible comenzar por establecer la evidencia de que fue en la formulación de la idea de representación donde se dejó a las mujeres fuera del pacto social. Esta situación tuvo lugar en el siglo XVIII y se arrastra hasta nuestros días. El resultado en los primeros tiempos se concretó en insistentes reclamos y luchas sin tregua de las mujeres para conseguir el derecho al voto. Pero, enseguida, la lucha se trasladó a la reivindicación del derecho a ser elegidas representantes. En la actualidad, ambos derechos están recogidos en las constituciones europeas. Sin embargo, la realidad en este plano dista de ser correspondida. Tan sólo 29 países, de los que 24 utilizan algún sistema de cuotas, han alcanzado o superado el 30 % de mujeres en sus Parlamentos²⁰³. En España, en el caso del Congreso, aunque el 36 % de los 350 escaños están ocupados por mujeres, se perciben muchas diferencias entre los grupos parlamentarios. Son mujeres el 46 % de las integrantes del grupo socialista, el 40 % del de IU-ICV, y el 28 % del grupo popular. En el Senado, las mujeres ocupan sólo el 25 % de los escaños y ningún grupo político alcanza la paridad de sexos en sus listas. El PNV es más alto con el 28 % de representación de mujeres, el socialista el 27 %, y el Partido Popular

203. Informe UNIFEM 2010, *Justicia de Género y Objetivos de Desarrollo del Milenio*, www.unifem.org/progress/pdfs/MDGBrief-Esp.pdf.

el 24 %. En la actualidad, el porcentaje de mujeres es más elevado en los parlamentos autonómicos (el 37,7 %), que en el Congreso (36 %) y en el Senado (25 %). La paridad, entendida como que ninguno de los sexos cuente con menos de 40 % de representación, sólo se cumple en los parlamentos de Castilla-La Mancha (53 % de mujeres), el País Vasco (52 %), la Comunidad Valenciana (41,57 %) y Cantabria (41,03 %). La rozan Andalucía, con un 39,45 % de mujeres en su Parlamento, y La Rioja, con un 39,39 %²⁰⁴. Tras las próximas elecciones municipales de 2011, también cambiará la composición de los Ayuntamientos, en los que poco más del 30 % de los concejales son mujeres. Por poner un ejemplo, a nivel local, en Madrid, por cada seis alcaldes, que todos los días toman decisiones sobre la vida de los madrileños y de las madrileñas, hay sólo una alcaldesa. Y entre las regidoras, 31 de un total de 179 localidades, ninguna gestiona la vida de municipios de más de 120.000 habitantes.

Muchos factores pueden esgrimirse para explicar la mencionada falta de relación entre el Derecho y la realidad. Entre ellos, quizás merezca la pena mencionar el reparto de roles por el que las mujeres han quedado fuera de la vida política y de la toma de decisiones. También pueden señalarse la configuración de los distintos sistemas electorales en relación al favorecimiento para la inclusión de las mujeres en puestos de representación política. Aunque puede que la pieza medular en este entorno sea el papel que juegan los partidos políticos en la disposición de las candidaturas y el orden de las mismas en las listas de partido. Difícil de determinar se torna la exigencia de democracia paritaria en el seno de las formaciones políticas dada su compleja conformación, a caballo entre la función pública que desempeñan y la naturaleza jurídica de asociación privada que les es propia.

Con el fin de incentivar la presencia de las mujeres en cargos públicos representativos, se elaboró, inicialmente en el seno de los partidos políticos, un sistema de acción positiva consistente en cuotas o reserva de un porcentaje en las listas electorales. En el ordenamiento español, se ha dudado sobre la constitucionalidad de este tipo de medidas aunque la mayor o menor polémica doctrinal se hará depender del origen de su implementación: vía partidos políticos o vía legislativa.

Otros han preferido intentar realizar la incentivación de mujeres sin imponer expresamente el sistema de cuotas.

Pese a la acción positiva, puede que el sistema de democracia representa-

204. Datos cercanos al 2007, variables según año de celebración de elecciones autonómicas. Consúltase http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678222&language=cas_ES&pagename=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Estadisticas.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tiva requiera transformar el pacto e incluir definitivamente a las mujeres para hablar en términos de verdadera paridad cualitativa, de suficiente representación de ambos géneros para tomar decisiones conjuntas que puedan afectar al conjunto de la sociedad que es, a su vez, dual, esto es, formada por hombres y mujeres. Habrá que establecer si ello implica una ruptura con la Teoría de la representación o con el paradigma de la indivisibilidad del pueblo soberano o con los criterios de mérito y capacidad.

B. La cuota o reserva electoral

Cuando hablamos de igualdad entre hombres y mujeres en cargos públicos representativos la polémica ha girado en torno a la medida de acción positiva llamada cuota o reserva electoral a favor de la igualdad de género. Consiste en la reserva de un porcentaje destinado al aumento de la participación de las mujeres en las listas electorales bien se reserve a las mujeres o se exprese en porcentajes mínimos y máximos para que ninguno de los géneros quede sobrerrepresentado, como es el caso de la vigente LOI.

Ahora bien, inicialmente esta medida fue adoptada por los partidos políticos. Ésta es una medida de fácil consenso porque se basa en la decisión interna del partido político. El problema que puede suponer este tipo de medidas radica en, quizás, la falta de efectividad puesto que está en la conciencia del partido, de su ideología y de sus dirigentes la decisión sobre la adopción de esta medida. En este punto es el partido el que incide directamente en la colocación de los candidatos y candidatas en las listas.

Por otro lado, estas medidas se pueden implantar a través de una reforma legislativa, tal como finalmente se ha resuelto en la actual LOI, que modifica la LOREG, como luego se señalará. El beneficio es que en su especie no hay otra medida más eficaz. Esta medida ha sido rechazada por varios argumentos²⁰⁵.

En primer lugar, se hizo referencia a la libertad de candidatura de los partidos políticos. En contra se puede señalar que la autonomía del partido político en cuanto asociación privada no es ilimitada especialmente en tanto desarrolla funciones públicas que la Constitución le encomienda y han de asumir una estructura interna democrática. Si la democracia implica la participación plena de hombres y de mujeres no se entiende que la de la estructura interna de los partidos políticos no haya de estar sometida a este canon. Así, contra la tesis que estima que, en virtud de su naturaleza de asociación privada, peligra la libertad de candidatura de los partidos políticos para esco-

205. Por todos, en contra, REY MARTÍNEZ, 1999, y ARANDA ÁLVAREZ, 2001. En favor, RUIZ MIGUEL, 1999; SALAZAR BENÍTEZ, 2001 y MACÍAS JARA, 2009.

ger a su mejor candidato sólo porque éste no pertenezca al género al que se quiere representar, parece arbitrario presumir, injustificadamente, que las mujeres no tienen valía suficiente para ser elegidas candidatas. Quienes defienden la libertad de candidatura en detrimento de la igualdad de género pretenden convencer de que la reserva electoral legislativa produce un «efecto boomerang» por el cual, la mujer que consigue un puesto vía cuota va a soportar un aislamiento social por el sentimiento de resquemor hacia la «mujer cuota». No compartimos este argumento porque su defensa lleva implícita la idea de que las mujeres que han accedido a la política a través de la reserva electoral son peores políticas que cualquiera de sus compañeros que también accedieron a la política por una cuota tácita reservada en función de la confianza que depositó en ellos la persona que les eligió. En todo caso, se ha de tener presente que no es ilimitada la autonomía privada de los partidos políticos que, en el ejercicio de funciones públicas, resulte estar vulnerando derechos fundamentales.

En cuanto a los conceptos de representación y soberanía, la reserva electoral legislativa tampoco es contraria a los conceptos de soberanía y representación porque admitir la dualidad de la Humanidad y la diferencia entre el género femenino y el género masculino no significa presumir, correlativamente, la existencia de desigualdades injustificadas ni, tampoco, que se haya de dividir la representación en tantas partes como categorías sociales, económicas, jurídicas o políticas de ciudadanos y de factores haya. Ello llevaría al absurdo de confundir la representación con la fotocopia de la sociedad intentando reconducir a las mujeres al campo de las categorías en lugar de al del ser humano individual. Se elude, al tiempo, la evidencia de que sólo hay dos tipos de seres humanos excluyentes entre ellos: mujeres y/u hombres sin más calificativos y con independencia de su condición social, política, económica o jurídica. Pueblo soberano, en definitiva.

En cuanto al contenido esencial del derecho de sufragio pasivo, un sistema de reserva electoral vía legislativa no vulnera el contenido esencial de los derechos contenidos en el artículo 23.2 CE y, en especial, el acceso a cargos públicos representativos, como estableciese parte de la doctrina española en seguimiento del Tribunal Constitucional italiano, ya que este tipo de medidas de acción positiva ni siquiera afectan al contenido del mencionado derecho, sino sólo a determinadas condiciones de su ejercicio, delimitándolo y matizándolo. Es más, la polémica medida mejora, en mi opinión, la posibilidad de alcanzar el pleno goce y efectividad del ejercicio del derecho de sufragio pasivo de las mujeres. Pero, incluso, si se prefiere defender el argumento de que estas medidas limitan un derecho fundamental, entonces, sería adecuado, desde la perspectiva jurídico-constitucional, que la materialización

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de tales límites se realizase bajo un soporte legal que otorgue seguridad jurídica en vez de, como propone el Alto Tribunal italiano y parte de la doctrina española, en el fuero interno de los partidos políticos con voluntad de aplicar o no la perspectiva y conciencia de género en sus decisiones políticas.

Contra la teoría que pretende defender que la inclusión de una mujer en una lista electoral a través de la cuota produce un perjuicio correlativo a un hombre por no pertenecer al colectivo discriminado, dos argumentos pueden esgrimirse. De un lado, en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, es el colectivo femenino el que ha sufrido y es aún objeto de discriminaciones y desigualdades en razón de su pertenencia al género femenino en diversos campos, entre el que se encuentra la política, de modo que son las mujeres las que necesitan el refuerzo que se obtiene a través de las medidas de acción positiva para conseguir la igualdad. De otro lado, a esta suerte de «teoría del perjuicio», a mi nuestro juicio poco sólida, siempre puede dársele la vuelta y, del mismo modo, afirmar que si se incluye a un hombre en una lista electoral o un cargo político por una suerte de «cuota invisible» de la que han disfrutado desde siempre, también se produce un perjuicio correlativo a la mujer que desea acceder a tal puesto. En todo caso, en este punto ha de valorarse que el beneficio que se obtiene cuando, en consecución de la igualdad, se beneficia a una mujer adquiere un cariz colectivo y resultan, en la práctica o desde una perspectiva social, beneficiadas todas las mujeres en función del principio de solidaridad. Y, asimismo, creemos que otorgar prevalencia al supuesto perjuicio que, eventualmente, se puede causar a un hombre para justificar la ilegitimidad constitucional de esta medida de acción positiva, resulta un sinsentido si lo que se intenta promover con la acción positiva es la igualdad de género.

Partiendo, como se ha dicho, de una valoración positiva de la Ley estudiada, quizás, pueden considerarse ciertos apuntes que, en relación a algunos problemas de aplicación de la LOI, podrían establecerse, tanto desde la perspectiva teórico-política como desde el aspecto práctico, en aras de un mejor modelo de Democracia paritaria para la mayor efectividad de la igualdad.

En primer lugar, creemos que hubiera sido interesante realizar una mención expresa del principio de Democracia paritaria como la condición primigenia para la plena ciudadanía. En este punto, el postulado de Democracia paritaria debería cumplir con la función de servir como principio inspirador y fundamentador del tenor de la norma al representar una condición esencial para que el desarrollo del derecho de sufragio sea efectivo y su ejercicio por los ciudadanos y las ciudadanas constituya un requisito inescindible del Estado social y democrático de Derecho. Ello ha de comportar la participa-

ción equilibrada de hombres y mujeres en los centros y órganos de decisión y de representación política.

No obstante, la actual LOI no realiza esta inclusión. Hubiera sido interesante que se advierta en la norma sobre el significado y la trascendencia del principio de Democracia paritaria que podría enunciarse en el pórtico de la LOREG para después materializarse en el articulado en los términos en los que ha procedido la LO 3/2007. Así, también creemos que la mejor opción, tal y como figura en la norma de referencia, estriba en la modificación del artículo 44 LOREG que, como es sabido, abre la Sección Segunda del Capítulo VI dedicada a la «Presentación y proclamación de candidatos», en lugar del artículo 46 LOREG como se ha recogido en diferentes propuestas anteriores, pues este precepto regula los requisitos formales para la presentación de candidaturas, mientras que el artículo 44 LOREG recoge las condiciones esenciales para que los partidos políticos, las federaciones, las coaliciones y las agrupaciones de electores puedan presentar listas de candidatos. Por lo tanto, la paridad ha de ser una condición esencial, *sine qua non*, para la presentación y proclamación de listas de candidatos y no sólo un requisito formal o de mera confección de la lista, como la mención del nombre y los apellidos de los candidatos, los símbolos del partido, etc²⁰⁶.

La aplicación de la LOI también ha suscitado algunos problemas en torno a la cuestión de la afiliación. Por ejemplo, la lista de candidatos presentada por Falange Española de las JONS a las Elecciones locales de mayo de 2007 en la localidad de Brunete fue excluida por incumplir el artículo 44 bis LOREG al haber incluido en la lista diez mujeres y tres varones. La formación política explicó que tal circunstancia se debió a que no encontraron candidatos masculinos suficientes que quisieran figurar en la candidatura e incluyó en la lista a los tres hombres que tiene afiliados en la dicha localidad. La Ley de Igualdad no establece ningún requisito en torno a la afiliación a la hora de figurar en una lista electoral. En este supuesto, el Tribunal Constitucional únicamente consideró que no se ofreció la posibilidad de subsanar el defecto pero no se pronunció sobre la afiliación en relación al cumplimiento del art. 44 bis LOREG ni sobre la duda de constitucionalidad sobre la LO que parece plantear la formación política al alegar argumentos sobre la restricción de derechos políticos en relación al artículo 6 CE y la posible violación del principio de discriminación del artículo 14 CE²⁰⁷. Posteriormente, en la STC

206. SALAZAR BENÍTEZ, 2001, p. 160.

207. El voto particular que realiza el Magistrado J. Rodríguez-Zapata se formula en base a la falta de pronunciamiento por el Tribunal de las cuestiones de fondo señaladas. Alguna de las sentencias que resolvió el Tribunal Constitucional en materia de impugnación de listas electorales también hizo referencia a otros derechos en juego como la libertad ideológica y la libertad de asociación, así como al valor de la igualdad del art. 1.1 CE. Sobre ellos no se pronunció el Alto Tribunal. STC 105/2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

127/2007²⁰⁸, en un supuesto similar, el Tribunal Constitucional consideró, en este punto, que «no es requisito necesario el de que los miembros de las candidaturas hayan de ser afiliados a los partidos políticos» y continúa señalando que «no estar empadronados en una localidad no constituye un obstáculo para presentarse a las elecciones locales en dicha circunscripción por lo que del mismo modo que optó por incluir a 10 mujeres pudo también cumplir con las exigencias de la LOREG, incluyendo el número de varones oportunos fueran afiliados de otras zonas o personalidades independientes»²⁰⁹.

En segundo lugar, se considera más apropiado para la efectividad de la igualdad un texto similar al establecido en la Ley francesa o en Ley autonómica manchega por el que se prevé un sistema de alternancia de uno y otro sexo para cumplir con la igualdad de género y el equilibrio cualitativo en la toma de decisiones políticas. De esta formulación es importante extraer algunas consideraciones. Resulta fundamental para abogar por la inclusión de ambos géneros en la representación política que no exista ninguna mención expresa o acción de favorecimiento a un sexo concreto, mujer u hombre, tal y como contempla la LOI, ya que este tipo de formulación implicaría observar una necesaria temporalidad de la medida y un cierto control de su cumplimiento. No obstante, se trataría de un control excesivamente preocupado por el objetivo numérico concreto de esta medida de acción positiva, esto es, favorecer a las mujeres, dejando, sin embargo, a un lado el fin último de la igualdad real de género.

Creemos que la misma sensación de cumplir objetivos cuantitativos en lugar de cualitativos surgiría si se opta por un texto basado únicamente en porcentajes de mínimos y máximos (30/70, 40/60, etc.), como el que ha optado al vigente LOI. En este caso, no quedaría solucionado el importante inconveniente del orden de las candidaturas y su colocación en las listas de candidatos, dejando de nuevo abierta la posibilidad de que las mujeres continúen relegadas a puestos de cola y, por lo tanto, a la imposibilidad de resultar elegidas. Es difícil, en este supuesto, establecer una relación real entre el cumplimiento del porcentaje por el partido (p. ej., 30 %) y la falta de representación femenina suficiente. Dicho de otro modo, el partido puede cumplir con el porcentaje requerido y estar contribuyendo, al tiempo, a una desigualdad soterrada si no coloca a sus candidatas en puestos de liza, tal y

208. STC 127/2007, FJ 4. El Tribunal Constitucional consideró que el incumplimiento por el partido de la LOREG pareció tener la intención de cuestionar la constitucionalidad de tal norma cuando a todas luces era evidente que podía haber adecuado la lista electoral a la norma y no lo hizo, denegándoles, así, el amparo.

209. *Idem*, FJ 3.

como sucede en la práctica. A pesar de la reforma de la LOREG, el porcentaje de mujeres en el Parlamento apenas ha aumentado entre el año 2004, con el 36 % y el año 2008 con el 36,3 %. Algunas propuestas de reforma que han apostado por establecer porcentajes mínimos y máximos para la representación paritaria de ambos géneros, como la que hiciera el PSOE y la que se ha aprobado en la LO 3/2007 (60 %/40 %), matizan, acertadamente, que tal proporción (en caso de preferir expresarla en porcentajes) ha de mantenerse en todos los tramos de la lista y cada 5 puestos.

Éste es un requisito esencial para la efectividad de la medida. Preferiblemente mediante un sistema de alternancia o, en su defecto, a través de porcentajes, la igualdad de género ha de estar presente en todo el recorrido, en toda la lista de candidaturas presentada por el partido. Si ello no fuera así, se retorna a la arbitrariedad de las formaciones políticas sobre la decisión de que las mujeres ostenten o no puestos de representación y responsabilidad política. No obstante, aun dando cumplimiento a la LO 3/2007, la verdadera paridad, la que genera igualdad real de calidad en la toma de decisiones, ha de ir más allá del mero mantenimiento del porcentaje establecido y actuar con auténtica conciencia democrática. En este aspecto, cabría dudar de esta conciencia si las mujeres aparecen sistemáticamente en una lista de candidatos entre los puestos 4 y 5 del tramo de cinco en el que se ha de aplicar la horquilla del 40 %/60 %. Así, por ejemplo, para las Elecciones Generales de 9 de marzo de 2008, el Grupo Popular presentó, en el caso del Congreso de los Diputados²¹⁰, una lista de candidatos con la situación descrita entre los puestos 6 y 25. Únicamente entre los puestos 3 y 5 apareció la alternancia de géneros. El Grupo Socialista cumplió con el porcentaje señalado en la Ley en cada tramo de cinco puestos incluyendo dos mujeres por cada tres hombres hasta el puesto 20 de la lista. Sólo entre los puestos 4 a 6, 9 a 11 y 29 a 31 se dio la alternancia de géneros. El caso de Izquierda Unida ha sido similar aunque existe mayor constancia en la alternancia entre los puestos 4 a 9. Cabe destacar que ninguna de las formaciones políticas mencionadas, artífices y/o simpatizantes o no de estas medidas, ha colocado a una mujer entre los puestos 1 y 2 de la lista.

Así, pues, el orden de los candidatos en las listas continúa estando en manos de las formaciones políticas que, aun cumpliendo con el principio de representación equilibrada de género que propone la Ley de Igualdad –tanto

210. En el caso del Senado, la situación reflejada ha resultado más igualdad. Generalmente, la mayoría de las formaciones políticas con tres candidatos, han incluido una mujer; en el caso de cuatro candidatos, se ha optado por el 50 % de hombres y de mujeres y en el caso de un candidato, hay formaciones que han apostado por la figura masculina y otras por la femenina.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

para el conjunto de la lista como para cada tramo de cinco puestos—, no siempre puede verse materializado en la representación equilibrada real al verse traducidos en escaños en función del orden que hayan ocupado hombres y mujeres en la lista²¹¹. Por este motivo, se considera que el mejor sistema para la igualdad efectiva es la alternancia de géneros o sistema cremallera en todos los puestos posibles y, fundamentalmente, en los que presumiblemente van a ser traducidos en escaños. Aun así, queda de nuevo en la conciencia para la igualdad de las formaciones políticas incluir en la cabeza de lista, depositando su confianza, a una mujer²¹². Estas medidas pueden quedar vacías de contenido si no se acompañan de una profunda conciencia de que no se trata de conceder privilegios, sino de restablecer derechos²¹³.

Ahora bien, para tratar de no inventar la igualdad y que su consecución se reduzca a un mero problema cuantitativo, en busca de la proporción requerida, podría haber resultado más completo contemplar alguna fórmula para aquellos partidos que, por problemas relacionados con la insuficiencia de población femenina, o, en su caso, masculina, afiliada al partido, no puedan cumplir con los criterios de paridad exigidos en todos los tramos de la lista. Por ejemplo, se puede prever que, eventualmente, bajo previa y sólida justificación, los partidos con este problema sean eximidos de mantener la paridad numérica en toda la lista pero no así en el tramo inicial de la misma. Podría considerarse tramo inicial el que discurre entre los primeros tres, seis o nueve puestos de la lista. O, en su defecto, en aquellos puestos que la formación política pertinente estime que, en previsiones normales, van a ser traducidos en escaños. Aunque, no obstante, como ya se ha señalado, en expresión del Tribunal Constitucional, el argumento de la falta de afiliación de población masculina o femenina no parece resultar, por sí solo, suficiente para contravenir lo dispuesto en la LOI en este punto.

En cuanto al incumplimiento de estas medidas no se pronuncia la LOI. Hubiera sido importante, a efectos interpretativos y de seguridad jurídica, que el texto reformado de la LOREG hubiera recogido la sanción en caso de incumplimiento del principio y de la garantía de la Democracia paritaria. En este punto, la LOI no impone ningún tipo de sanción expresa. Se ha de

211. MACÍAS JARA, 2008 y 2009.

212. En las Elecciones Generales de 9 de marzo de 2008, p. ej., Los verdes Comunidad de Madrid-Los Verdes de Europa (LVCM-LVE), Partido Unionista Estado de España (PUEDE), Eusko Alkartasuna (EA), NaBai y Unión, Progreso y Democracia (UPD) encabezaron la lista con una mujer y la candidatura presentada por Alternativa en Blanco (ABLA) incluyó dos mujeres en los puestos de liza.

213. SALAZAR, 2010, p. 121.

entender, por lo tanto, que las listas podrán ser impugnadas por incumplimiento del artículo 44 LOREG siguiendo el procedimiento legislativo establecido. La inclusión en la LOREG de un sistema de sanción más específico en relación a la subsanación de listas por contraindicar la democracia paritaria, podría haber evitado las numerosas dudas de interpretación aplicativa que ha suscitado en este punto la ley y sobre la que versan las sentencias del Tribunal Constitucional sobre esta materia²¹⁴. En casi todos los supuestos las listas cuestionadas fueron impugnadas por carecer de la representación equilibrada de hombres y mujeres exigida por la Ley ya que, en general, se contó con un número menor de mujeres que el requerido, lo que tuvo como resultado la anulación de la candidatura presentada²¹⁵. En este aspecto, en los casos presentados no se solicitó al Tribunal Constitucional que se pronunciase sobre la constitucionalidad de la medida de representación equilibrada entre géneros que establece la Ley de Igualdad, sino sobre la posibilidad, no ofrecida por la Administración Electoral pertinente, de subsanar la lista de candidatos presentada. Algunas formaciones políticas, incluso, alegaron cierto cumplimiento de la diligencia oportuna ya que, cuando tuvieron conocimiento de la irregularidad cometida, intentaron la subsanación pero la Administración Electoral no les otorgó plazo y modo para hacerlo²¹⁶. En casi la totalidad de los casos referidos, se procedió a otorgar el amparo solicitado por entender que no se dio el adecuado cauce de subsanación.

En este punto, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que, en materia de subsanación de irregularidades sufridas en la presentación de candidaturas, los errores cometidos en la presentación de éstas son subsanables, por lo que las Juntas Electorales han de dar la oportunidad de que se haga. De este modo, considera el Alto Tribunal que una irregularidad de las valoradas en estos supuestos «no puede tener la trascendencia fatal para el derecho fundamental a acceder el condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23.2 CE) pues tal defecto es subsanable». El Tribunal Constitucional se ha apoyado en todos estos asuntos en lo señalado por la Junta Electoral Central (JEC) al pronunciarse en su Instrucción 8/2007, de 19 de abril, para interpretar lo que había de ser adecuado en materia de trámite de subsanación de irregularidades. Así, la JEC, había establecido que «cuando la causa de las irregularidades advertidas, sea el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 bis de la LOREG o en la legislación autonómica

214. SSTC 96/2007, 97/2007, 98/2007, 99/2007, 100/2007, 101/2007, 102/2007, 103/2007, 104/2007, 105/2007, 106/2007, 107/2007, 111/2007, 113/2007, 114/2007 y 115/2007.

215. Véase BIGLINO CAMPOS, 2008, pp. 75 y ss.

216. Por todas, STC 104/2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

aplicable sobre candidaturas paritarias, podrá modificarse el orden de los candidatos, o incluir o excluir algún candidato, siempre que con ello se trate estrictamente de subsanar la irregularidad apreciada, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 48.1 LOREG»²¹⁷. Si la Ley 3/2007 hubiera previsto siquiera una remisión al trámite de subsanación general previsto en la LOREG, quizás, hubiera ayudado a establecer una pauta más exacta en orden al cumplimiento de la representación equilibrada por las formaciones políticas. En todo caso, el Tribunal Constitucional señaló que el «hecho notorio de que la Ley no prevea dicho trámite de subsanación, sino con carácter previo a la proclamación de candidaturas, no puede en modo alguno llevar a la conclusión de que los defectos, en su día, subsanables devengan definitivos e irreparables tan sólo por el irregular funcionamiento de la Administración Electoral»²¹⁸. Así, establece que la interpretación de la legalidad aplicable del modo más favorable al derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 CE exigía que el órgano judicial, una vez apreciado el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 bis LOREG, tendría que, en aras de preservar el derecho de sufragio pasivo, modular los efectos de aquella declaración de nulidad, requiriendo a la referida Junta Electoral para que otorgase un plazo de subsanación prevista en el artículo 47.2 LOREG a fin de adecuar la proporción de candidatos exigida por el artículo 44 bis LOREG²¹⁹.

Con el fin de solucionar el incumplimiento de la representación equilibrada de hombres y mujeres, algunas leyes en otros países han optado por imponer un sistema de sanciones o bonificaciones en la financiación de los partidos políticos. Sin embargo, tal y como explica Micaela NAVARRO GARZÓN, estos sistemas no parecen del todo efectivos²²⁰. En nuestra opinión, las sanciones o bonificaciones en el sistema de financiación hacen tambalear la efectividad de la reserva electoral como instrumento para la paridad dejando, de nuevo, en manos de las formaciones políticas poderosas la decisión de cumplir o no con la igualdad.

En conclusión, la infracción del principio de Democracia paritaria debe desencadenar la misma respuesta que el incumplimiento de algún requisito o de alguna causa de inelegibilidad del artículo 6 LOREG²²¹. La fórmula de

217. BOE n° 95, de 20 de abril de 2007. Instrucción incluida en prácticamente la totalidad de las Sentencias del TC en este asunto.

218. Por todas, STC 97/2007, FJ 4.

219. Por todas, STC 98/2007, FJ 6.

220. NAVARRO GARZÓN, 1999, p. 61. En el mismo sentido, se expresa, igualmente, ALBERDI, p. 275.

221. En sentido parecido, BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 4.

sanción que se considera acorde al sistema legal debe atender a la idea de no dar curso a la lista que incumpla el requisito exigido por la Ley. Bien sea una lista que incluya menores de edad o diputados incursos en alguna causa de inelegibilidad o que excluya a la mitad del cuerpo electoral y del pueblo soberano: mujeres o, en su caso, hombres, por serlo. Se incide en la idea de que las mujeres no son una categoría social. Tampoco los hombres. La existencia del género humano: hombre o mujer, está por encima y fuera de la Constitución. La reglamentación de cuotas, en consecuencia, no abre una vía para cualquier parcelación del sufragio universal ya que las mujeres, como los hombres, son uno de los componentes del cuerpo social y no una categoría entre otras²²².

En otro orden, tuvo lugar un caso polémico que resultó ser objeto de un recurso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se trató de la lista electoral que presentó el Partido Popular en Garachico (Santa Cruz de Tenerife), compuesta exclusivamente por mujeres. La junta Electoral de Zona de Icod de los Vinos denegó la proclamación de la candidatura presentada por el Partido Popular para el citado municipio por no adaptarse a las exigencias del artículo 44 bis LOREG. La resolución, que fue objeto de un recurso contencioso-electoral, provocó que se plantease por el juzgador una cuestión de constitucionalidad en relación a la constitucionalidad del artículo 44 bis LOREG. Los argumentos esgrimidos por el juzgador en contra de la medida recogida en el precepto de referencia no ofrecieron nada nuevo. En resumen, se refirieron a la posible vulneración del artículo 14 CE que impide que el legislador realice diferencias de trato que no sean objetivas y razonables, a que el artículo 23.2 CE reconoce el derecho de los ciudadanos a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad o a que es una medida que pretendiendo beneficiar a las mujeres las perjudica. Asimismo, el juzgador apeló a los ya conocidos argumentos empleados por la Corte italiana y el Consejo Constitucional francés en relación a la vulneración del contenido esencial del derecho al sufragio pasivo y también consideró que el precepto cuestionado infringe la libertad de los partidos políticos a la hora de escoger a sus candidatos para incorporarlos a las listas electorales eliminando la valía personal. Entre los argumentos que señaló el Abogado del Estado (algunos, recogidos en este capítulo), a favor de la constitucionalidad del precepto cuestionado, me merece la pena destacar la afirmación de que las mujeres no constituyen una categoría entre otras por lo que su representación en el Parlamento no atiende a una mera representación de intereses femeninos, sino que responde al objetivo de universalizar el conte-

222. A esta conclusión se llega en la obra colectiva dirigida por SAAVEDRA RUIZ, 1999, p. 277.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nido de la política. Esta medida de acción positiva contribuye a eliminar de forma proporcional las diferencias injustificadas en este ámbito entre los sexos salvaguardando, bajo la presencia equilibrada de hombres y de mujeres en la representación política, la unidad del pueblo como titular de la soberanía.

Paralelamente, el 21 de junio de 2007, el Grupo Popular del Congreso de los Diputados interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la disposición adicional 2ª de la LOI, por entender que la medida recogida vulneraba el artículo 23 CE al alterar el sistema electoral español, así como el derecho fundamental del artículo 14. Del mismo modo, entendieron que la protección de la mujer no es por sí sola razón suficiente para justificar la diferenciación, siendo, además, una medida desproporcional e, incluso, perjudicial para el colectivo al que se pretende beneficiar²²³. Asimismo, alegaron la vulneración por la LO 3/2007 del artículo 6 CE en relación con el artículo 22.1 CE en tanto la medida cuestionada supone una restricción de la libre actividad de los partidos políticos en la formación de candidaturas, aludiendo al caso de Garachico. En el sentido en el que se pronunció el juzgador al plantear la cuestión de inconstitucionalidad mencionada, entre los argumentos presentados en el recurso, también se consideró limitado por la medida impugnada el derecho de sufragio pasivo y la fragmentación del cuerpo electoral, así como la libertad ideológica de pensamiento de los partidos y las personas que los integran.

A la luz de la coincidencia de argumentos y de la temporalidad de las demandas que suscitaron esta cuestión y este recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional les ha dado una solución conjunta, resolviendo el recurso acumulado a la cuestión analizada²²⁴. La Sentencia, que se resuelve favorablemente (no sin polémica interna de la que resultó un voto particular), se centra en cuestionar la oportunidad política de la Ley controvertida y los problemas de su constitucionalidad. El Tribunal Constitucional, tras establecer que el objetivo de la ley responde a la consecución de la igualdad material, señaló que la medida que introdujo la LOI no establece una medida de favorecimiento de un sexo sobre otro, sino una fórmula de equilibrio entre sexos que tampoco impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino una barrera para que ningún género supere en representación el 60 % o sea inferior al 40 %, lo que implica que el efecto de la norma en cuestión es bidireccional para uno y otro sexo (FJ 3).

223. Sobre el juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes de paridad electoral, véase el interesante trabajo de MARTÍNEZ ALARCÓN, 2007, pp. 199 y ss.

224. STC 12/2008.

El Alto Tribunal no entendió que existiera vulneración del derecho de sufragio pasivo en tanto que el contenido esencial de este derecho reside en la correlación entre el candidato que se presenta y el que salga elegido representante en garantía de la voluntad del cuerpo electoral. Del mismo modo, la regla que se cuestiona se impone a partidos, federaciones y coaliciones de partidos y agrupaciones de electores, por lo que el Tribunal Constitucional consideró que el fondo de la cuestión residió en determinar la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de presentar candidaturas con la composición equilibrada de hombres y mujeres que prevé el artículo 44 bis LOREG. En ese punto, el Tribunal Constitucional afirmó con, a nuestro juicio, sólidos argumentos, que los partidos políticos, en tanto asociaciones calificadas por sus funciones constitucionales, son un cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad (FJ 5). Por lo tanto, continuó argumentando el Alto Tribunal, el que coadyuven por imperativo legal a la realización de un objetivo previsto en el artículo 9.2 CE no es cuestión que pueda suscitar problemas de legitimidad constitucional. Su configuración como instrumentos para la formación de la participación política y medio de expresión del pluralismo como sujetos que concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, les diferencia de otras asociaciones y les sujeta a las delimitaciones que el legislador considere para definir el ejercicio de tales funciones, también, en cumplimiento de la igualdad real y efectiva tal y como enuncia el artículo 9.2 CE. Asimismo, la libertad para confeccionar las candidaturas no es ilimitada en virtud de las exigencias de elegibilidad por lo que tampoco lo ha de ser en cuanto a exigencias de composición equilibrada en razón del género, ya que ésta constituye una restricción instrumentada, no lesiva para el ejercicio de derechos fundamentales y satisface exigencias constitucionales. Además, la posible limitación en la libertad de presentar candidaturas no se les impone a los partidos políticos en razón a su naturaleza de asociación, sino específicamente por ser partidos políticos. En conexión con esto, la proporción recogida en la LOREG para la presencia equilibrada de hombres y mujeres en la representación política, no implica la exigencia de que las formaciones políticas participen de los valores sobre los que se sustenta la Democracia paritaria pero tampoco pueden aquéllas sustraerse al mandato constitucional de la igualdad ni a las pautas establecidas por el legislador (FJ 6).

Posteriormente, el Tribunal Constitucional señaló algún matiz sobre las agrupaciones de electores. Respecto a los límites que impone la norma respecto de los municipios y las islas y de la posibilidad de que las CC AA puedan ampliar el margen ofrecido por la norma para ampliar la participación de ambos géneros a cuotas cercanas al 50 %, el Alto Tribunal consideró

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que no hay nada que reprochar al respecto en virtud el mandato del artículo 9.2 CE. Por todas estas cuestiones el Tribunal Constitucional desestimó tanto la cuestión como el recurso de inconstitucionalidad²²⁵.

Así, pues, aunque creemos que podrían haberse matizado o completado las fórmulas por las que ha optado la LOI para la mejor y mayor efectividad de la igualdad, incluye medidas sensatas y realistas y, en consecuencia merece, a nuestro juicio, una valoración positiva apoyada en el elevado compromiso que supone y que exige la actuación de los poderes públicos, los organismos públicos o privados y los agentes sociales para la consecución de la igualdad real. De hecho, los efectos de la LOI se comienzan a vislumbrar. Los Consejos de Administración están descubriendo la cantidad de mujeres capacitadas que había en su entorno y las formaciones políticas cuentan con sus candidatas para conformar sus listas electorales. Algunos datos ya se han aportado a partir de las pasadas elecciones autonómicas y municipales de 2007²²⁶. Por otro lado, también se han dejado entrever los problemas de aplicación que ha suscitado la norma. Parece que el compromiso y la sensibilización por la Democracia paritaria de las formaciones políticas no siempre son auténticos²²⁷. Algunas listas han sido impugnadas evidenciándose, así, que, en algunos casos, los partidos no habían contado previamente con sus mujeres afiliadas y, en otros casos, se pone de nuevo de manifiesto el rechazo de las mismas mujeres que, ante la forma de hacer política, aún basada en patrones masculinos de ejercer el poder con intensas jornadas de trabajo, junto a la falta de la conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y de mujeres, renuncian al puesto ofrecido o no permanecen en él²²⁸.

225. Se pronunció el Magistrado Rodríguez-Zapata en un voto particular en el sentido de las demandas interpuestas, considerando que «la imposición por ley de la paridad o de cuotas vulnera el principio de unidad de la representación política, la libertad ideológica, la auto-organización de los partidos políticos y el derecho de sufragio pasivo de los candidatos excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma en cuestión».
226. P. ej., en las elecciones municipales el PSOE cuanta con 591 mujeres entre los 1.310 candidatos. La cifra, sin embargo, se reduce en las candidatas a Alcaldía. El PSOE cuenta con 20 y el PP con 18. Entre otros datos, IU, en las listas autonómicas por Extremadura, presenta, en Cáceres, un 53 % de mujeres y, en Badajoz, un 49 %. <http://www.ideal.es/almeria/prensa>.
227. Denunciado por Coalición Canaria, parece que los Cabildos de Tenerife y La Gomera no cumplen con la Ley. <http://www.canarias7.es>.
228. Algunos estudios de la década de los ochenta tratan de mostrar exposiciones sobre el perfil de las mujeres que mayor interés demuestran por la política. Parece que aquellas mujeres que tienen mayor formación viven en núcleos urbanos y son económicamente independientes o trabajan fuera de casa así como las solteras, divorciadas o separadas, tendrían mayor afinidad con la materia política. Véase, DOWSE y HUGUES, 1975, p. 369. También, INSTITUTO I.D.E.S., 1988, p. 51, y ASTELARRA, 1990, pp. 7 y ss. Sobre el papel de las mujeres ante la política y las causas de su baja participación a lo largo de las décadas anteriores, existe una vasta bibliografía. Por todos, URIARTE,

Finalmente, la LO 3/2007 prevé su aplicación para la incorporación, a partir del 2011, de la exigencia de listas paritarias en municipios de 3.000 a 5.000 habitantes. La representación femenina en alcaldías ha pasado del 12,56 % en el 2003 al 14,60 en el 2007 a nivel nacional. En el 2003 había un 74,3 % de hombres en las concejalías y un 25,7 % de mujeres, aunque la distribución ha sido muy desigual en función del tamaño de los municipios. En el 2007 la presencia femenina ascendió a un 31 %²²⁹. Aun bajo la expectativa que despierta la evolución de las cifras, se pueden extraer algunas cuestiones y problemas de aplicación. En primer lugar, por lo general, suele haber menor representación femenina a menor número de habitantes, lo que, unido a lo que se llama la segregación vertical, es decir, que existe una menor representación de mujeres a mayor grado de poder y responsabilidad, hace que la presencia de mujeres en la política local de territorios de baja población sea prácticamente nula o residual²³⁰. Esta cuestión, además, no ha su-

1997, pp. 67 y ss.; SANI y CASTILLO VERA, 1983, pp. 203 y ss.; ORTIZ CORULLA, 1987; MARTÍNEZ TEN, 1990, pp. 64-65; GARCÍA DE LEÓN, 1994. Algunas diputadas comentan que hasta las formas, las maneras o la estética en política son masculinas y la manera de entrar en política, seas un hombre o una mujer, ha de ser masculina. Así lo manifiestan las autoras en relación con los partidos políticos en GASPARD, SERVANSCHREIBER y LE GALL, 1992, p. 154. Y SEVILLA MERINO, 2004, p. 82.

229. http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005600670&language=cas_ES&page-name=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Generico.

230. La situación ha mejorado notablemente en las elecciones locales celebradas el pasado 22 de marzo de 2011, aunque la representación femenina es aún insuficiente a pesar del impacto de la LOI. Por ejemplo, de las 17 candidaturas proclamadas a la Asamblea de Madrid, sólo 5: Ecolo Verdes, Solidaridad y Autogestión Internacionalista, Partido Comunista de los Pueblos de España, Alternativa Española y el Partido Popular, aparecen encabezados por una mujer. Y de las 25 candidaturas proclamadas en el Municipio de Madrid, tan sólo 5: Partido Castellano, Partido Antitaurino contra el Maltrato Animal, Regeneración, Partido Humanista y Alternativa Española, están encabezadas por mujeres.

La única Comunidad Autónoma en la que coincidieron mujeres como cabezas de lista de los principales partidos es Aragón, con Eva Almunia por el PSOE, Luisa Fernanda Rudí por el PP, y Nieves Ibeas por Chunta Aragonesista.

En 2003, ninguna mujer era presidenta de una Comunidad Autónoma. La pionera fue la socialista María Antonia Martínez, que gobernó en Murcia entre 1993 y 1995, a la que siguió Esperanza Aguirre, que ganó las elecciones a la Comunidad de Madrid en 2003 y 2007.

Así, pues, optaron, como cabeza de lista, a la presidencia de las 13 Comunidades Autónomas que concurrieron a las elecciones de 2011, tres mujeres socialistas y cuatro del PP. Así, Lola Gorostiaga (Cantabria), Eva Almunia (Aragón) y Begoña García Retegui (Murcia) fueron las cabeza de lista socialistas en los pasados comicios autonómicos, mientras que lideraron las candidaturas del PP: Esperanza Aguirre (Madrid), María Dolores de Cospedal (Castilla-La Mancha), Luisa Fernanda Rudi (Aragón) e Isabel Pérez-Espinosa (Asturias). De este modo, las mujeres representaron un 23% de los puestos en cabeza de lista de las candidaturas socialistas y un 30,7% de las del PP.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

frido ninguna modificación con la aplicación de la LOI por lo que los datos permanecen sin cambios entre el 2003 y el 2007. Estará por verse la incidencia de la obligatoriedad de la LOI para los municipios más pequeños en las próximas elecciones locales. Y, en segundo lugar, representa otro problema la segregación horizontal, es decir, la influencia del rol de género en el desempeño de las áreas de actuación política. Esta cuestión afecta a todo el panorama político pero quizás continúa más arraigado en la esfera municipal. Así, las mujeres ocupan por encima de los hombres o en similares índices sistemáticamente las áreas de Igualdad, Mujer, Participación ciudadana, Servicios Sociales y Salud. Y, sin embargo, la presencia femenina es menor o inexistente en Economía y Hacienda, Urbanismo y Obras, entre otras. Asimismo, los roles se mantienen entre el 2003 y el 2007²³¹.

La ampliación de la aplicación de las listas paritarias a los pueblos de más de 3.000 habitantes ha obligado a los partidos políticos a redoblar esfuerzos en sus agrupaciones comarcales y locales para cumplir con este requisito. Al tratarse de municipios más pequeños, los problemas de aplicación podrían estar en que en general hay menos ciudadanos disponibles y dispuestos a participar en política y, en consecuencia, puede quedar en cuestiones de aritmética para cumplir estrictamente con la Ley de Igualdad. *A priori*, los partidos pequeños, con una estructura orgánica menor, encuentran mayores obstáculos. En sentido contrario, parece que los partidos mayoritarios tendrían menos dificultades. En todo caso, en el ámbito municipal, parece que la forma de eludir el sistema se refleja *a posteriori*, esto es, presentando una lista paritaria en la que algunos integrantes (mujeres) renuncien al acta de edil, lo que dibujaría de nuevo, probablemente, una representación local mayoritariamente masculina, incluso por encima de la exigencia legal de que los mismos objetivos de paridad se contemplen para los suplentes.

Por consiguiente, en 2011, son ya cuatro mujeres las que presiden un Gobierno autonómico, y aunque supone sólo un poco más de un 23% del total, es un avance. Salvo Dolores de Cospedal, secretaria general del PP, las otras tres presidentas coinciden en el hecho de haber destacado en la política municipal. Barcina era, hasta ahora, la primera regidora de Pamplona, Aguirre fue concejal de Medio Ambiente y luego de Cultura en el Ayuntamiento de Madrid y la primera mujer en presidir el Senado y Rudí fue la primera alcaldesa de Zaragoza aunque antes ya había sido diputada nacional y presidió el Congreso de los Diputados. Lo destacable es que estas cuatro mujeres no sólo tendrán en sus manos el Gobierno de sus respectivas Comunidades Autónomas, sino que, para ello, han tenido que llegar a los puestos más altos en sus respectivos partidos.

231. Sobre el impacto de la LOI, en relación a la presencia de mujeres según número de habitantes y en función de las categorías, básicamente, Alcaldía y Junta de Gobierno, véase el Informe, al respecto, de la Federación española de municipios y Provincias, pp. 93 y 99; http://www.femp.es/Portal/Front/Portada/Portada/_PB_cWFouSc0l1_nrb002MA.

Los datos son múltiples. Se destaca el ejemplo de Cáceres, por ser uno de los escasos municipios donde la alcaldesa y la dirigente de la oposición (Carmen Heras y Elena Nevado, respectivamente) son mujeres. La obligación de presentar candidaturas compensadas sólo ha estado vigente en una convocatoria electoral de carácter municipal y autonómico, la del 2007. Tras ese paso por las urnas, en el que la paridad sólo era requerida en las localidades de más de 5.000 habitantes, la cifra de concejales en los ayuntamientos extremeños se incrementó moderadamente, pasando de ocupar el 27 % al 31 % de las actas de concejal, según un estudio de la Federación Española de Municipios y Provincias. Asimismo, sólo 67 de los 386 alcaldes elegidos en la región en el 2007 fueron mujeres. Sin embargo, tras 4 años de aplicación de la LOI tan sólo el 17 % de las Alcaldías están ocupadas por mujeres. Para las elecciones municipales de 2011, 62 municipios tienen que incorporarse a esta exigencia en Extremadura y, asimismo resulta llamativo el caso de Castilla y León que pasa de 48 a 91 municipios que han de someterse a la LOI. Asimismo, se ofrecen múltiples adaptaciones, unas que incluyen mejoras para la eficacia de la igualdad, otras más polémicas, pretenden sortear la exigencia democrática de la paridad. La realidad actual demuestra que la igualdad no puede agotarse en la paridad. Ésta, por sí sola, no tiene mucho sentido si no se inscribe en una estrategia global que paulatinamente rompa tanto con la segregación vertical como la horizontal. Las desigualdades de género en términos globales no desaparecen. Las resistencias o barreras de entrada de las mujeres sólo se trasladan a un nivel jerárquico superior. Las mujeres en política trabajan pero no gobiernan, se les da la bienvenida al tiempo que se les franquea el paso para acceder al poder real de decisión.

Establecidos estos presupuestos, esta reforma, quizás, debió de haberse visto acompañada de otras. Por ejemplo, en la propia LOREG, podría ser acertada la depuración del lenguaje sexista y el uso de una terminología de inclusión como «candidatas y candidatos» o, preferiblemente, «candidaturas», cuando se hable con carácter general. Más importante considero que sería incluir las referencias a «las ciudadanas» junto a las de los ciudadanos, por ejemplo, en la Exposición de Motivos. Asimismo, entiendo que una reforma completa ha de hacerse desde la transversalidad y afectación del conjunto de normas sobre esa materia. Por lo tanto, de mayor calado, pero en todo caso necesaria, podría considerarse una reforma en la Ley de Partidos Políticos que incluyese el principio de Democracia paritaria en torno a los artículos 6 ó 7.1 en los que se regula la democracia, la organización y el funcionamiento interno de los partidos políticos. Puesto que no es compatible un funcionamiento democrático con la exclusión de la ciudadanía de las mujeres (o de los hombres), también debería figurar la exigencia de paridad

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

para las formaciones políticas en el contexto de la norma que les es propia. En este sentido, NAVARRO MÉNDEZ afirmó que «la situación de marginación femenina es incompatible con la exigencia de democracia interna pues constituye un atentado contra el principio de igualdad de todos los afiliados en sus relaciones con el partido en que se integran, que veta cualquier género de discriminación sexual»²³². Finalmente, también las Comunidades Autónomas han de implicarse en esta reforma disponiendo en sus Leyes electorales el principio de Democracia paritaria en cumplimiento de sus respectivos Estatutos²³³.

Pero, sin duda, la reforma más importante y definitiva será aquella que sea capaz de modificar las estructuras y los parámetros sociales para transformar el viejo modelo social en uno nuevo basado en compartir todas las responsabilidades por los hombres y por las mujeres en todos los ámbitos, públicos o privados, y a cualquier nivel²³⁴. En la creencia de que esta transformación social está por llegar, tenemos la convicción de que la paridad numérica no constituye, en sí misma, ningún resultado, sino tan sólo un punto de partida, en igualdad, para iniciar la carrera hacia otro modelo de Democracia, hacia otro pacto social.

C. La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles

Como es sabido, la LOI aborda el principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todas las esferas de la vida política, civil, laboral, social, económica, cultural y artística; es decir, tiene una dimensión transversal. Implica tanto a las Administraciones públicas (estatales, autonómicas y locales), como a las empresas y los sindicatos en el objetivo de prevenir, eliminar y subsanar cualquier forma de discriminación. Además, prevé la adopción de las llamadas acciones positivas para, en lo que nos interesa en este punto, la promoción y consecución de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en las empresas privadas en referencia a los Consejos de Adminis-

232. NAVARRO MÉNDEZ, 1999, p. 405. También, SALAZAR BENÍTEZ, 2001, pp. 161 y ss.

233. Recuérdese que, aunque se prefiere la reforma principalmente de la LOREG, se comparte la opinión del profesor SALAZAR BENÍTEZ en la que considera que la adopción de cuotas por las leyes electorales autonómicas no plantea problemas ya que las Comunidades Autónomas disponen de competencia para establecer en sus normativas electorales requisitos para la configuración de las listas. Asimismo, un apoyo adicional lo constituyen las referencias a la igualdad en sus respectivos Estatutos de Autonomía, especialmente, en los reformados. De nuevo, SALAZAR BENÍTEZ, 2001, p. 160.

234. En la misma línea, SOLSONA I PIÑOL, 1999, p. 267. Apunta que cualquier propuesta ha de ir unida al nuevo contrato social de corresponsabilidades en todo de todas y de todos «sin que los roles de género determinen espacios o funciones».

tración. Así, la LOI establece la promoción de la igualdad en el marco laboral y de empresa en el artículo 45 estableciendo las circunstancias bajo las que las empresas han de adoptar Planes de Igualdad. Posteriormente el artículo 75 hace referencia concreta a la participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles estableciendo que para aquellas sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias atenderán a la presencia equilibrada de hombres y mujeres en sus Consejos de Administración en un plazo de ocho años desde la entrada en vigor de la LOI. Más allá de estas previsiones, la LOI no incide en las consecuencias de su incumplimiento en este ámbito ni de su aplicación en otro tipo de sociedades o bajo otros criterios de configuración²³⁵.

Así, parece que la LOI establece la obligación de potenciar, con el horizonte 2015 (Objetivo 15) la promoción de una presencia equilibrada de las mujeres en los Consejos de Administración de las sociedades mercantiles obligadas a presentar cuentas de pérdidas y ganancias. Asimismo el Código Unificado de Buen Gobierno, en su recomendación número 15, invita a las empresas con escaso o nulo número de Consejeras a realizar un esfuerzo por paliar esta situación e incluir mujeres en las candidaturas. Por otro lado, la comparativa con los países comunitarios confirma la necesidad de impulsar políticas específicas pues España es el tercer país donde menos proporción de mujeres ocupan puestos en los Consejos de Administración (un 8,48 % en 2008 –sólo por delante de Japón, Italia y Portugal– frente al 21 % de Suecia o Finlandia). La Eurocámara ha aprobado una Resolución en la que se muestra partidaria de adoptar medidas concretas para favorecer la inclusión de las mujeres en los Consejos de Administración²³⁶.

En este contexto nace, como se ha mencionado, «Objetivo 15, equilibrio en los Consejos de Administración», una iniciativa de la Asociación de Parques Científicos y Tecnológicos de España (APTE) y el desaparecido Ministerio de Igualdad, cuyo propósito fue el de promover una mayor presencia femenina en los Consejos de Administración de empresas cotizadas, poniendo a disposición de éstas (y de las agencias de *headhunting*) un directorio de mujeres cualificadas procedentes de los Parques Científicos y Tecnológicos Españoles, una red que alberga a 4.600 empresas punteras en innovación (y 127.000 profesionales, 19.000 sólo en I+D) y que constituye una cantera única de talentos para el cambio y la igualdad. Por ello, su consecución implicará grandes beneficios, no sólo para las mujeres sino, también, para las empresas y para la sociedad. El proyecto incluye la detección y estímulo de

235. FARIAS BATLE, 2008, p. 528.

236. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0085+0+DOC+XML+V0//ES&language=ES>.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

una red de potenciales Consejeras del entorno de los Parques (en una primera selección, ya son 80 mujeres distribuidas en 20 parques de toda España), la creación de un directorio y una página web de referencia, el acercamiento activo a las empresas y la puesta en marcha de acciones de comunicación para el cambio cultural, que sumen a favor de lo que ha de convertirse en un amplio movimiento social y empresarial en pro de una presencia equilibrada de las mujeres en los órganos de decisión de las compañías españolas. Estas premisas sintonizan con la Estrategia 2020, que ha lanzado la Comisión Europea como horizonte de trabajo de los 27 países de la Unión, y con la Ley de Economía sostenible, propuesta por el Gobierno de España, para promover un modelo de crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

Así, pues, en cuanto a la presencia de mujeres en los Consejos de Administración, podemos distinguir entre los pertenecientes a la Banca y los de Empresas IBEX 35²³⁷.

En el caso de los Consejos de Administración de un banco o caja de ahorro, éstos están integrados, generalmente, por la Presidencia de la entidad financiera, vicepresidencias, en su caso, consejeros o consejeras y vocales. En los Consejos de Administración de las Entidades Bancarias todavía la participación de las mujeres sigue siendo escasa, entre el 0 y el 17 % en el 2005 el 6 y el 21 % en el 2009. En los Consejos de administración de las Cajas de Ahorro se da la misma situación que en los bancos, es decir, domina la presencia de hombres²³⁸. El porcentaje de mujeres está entre el 0 y el 15 % en 2005 y el 9 y el 27 % en 2009. Es destacable que en estas entidades bancarias los Gobiernos Autonómicos participan en la presentación de candidaturas a Consejeros o Consejeras o Vocales, lo que no ha supuesto en este ámbito un avance significativo en la participación de mujeres.

En cuanto a las Entidades Empresariales, dedicadas a la producción industrial, actividades mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos en el marco de la economía de mercado, los poderes públicos han de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, y promover eficazmente las diversas formas de participación en la empresa. Para analizar la participación de las mujeres en los Consejos de Administración de las empresas se suele tomar como punto de referencia las que integran el IBEX 35²³⁹.

237. http://www.inmujer.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678222&language=cas_ES&page-name=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Estadisticas.

238. GÓMEZ ANSÓN, 2005, pp. 7 y ss.

239. Índice formado por 35 valores, los más líquidos y representativos del mercado bursátil español, ya que concentran más de tres cuartas partes del negocio habitual en la bolsa española. Sirve de referencia tanto para conocer la evolución de la bolsa como

Así, el abanico es amplio, entre el 0 % de presencia femenina en empresas por ejemplo como Gas Natural o Endesa a otras por encima del 20 % como Banesto o Inditex hasta el máximo de FCC que tiene un 24 %. Tras la aplicación de la LOI, aún existen empresas con el 0 % de participación femenina en sus Consejos de Administración. Sin embargo, la tónica general ha sido de un aumento significativo, entre 2, 4, 7 y 10 mujeres más, aunque ninguna empresa IBEX 35 llega al 25 % de presencia femenina en los Consejos de Administración.

En términos absolutos, la media de presencia de mujeres ha pasado de un 6,31 % en 2007 a un 9,68 % en 2009 aunque todavía hay empresas del IBEX 35 que carecen de mujeres en sus Consejos de Administración. Este hecho no favorece la implementación de la medida recogida en la Ley de Igualdad que regula que procurarán incorporar en los Consejos de Administración de las Empresas que mantengan una serie de requisitos, que cumplen todas las empresas IBEX 35, un 40 % de mujeres para alcanzar la presencia equilibrada de ambos sexos en un plazo de ocho años (desde la entrada en vigor de la Ley), y a medida que venzan los mandatos de los anteriores consejeros. En cuanto a las Presidentas de Consejos de Administración de Empresas IBEX 35 no alcanzan en 2009 el 3 %.

Ninguno de los Consejos de Administración de los grupos de Comunicación alcanza el 20 % de presencia de Mujeres, produciéndose, incluso, una disminución en el caso de Vocento que pasa de un 25 % en 2007 a un 18 %; en Sogecable se ha mantenido el número de mujeres habiendo disminuido sus miembros, pasando de un 6 % a un 8 %; en Grupo Zeta se ha nombrado a una mujer, no habiendo mujeres con anterioridad. En ningún caso los órganos de dirección de los periódicos alcanzan el principio de presencia equilibrada. El porcentaje más elevado lo tiene la Vanguardia con un 25 %, mientras que el Mundo tiene el más bajo con el 7 %. El periódico La Vanguardia y La Razón van aumentando la presencia de mujeres progresivamente, mientras que el resto mantienen fluctuaciones en la participación de mujeres sin especial relevancia, en torno al 8 % y no parece que se efectúen reales esfuerzos para aumentar el número de mujeres en sus órganos de dirección acorde con el principio de presencia equilibrada ni para consolidarlo pues puede encontrarse que en el 2004 hubo un 9 %, en años posteriores, entre un 3 y un 4 % y en la actualidad, alrededor de un 7 % por lo que la influencia de la LOI en este punto no resulta significativa.

de los mercados de opciones y futuros, que operan sobre ese índice. El grupo de empresas cotizadas, que constituyen el IBEX 35, se revisa semestralmente, con el objetivo de que este índice siempre esté formado por los títulos más líquidos de la bolsa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La participación máxima de mujeres en órganos de dirección de Radio es la de Punto Radio, siendo del 30 %; en las demás emisoras radiofónicas, se encuentra entre el 17 % y el 9 % de Onda Cero. En órganos de decisión de Cadenas de TV, el Canal Cuatro cumple el principio de presencia equilibrada con un 40 % de presencia femenina, sin que el resto de las cadenas alcance el 30 %. Existe un aumento generalizado de la participación de las mujeres en los órganos de decisión pero no refleja en absoluto que, en la actualidad, los profesionales de los medios de comunicación son mayoritariamente mujeres. La comparativa en los órganos de decisión es más interesante pues en el caso de Antena 3 TV, ha aumentado de un 8 % en 2007 a un 20 % en 2009 y en el caso de Telecinco de un 0 % en 2007 a un 14 % en 2009.

La escasa presencia de las mujeres en los órganos de decisión de la vida económica de nuestro país demuestra que la plena incorporación de las mujeres en este ámbito no se ha logrado todavía. De acuerdo con los datos publicados por la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre del año 2009, sólo un 32,2 % del total de personas en puestos directivos o de gerencia de empresa son mujeres. Hay que señalar que en el año 2009, debido a la situación de crisis económica, el total de personas que ocupan puestos de dirección y gerencia de empresas ha disminuido respecto a las cifras del año 2008. El descenso en el número de mujeres que ocupan dichos cargos ha sido de un 2,6 %, al pasar de 513.100 directivas en el 2008 a 499.500 en el año 2009. El descenso en el número de hombres que ocupaban puestos directivos o de gerencia ha sido de un 5 %. En el último año se aprecia un importante crecimiento en el total de personas al cargo de empresas sin asalariadas/os, pero este crecimiento se debe exclusivamente al incremento de hombres en este tipo de empresas, ya que el número de mujeres ha disminuido. El crecimiento en el número de mujeres en los Consejos de Administración respecto al año anterior ha sido de 2,1 puntos porcentuales, al pasar de un total de 32 en el año 2007 a un total de 43 en el año 2008. No se ha producido ningún cambio respecto al año anterior en la presencia del número de mujeres en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, que se mantiene en un 4,5 %.

Aunque los datos revelan un mínimo aumento gradual, la medida contemplada en la Ley de Igualdad en su artículo 75 no incide especialmente en la presencia de mujeres en los Consejos de Administración con carácter general pues este artículo sólo afecta a aquellas sociedades que tienen obligación de presentar cuentas de pérdidas y ganancias no abreviada, esto es, aquellas que cumplan dos de estos tres requisitos: que sus partidas de activo superen 2.373.997,81 euros netos, su cifra anual de negocio supere 4.747.995,62 euros o tengan más de 50 trabajadores de media en la empresa,

con lo cual, el número de sociedades a las que se les aplica la LOI, se reduce de forma sustancial. No será aplicable a pequeñas y medianas empresas (PYMES), las sociedades mercantiles cuyo órgano de administración no sea el Consejo de Administración así como otras formas asociativas que no sean propiamente sociedad u otras personas jurídicas que realicen actividades propias de empresas como las Fundaciones. Asimismo, el citado precepto no recoge una obligación para las empresas, sino una mera recomendación de promoción, por lo que aquéllas realizarán los nombramientos que consideren oportunos en sus Consejos de Administración, sin regirse necesariamente por el criterio de presencia equilibrada de mujeres y hombres que define la LOI. El incumplimiento del plazo señalado para cumplir con objetivos de igualdad no tiene consecuencia jurídica alguna²⁴⁰.

Es complejo obligar a las entidades privadas a que mantengan un porcentaje de presencia de ambos sexos en sus Consejos de Administración. De hecho, desde el inicio de la tramitación de la LOI se prefirió la recomendación en lugar de la imposición a pesar de las enmiendas presentada por el Grupo parlamentario mixto y por el Grupo parlamentario Izquierda Republicana que abogaban por la imposición para la eficacia de la medida. No obstante, quizás, sí podrían haberse regulado medidas para incentivar la presencia equilibrada de géneros mediante algún sistema de bonificación y, sobre todo, para, prácticamente, excluir de la contratación con las Administraciones públicas u organismos dependientes aquellas empresas que incumplan esta medida. En este sentido, el apartado 2 del art. 71 del Proyecto de LOI, recogía una fórmula que daba preferencia en la adjudicación de los contratos que cumpliera con las exigencias de la LOI en presencia equilibrada pero no prosperó reduciéndose a una medida de buenas prácticas recogida en el artículo 34.2 LOI.

El artículo 54 LOI legisla la obligatoriedad de efectuar los nombramientos conforme al principio de presencia equilibrada en los Consejos de Administración de las empresas en cuyo capital participe el Estado, ya sea la Administración General del Estado u organismos públicos vinculados o dependientes de ella. Sin embargo, se propone que esta obligación se traslade también a las Comunidades Autónomas y se dé cuenta por el Estado y Comunidades Autónomas de cómo se ha llevado a efecto el cumplimiento de esta medida. Por otra parte, sería de interés que en las empresas en las que participe el Estado, Comunidades Autónomas o entidades locales se adopten medidas para que aquellos consejeros y consejeras que sean nombrados por otras entidades privadas cumplan también el principio de presencia equili-

240. FARIAS BATLE, 2008, p. 528.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

brada y que esta medida sea real y efectiva ya que actualmente existen empresas con participación estatal en las que en los consejos de administración no existe presencia de mujeres.

*D. Breve mención a la participación de las mujeres en otras organizaciones*²⁴¹

En cuanto a la presencia de mujeres en otras organizaciones, puede decirse brevemente que las organizaciones sindicales (UGT, CC OO, USO) cumplen entre sus órganos de gobierno el principio de representación equilibrada. Sin embargo, los órganos de decisión de las asociaciones empresariales están muy alejados de cumplir dicho principio. En los Consejos Generales de los colegios profesionales son los hombres los que copan los órganos directivos. En el caso del Consejo General del Colegio Oficial de Médicos y la Organización Colegial Veterinaria Española es nula la presencia de mujeres, hecho sorprendente si se tiene presente el número de mujeres que ejercen dichas profesiones. Se observa también cómo la presencia de mujeres en los órganos de decisión de las Reales Academias es prácticamente inexistente, ya que sólo hay representación de mujeres en las Reales Academias de Farmacia y Lengua. Incluso en algunas de ellas ni existe ninguna mujer académica numeraria, como por ejemplo, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, cuando existen mujeres juristas de reconocido prestigio, ya sea en el ámbito académico o por haber ocupado cargos importantes en la judicatura o incluso en ambas cosas. Tampoco existe presencia significativa en la Real Académica de Ciencias Morales y Políticas, dato interesante teniendo en cuenta el número de mujeres que en nuestro país se dedican a la política y máxime cuando se han efectuado nuevos nombramientos sin que ninguno de ellos haya recaído en una mujer.

Entre las medidas que pueden adoptarse para tratar de mejorar estos aspectos podría mencionarse, fomentar con incentivos y medidas reguladas legalmente la promoción del principio de presencia equilibrada en los órganos de dirección de las entidades empresariales. Asimismo, sería necesario garantizar por Ley medidas concretas para el nombramiento de mujeres en los órganos de dirección de los Colegios Profesionales, Partidos Políticos y Sindicatos así como potenciar el nombramiento de mujeres en las Reales Academias existentes.

En todo caso, como se ha reiterado, para que la igualdad se convierta en una realidad en la sociedad actual y los objetivos cuantitativos sean, sobre todo, comprendidos desde lo cualitativo, como una necesidad de una socie-

241. <http://www.inmujer.es>.

dad democrática, deberán adoptarse medidas diversas en todos los ámbitos y niveles desde la transversalidad y la perspectiva de género.

3.1.4. Derecho a la educación

Entre los temas más polémicos en el marco de la educación sexista, se encuentra la segregación por sexo en las aulas. Las posturas se dividen entre los detractores y los partidarios de incluir entre los colegios concertados a aquellos que segregan a los alumnos por su sexo, esto es, los que colocan a niños y niñas en clases separadas. Los detractores no comparten que ello se realice con dinero público y lo consideran una discriminación por razón de género. Los partidarios, argumentan que si el sistema de separar a niños y niñas en las aulas garantiza el éxito escolar, es estatutario y es constitucional y, en consecuencia, no habría razón para no concertar estas escuelas. Se considera que se han de analizar las causas por las que los niños sufren mayor fracaso escolar que las niñas. Al parecer, podrían obtenerse mejores resultados de la educación separada. Nuestra cultura es una cultura sexista y en las aulas mixtas, cada sexo monopoliza las tareas y conductas que se consideran estereotipos apropiados de su sexo, y así la escuela mixta tiene la no intencionada consecuencia de apoyar y mantener los viejos roles tradicionales. Un mayor número de niñas en aulas separadas amplía sus horizontes tradicionales y se decide por matemáticas avanzadas, computación y física. Los niños en aulas separadas tienen el doble de probabilidad de estudiar lenguas extranjeras, arte, música o teatro. El efecto se ha comprobado con fuerza en países tan diversos como Estados Unidos, Reino Unido, Australia, Nueva Zelanda, Tailandia, Jamaica, Islandia o Kenia.

La Ley Orgánica de Educación (LOE) deja abierta una puerta para dejar sin subvenciones a los colegios que segreguen. El artículo 84.3 fija que «en ningún caso» habrá discriminación por sexo. La disposición adicional 25 de la LOE también establece que los colegios mixtos «serán objeto de atención preferente y prioritaria». Ésta es la postura oficial del Ministerio de Educación, que deja en manos de cada comunidad la decisión de suprimir los conciertos. Andalucía publicó una nueva orden el 5 de enero de 2009 que retiraba la financiación a los 11 colegios e institutos que todavía separaban. Baleares hizo lo mismo el 25 de diciembre de 2008, cuando publicó otra norma en la que explícitamente se fijó la obligación de que los colegios concertados mantengan un «sistema mixto de enseñanza». La Xunta de Galicia preparó también una orden con el modelo de Andalucía. Cataluña también se planteó acabar con estas prácticas. La primera ley catalana de educación así lo recoge, pero sólo para los centros que se abran a partir de que se apruebe la ley.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

El debate sobre la erradicación de la discriminación por sexos en las aulas se ha avivado a partir de la LOE y de una sentencia del Tribunal Supremo de 2008 en la que se reconocía el derecho de cada administración autonómica a no admitir conciertos con estos centros. El auto daba la razón a la Junta de Castilla-La Mancha. Varios tribunales regionales denegaron hasta ese momento esa potestad basándose en la antigua ley educativa, la LODE. En Castilla-La Mancha no quedan centros que segreguen con dinero público. Pero no todas las comunidades están siguiendo la misma línea. La Comunidad de Madrid (donde hay nueve centros concertados que separan por sexo en las aulas) acaba de ceder 26.000 metros cuadrados para la construcción de otro más que empezó a funcionar el curso 2010 en Alcorcón. Tampoco hay intención de acabar con estas prácticas en Valencia, donde siete concertados mantienen la línea de separar a niños y a niñas.

Murcia es otra de las Comunidades Autónomas que mantiene conciertos con algún centro que segrega. Los defensores de este tipo de enseñanza sostienen que el proceso de maduración de las chicas y chicos es distinto, por lo que deben estar separados para mejorar los rendimientos escolares. Unos 3.900 alumnos de Euskadi estudian en seis colegios que desde la etapa de Primaria sólo aceptan a escolares del mismo sexo. Todos son concertados. La separación por sexos afecta también al profesorado, como en la mayoría de centros de este tipo: en los colegios femeninos sólo hay maestras y en los masculinos sólo profesores. El Gobierno vasco no se plantea por ahora retirar las subvenciones que concede a estos centros. Y en Navarra existen dos concertados que separan. La oposición (PSN, IU y NaBai) ha llevado una propuesta al Parlamento foral para retirarles los fondos públicos aunque el ejecutivo navarro no parece partidario de suprimir estos conciertos. Los sindicatos se han movilizado para lograr el fin de estos conciertos en algunas comunidades. Es el caso de Cantabria. En la orden de conciertos de esta comunidad no se prohíbe la segregación y el ejecutivo cántabro deja en manos de la mesa sectorial, donde están representados los implicados en este proceso, la renovación o no del concierto del único centro de este tipo que allí existe. Otras comunidades no se plantean incluir la eliminación de los conciertos porque, dicen, no existen colegios de este tipo financiados con fondos públicos. Es el caso de Aragón, Extremadura y las Islas Canarias.

Al margen de estas cuestiones, con el fin de obtener un prisma general sobre el acceso a la educación y capacitación, se ha de destacar el reciente Informe de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer sobre Iniciativas normativas clave y medidas de fomento de la capacidad para la incorporación de una perspectiva de género centradas en la educación y la

capacitación²⁴². La mesa redonda formó parte del examen de la Comisión de su tema prioritario, «El acceso y la participación de la mujer y la niña en la educación, la capacitación, la ciencia y la tecnología, incluso para la promoción de la igualdad de acceso de la mujer al pleno empleo y un trabajo decente». Los participantes destacaron los múltiples mecanismos institucionales, disposiciones constitucionales y legislativas, planes, políticas y programas establecidos para hacer frente a los problemas que afectan a las mujeres y las niñas en los sistemas educativos y durante su transición al empleo y el trabajo decente. Los países han adoptado y están llevando adelante planes nacionales a largo plazo de alfabetización y educación universal en los que la igualdad entre los géneros es una de las grandes prioridades.

La cooperación interministerial, los mecanismos de rendición de cuentas y el desarrollo de capacidad en todos los ministerios han resultado particularmente eficaces para incorporar la perspectiva de género en los sistemas educativos y luchar contra los estereotipos de género en la sociedad. Se han trazado estrategias y planes específicos para reducir las diferencias entre los sexos en diversas disciplinas, incluidas la ciencia y la tecnología, las matemáticas, la ingeniería y la arquitectura. Siguen siendo precisas medidas concertadas para hacer un seguimiento sistemático y evaluar los progresos de las mujeres y las niñas en los sistemas educativos. Para ello se necesitan datos y estadísticas de alta calidad sobre las tasas de matriculación, asistencia y finalización de los estudios de las mujeres, los hombres, las niñas y los niños, así como con respecto a la calidad de la educación. Si bien muchos planes nacionales de educación están basados en firmes principios y normas en lo concerniente a la igualdad entre los géneros, muchas veces no van acompañados de la correspondiente asignación de recursos financieros. La presupuestación con perspectiva de género puede contribuir eficazmente a que las asignaciones de recursos promuevan el acceso igualitario a la educación de niñas y niños.

Aunque muchos países de ingresos bajos han redoblado sus esfuerzos para destinar recursos nacionales al sector educativo, esos esfuerzos siguen siendo insuficientes y desiguales, y los recursos disponibles no bastan. En el contexto de la crisis financiera y económica, algunos gobiernos han hecho recortes presupuestarios en el sector educativo. En el Informe de segui-

242. Adoptado en el 55º período de sesiones, de 22 de febrero a 4 de marzo de 2011. Tema 3 a) del Programa: Seguimiento de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer y del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, titulado «La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI»: consecución de los objetivos estratégicos, adopción de medidas en las esferas de especial preocupación y medidas e iniciativas ulteriores.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

miento de la Educación para Todos en el Mundo 2010 de la UNESCO se estima que se necesitarían unos 16.000 millones de dólares anuales para alcanzar los objetivos de la Educación para Todos en los países de ingresos bajos. A modo de comparación, cabe señalar que el gasto militar mundial, que alcanzó los 1,5 billones de dólares en 2009, es 100 veces superior a la cifra necesaria para cubrir el déficit de financiación para conseguir los objetivos de la Educación para Todos. Se necesitaría asistencia externa, incluida asistencia oficial para el desarrollo, para lograr estos objetivos. En el sector educativo se hacen patentes cada vez en mayor medida modalidades de colaboración innovadoras, incluso con el sector privado, y nuevos mecanismos de financiación. Es importante que estas nuevas formas de financiación lleguen a los más marginados, incluidas las mujeres y las niñas que viven en regiones afectadas por conflictos y en zonas rurales.

La educación y la capacitación formales y no formales son elementos importantes de los sistemas educativos. Una formación profesional de alta calidad que prepare a los alumnos para el mundo laboral y, en general, para la vida no sólo es esencial para una sociedad basada en el conocimiento, sino también indispensable para el desarrollo económico. Sin embargo, las mujeres siguen encontrando obstáculos para acceder a la formación profesional, entre otros motivos, debido a la escasa aceptación social de este tipo de formación, las responsabilidades familiares, la falta de autoestima y la lejanía de las instituciones educativas. Entre las iniciativas emprendidas para informar a las mujeres sobre las oportunidades de formación profesional y aumentar su acceso a ellas, figuran la organización de campañas informativas y la institución de horarios flexibles y metodologías docentes y de aprendizaje sensibles al género. Es necesario adoptar nuevas medidas para asegurar que los programas de formación profesional contribuyan a la educación permanente y estén concebidos de tal manera que atraigan a mujeres y hombres a sectores laborales nuevos y no tradicionales. Por otro lado, también debe incluirse en los planes de estudios la formación que ayuda a las mujeres y las niñas a tomar decisiones con conocimiento de causa en la vida, como es el caso de la educación sexual.

Los estereotipos de género en los planes de estudios y libros de texto convencionales han contribuido a una segregación basada en el género en las carreras elegidas por los estudiantes de uno y otro sexo. Muchos países han tomado medidas para rediseñar el material educativo con el fin de eliminar las imágenes sexistas y las prácticas discriminatorias. Las iniciativas que ponen a niñas y niños en contacto con una amplia gama de profesiones y oficios, como las jornadas en que niños y niñas acompañan a sus padres al trabajo y las campañas de divulgación en que se presentan distintas profesio-

nes, ayudan a luchar contra los estereotipos de género. El ejemplo positivo de otras mujeres, en particular en las comunidades rurales y remotas, y la concesión de becas han impulsado a las niñas a incorporarse a sectores dominados por los varones. Aunque cada vez son más las mujeres que son la principal fuente de ingresos de la familia, hay que seguir tratando de desterrar la idea estereotipada de que el hombre es la principal fuente de ingresos del hogar y la mujer cumple una función secundaria a ese respecto y es quien cuida principalmente de la familia.

Los profesores, que llevan a las aulas sus propios prejuicios sexistas, pueden perpetuar los estereotipos de género. Sus actitudes y expectativas con respecto a las niñas y los niños en el aula pueden influir negativamente en la elección de carrera de las niñas. En respuesta a este problema, en los programas de capacitación de docentes se procura cada vez más promover los principios de igualdad entre los géneros, ayudar a poner en evidencia los estereotipos y dotar a los futuros maestros y maestras de medios para evitar que esos estereotipos se perpetúen.

Muchos participantes señalaron que se han hecho importantes progresos en términos de paridad entre los géneros en la matriculación escolar a todos los niveles; en algunos países, las niñas ya superan a los niños tanto en tasas de finalización como en resultados académicos. Sin embargo, las mujeres suelen tener dificultades para conseguir un trabajo digno, en el que se reconozcan los derechos del trabajador, se disfrute de protección social y se promueva el diálogo social. En algunos casos, mujeres muy preparadas han tenido que emigrar en busca de empleo como mano de obra no cualificada. La transición de las mujeres de la educación a un trabajo digno puede resultar particularmente difícil ya que los empleadores tienden a preferir contratar hombres jóvenes que mujeres jóvenes. Es necesario un marco jurídico y normativo claro para garantizar que no se discrimine a las mujeres en la remuneración ni por estar casadas o embarazadas. Algunos países han puesto en marcha programas para ayudar a las mujeres a negociar para conseguir mejores contratos de trabajo y una mayor remuneración.

Un mercado de trabajo sin desigualdades ni discriminación permite a la mujer buscar empleo en pie de igualdad con el hombre. A este respecto, el establecimiento por ley de un salario mínimo, el principio de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor, las disposiciones relativas a la Seguridad Social, las normas y prácticas que facilitan la vida familiar, la existencia de servicios de guardería y la eliminación del acoso sexual en el lugar de trabajo han contribuido sobremanera a aumentar el acceso de las mujeres a un trabajo decente. El hecho de tener un mayor control sobre la remunera-

ción que perciben puede ser un aliciente más para las mujeres que buscan trabajo.

Hay que prestar una mayor atención a la transición de las jóvenes de la educación al empleo y asegurarse de que su educación responda a la demanda del mercado de trabajo y propicie que encuentren un trabajo decente. Se ha demostrado que la formación profesional y la adquisición de conocimientos de aritmética, lectura y escritura y de aptitudes y competencias útiles para la vida práctica ayudan a las mujeres en su transición al mercado de trabajo. Si bien a menudo las mujeres y las niñas adquieren de manera informal, en la vida familiar y comunitaria, aptitudes que tienen demanda en el mercado de trabajo, esas aptitudes rara vez se reconocen como cualificación profesional, por lo que deben adoptarse medidas que hagan posible su acreditación y certificación. A fin de preparar a las mujeres y las niñas para que aprovechen las nuevas oportunidades de empleo, por ejemplo en la economía ecológica, es indispensable alentarlas a estudiar y formarse en disciplinas del ámbito de la ciencia y la tecnología.

Otras medidas eficaces adoptadas por los países para facilitar la transición de las mujeres de la educación a oportunidades de trabajo decente incluyen: medidas de acción afirmativa y cupos en el empleo en el sector público; mejoras de infraestructura para un mayor uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las zonas rurales; recursos virtuales y asesoramiento sobre posibilidades de carrera para quienes buscan empleo; cursos de verano; pasantías; y programas de orientación para mujeres y niñas. También se han organizado cursos de capacitación empresarial para mujeres para trabajar en microempresas y pequeñas y medianas empresas, y cursos dirigidos a mujeres para mejorar su acceso y uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los negocios y las iniciativas empresariales, en especial el comercio electrónico y la comercialización electrónica.

Se han adoptado medidas para que los sistemas educativos sean más flexibles y se adapten mejor a las diversas necesidades de los distintos grupos de mujeres y niñas. Por ejemplo, se han establecido centros de alfabetización de adultos en colaboración con organizaciones no gubernamentales y grupos religiosos para contribuir a la alfabetización funcional de las niñas y mujeres sin estudios que viven en las zonas rurales. Es preciso adoptar medidas concretas para resolver los problemas específicos de las mujeres indígenas, las minorías étnicas, las niñas embarazadas, las madres adolescentes, las huérfanas y las niñas que viven en centros de acogida, las reclusas y las mujeres con discapacidad. Estos grupos pueden beneficiarse particularmente del acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones para poder tomar

decisiones con conocimiento de causa con respecto a sus intereses, necesidades y derechos, lo cual contribuiría a su empoderamiento económico.

3.1.5. Derecho al trabajo

A. *Fomento del acceso al empleo de la mujer*

La necesidad de fomentar el empleo de las mujeres tiene su causa inmediata en la asignación de roles sociales mediante los que se identifica a los hombres con la función de producción mientras que a las mujeres se les identifica con la función de reproducción. En este sentido, las iniciales normas laborales tomaron como referencia un trabajador y no así una trabajadora con cargas familiares y la posibilidad de la maternidad²⁴³. En este sentido, en una etapa inicial era necesario adoptar medidas que estuviesen enfocadas al fomento del acceso al empleo para que las mujeres se incorporaran en igual medida que los hombres al mercado laboral.

Aun hoy las medidas de fomento para la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo son necesarias. Así, se considera estas medidas como aquellas de carácter preventivo y/o promocional que considera las causas que provocan la discriminación femenina con el fin de evitar que se vuelvan a reproducir los efectos que normalmente acompañan a los comportamientos discriminatorios²⁴⁴. Generalmente este tipo de medidas suelen aplicarse mediante políticas o planes que tratan de incidir en el momento del acceso al empleo por lo que se basan en medidas de formación o de incentivo. Así, por ejemplo, el Instituto de la Mujer, entre otros organismos, oferta múltiples cursos de formación INNOVA dirigidos a desempleadas con distintas titulaciones: licenciaturas, diplomaturas, Formación Profesional, Enseñanza Secundaria Obligatoria, EGB. Estos cursos están cofinanciados por el Fondo Social Europeo y tienen como fin facilitar y diversificar la incorporación y promoción de las mujeres desempleadas en el mercado de trabajo y se realizan en colaboración con los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas.

Otro ejemplo de política para el fomento del empleo de las mujeres es el Programa Óptima que fue también una iniciativa del Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) puesta en marcha en 1995 (Orden de 25 de enero de 1996) igualmente cofinanciado por el Fondo Social Europeo con el objetivo principal de fomentar la igualdad entre hombres y mujeres en el empleo facilitando la incorporación de las mujeres en empresas.

243. PÉREZ DEL RÍO, 2000, p. 23.

244. SIERRA HERNÁIZ, 1999, p. 77.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Aunque el Programa va más lejos que el mero fomento y pretende incidir también en la permanencia y la promoción de las mujeres en el entorno laboral e incluso incorporar como estrategia acciones positivas para la consecución de dicha igualdad.

En el momento del acceso al empleo de las mujeres, también constituyen medidas de fomento las bonificaciones o incentivos fiscales a la contratación de mujeres.

Otras medidas de fomento tratan de asegurar que no se produzcan discriminaciones en el presente y en el futuro incidiendo tanto en el momento del acceso al empleo como en la promoción profesional. Así, puede considerarse un ejemplo de este tipo de medidas la regulación sobre la maternidad que asegure que el embarazo y las circunstancias anexas no constituyen una causa de discriminación contra las mujeres que las aparte del mercado laboral y les suponga un importante obstáculo en el acceso en la permanencia en el empleo.

Asimismo, la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo en conexión con el plan de fomento del empleo para el año 2004 se dirige, en primer término, a empresas y trabajadores por cuenta propia (dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos al menos desde el 1 de enero de 2003), que contraten indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos-discontinuos, a trabajadores desempleados, inscritos en la oficina de empleo e incluidos en algunos de los siguientes colectivos: entre otros, mujeres desempleadas que tengan entre 16 y 45 años²⁴⁵.

En el contexto del Real Decreto 170/2004, sobre medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos, se menciona el objetivo de dar cumplimiento a uno de los compromisos adquiridos para incentivar la contratación de mujeres con discapacidad y realizar otras adaptaciones técnicas.

Así, se incrementan los incentivos para la contratación indefinida de mujeres con discapacidad y se elevan las bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social hasta el 90 % para las mujeres menores de 45 años y al 100 % de vinificación para las mujeres mayores de 45 años.

Es interesante mencionar, entre las medidas de fomento específicas en razón de las circunstancias de las destinatarias, el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género²⁴⁶.

245. En el ámbito autonómico y local se han adoptado y elaborado múltiples medidas que, por su extensión, no pueden ser objeto de análisis. Puede consultarse, a modo de ejemplo, la página web <http://www.iberley.es/laboral/informacion/>.

246. Véase el reciente trabajo de DA COSTA, 2011.

B. La discriminación en el empleo

La discriminación contra las mujeres, en la actualidad, no siempre se centra o se focaliza en el acceso al empleo. Las mujeres jóvenes tienen, al igual que los varones, una formación académica y cualificada suficiente para acceder a cualquier puesto de trabajo. Sin embargo, una vez empleada, siguen subsistiendo diferencias importantes como las salariales por el mismo trabajo o trabajos de igual valor. Por ejemplo, en el año 2008, la brecha salarial se situó entre el 8 % en el ámbito de la construcción y manipulación de maquinaria hasta un importante 24 % en puestos directivos de empresas con más de 10 empleados o empleadas, lo que significa que los hombres cobraron cerca de 60.000 euros brutos anuales mientras que las mujeres se quedaron cerca de 49.000. En 2009, las mujeres tienen más del 64 % de la contratación a tiempo parcial, lo que no se ha corregido con la legislación y las medidas y políticas públicas más pioneras, pues en 1999 era cercana al 61 %²⁴⁷.

C. Medidas de conciliación de la vida laboral y familiar

En este punto es de total interés la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Si bien la situación de la mujer en el mundo laboral ha evolucionado notablemente, también es cierto que aún se producen discriminaciones contra las mujeres que evidencia la desigualdad social existente en el plano laboral. Superada la barrera inicial del acceso de las mujeres al mercado laboral, las normas laborales comienzan a considerar a la mujer trabajadora como destinatario proliferando las normas sobre protección de la maternidad e incluso otras como la creación de guarderías para que las mujeres pudiesen compatibilizar la vida familiar y la vida laboral. Sin embargo, creemos que en este punto las mujeres sufren una carga excesiva que les obliga a sobrellevar vidas paralelas: al menos, la laboral y la familiar mientras que los hombres no incluidos en este punto en la lucha por la igualdad siguen disfrutando del estatus de siempre tanto en el ámbito público como en el privado²⁴⁸.

Pero, en realidad, en el momento actual, la consecución de la igualdad efectiva en el plano laboral con repercusión en otros muchos como, por ejemplo, la participación política, pasa por considerar el reparto de responsabilidades una tarea de todos y de todas. Con este ambicioso objetivo y con el de trasponer todas la normativa comunitaria nace la Ley 39/1999. Sin em-

247. Más datos en Estadísticas, Instituto de la Mujer.

248. En este sentido, PÉREZ DEL RÍO, 2000, p. 23.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

bargo, no parece que dicha Ley llegue a abordar todo lo que implicaría cumplir con el título de la Ley. Por el contrario se limita a realizar algunas reformas en la legislación laboral, funcionarial y de la Seguridad Social. Medidas que se echan en falta para cumplir con el objetivo de la conciliación y el reparto de responsabilidades entre hombres y mujeres en el seno de la familia que consistirían en promover servicios de atención a menores, personas enfermas, dependientes y mayores, campañas de sensibilización a los hombres y mujeres en la educación propia y de sus hijos para que asuman las tareas domésticas y fundamentalmente familiares. Estas cuestiones se recogen en la Exposición de motivos como objetivo de la Ley y, este sentido, es importante reconocer esta mención para su favorecimiento pero, sin embargo, la Ley 39/1999 no va más allá y no impulsa efectivamente estos objetivos. Parece que la complejidad de la materia hubiera requerido actuaciones en ámbitos más variados y diversos a lo estrictamente laboral. Además, aunque la Ley se presentó como una ley ambivalente o neutra aplicable a trabajadores y a trabajadoras, así lo expone su propio título, lo cierto es que su aplicación va a incidir preferentemente en las mujeres por razones socioeconómicas²⁴⁹. Así, desde una perspectiva social y cultural se sigue considerando a las mujeres titulares de las obligaciones familiares, especialmente en situaciones más intensas como el cuidado de enfermos o personas dependientes. Ello favorece la incorporación parcial o precaria de la mujer al trabajo lo que motiva un salario menor al que puede renunciarse en un momento determinado que provoque de nuevo que sea la mujer la que se responsabilice de la situación familiar y el hombre de la función de producción.

Entre los textos modificados por la Ley 39/1999 cabe destacar el ET, la LGSS, la LPL, la LPRL. Así, entre las materias contenido de la reforma se encuentran las causas justificativas de las interrupciones de la actividad laboral se amplían los supuestos incluyendo las necesidades de atención a parientes hospitalizados o por accidente, reducciones de jornada por encargarse de familiar que no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (antes sólo para menor de 6 años o minusválido), excedencia hasta 1 año para familiares, se asimila la situación de acogimiento de menores (preadoptivo o permanente) como causa de suspensión o excedencia ampliándose la edad del adoptado en 6 años (antes 5). En el caso de la duración de ausencias, se amplía la duración del permiso por partos múltiples, 2 semanas por hijo/a (2-18/3-20, etc. Antes sólo se contemplaba 18 semanas para todos), en caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de todas las semanas que le queden por disfrutar, no sólo de las seis obligatorias

249. GALINDO SÁNCHEZ, 2000, p. 35.

posteriores al parto. Se puede disfrutar el período de descanso en jornada parcial o completa previo acuerdo entre trabajador/a y empresa. Podrá el padre a elección de la madre disfrutar de una parte determinada del período de descanso «de forma simultánea o sucesiva» salvo que la incorporación de la madre al trabajo suponga un riesgo para la salud (no hace falta que se limite a las 4 semanas últimas) pero sigue planteando la duda de si el goce del permiso del padre por paternidad excluye el de la madre por maternidad (parece que sí por la afectación a la Seguridad Social).

Respecto del carácter individual de los derechos a interrupciones de la actividad laboral, se ha de apuntar que en la reducción de jornada o excedencia, individualmente el hombre tiene derecho directo y sin licencia del empresario a la posibilidad del goce compartido pudiendo hacerse uso del mismo por el trabajador y la trabajadora de forma separada y acumulativamente de forma sucesiva o simultánea. En la protección frente al despido, se aumenta el nivel de protección frente a la mera mención a violación de derechos fundamentales sin que el trabajador tenga que aportar prueba indiciaria. Así, se suprime la posibilidad de declarar el despido improcedente en el caso de personas trabajadoras en el período de suspensión del contrato por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento de menores de 6 años, de personas trabajadoras que estén o hayan disfrutado del permiso de lactancia o que tengan reducción de jornada por motivos familiares o que hayan solicitado excedencia (art. 46.3) o trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio hasta el comienzo del período de suspensión. En estos casos el despido es nulo y conduce a la obligación de readmisión sin opción por la extinción indemnizada (esta novedad pretende trasponer especialmente la Directiva 92/85 sobre embarazo). En el riesgo durante el embarazo se incluye en el artículo 26 LPRL la posibilidad de que si el cambio de puesto de trabajo de la mujer embarazada por riesgo no fuera posible podrá declararse la suspensión del contrato por riesgo por embarazo percibiendo la prestación económica por Incapacidad temporal derivada de enfermedad común con la diferencia de que su duración se mantendrá hasta que el riesgo pase o que la trabajadora cause baja por maternidad y se percibe desde el primer día (la IT común, a partir de la 16º día). Además su cuantía consistirá todo el período en el 75 % sin minoración correspondiendo el pago a la entidad gestora.

No incluye la Ley el supuesto de riesgo por lactancia o no clarifica el ejercicio del derecho de las vacaciones anuales cuando coincide con la suspensión por maternidad. Debería haber afectado a otras materias y a la política familiar actuando de manera transversal y no sólo en el régimen laboral y de la Seguridad Social.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Efectivamente se ha de reconocer a la Ley que, como su propia Exposición de Motivos recoge, es un paso más en materia de igualdad y esto siempre es importante. Ahora bien, el contenido de la Ley 39/1999 pudo resultar algo decepcionante al encontrar un cúmulo de reformas en lugar de un Texto que de manera integral recoja y resuelva todos los problemas que surgen de la auténtica conciliación de la vida laboral y familiar que haga que mujeres y hombres puedan y quieran involucrarse en la misma medida en lo público y en lo privado. Hasta que no se consiga un acercamiento a este ideal, las normas seguirán favoreciendo a los hombres porque quienes concilian son las mujeres y entonces aún no habrá igualdad. A este objetivo ha contribuido la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Tan sólo el 6 % de varones pide reducción de jornada para atender a sus hijos, frente al 31 % de mujeres que lo han solicitado en alguna ocasión, según un informe sobre el impacto de la conciliación familiar y laboral en el bienestar de la infancia. Este Estudio, presentado a últimos de marzo del 2011 por el Defensor del Menor en la Asamblea de Madrid, ha sido elaborado por la Fundación MásFamilia y el Observatorio efr²⁵⁰. Este informe muestra que la práctica totalidad de las empresas reconocen que las medidas de conciliación impactan positiva y directamente sobre el bienestar emocional (100 %) y el rendimiento escolar (81 %) de los hijos de sus colaboradores. Por ello, el 80 % de los padres y madres que trabajan demandan más facilidades para conciliar la vida familiar y la laboral. Asimismo, el 76 % valora muy positivamente medidas como la flexibilidad de horarios, el teletrabajo o las excedencias con reserva de puestos de trabajo.

3.1.6. Derecho a la salud

El Instituto de la Mujer tiene como objetivos entre sus políticas en el IV Plan de igualdades 2003-2006, la protección de la salud de la Mujer. Parece que determinadas enfermedades son más características de las mujeres o sólo a ellas les afecta²⁵¹. En las mujeres las tareas estresantes provocan más respuestas del sistema nervioso que producen efectos psicosomáticos que pueden conllevar a enfermedades coronarias, migrañas o fibromialgia que consiste en dolor generalizado en la columna vertebral y en los miembros afectando predominantemente a los músculos. También son importantes las molestias físicas y las consecuencias psicológicas asociadas a su condición biológica o genética como los de la menstruación, la menopausia, el cáncer

250. <http://www.observatorioefr.org/index.php?section=observ>.

251. Género y Salud. Instituto de la mujer, Serie Estudios, núms. 30, 32 y 39.

de mama o de útero u otras veces a su condición social relacionadas con la maternidad como las depresiones por el síndrome de nido vacío o las relacionadas con el acoso sexual en el lugar de trabajo o los trastornos físicos y psíquicos asociados a agresiones sexuales o violaciones así como los derivados de enfermedades de trastornos alimentarios como la anorexia o la bulimia.

También, es interesante observar cómo enfermedades que tradicionalmente han atacado a los hombres como las cardiovasculares, atacan a las mujeres cada vez en mayor medida, asociadas al estrés. Asimismo, existen medidas a fin de evitar la discriminación contra la mujer en la acción preventiva y la lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH-SIDA).

El Instituto de la Mujer ha elaborado medidas para incidir en lo que ha considerado problemas de salud prevalentes en las mujeres, el Programa de intervención psicológica sobre cáncer de mama y calidad de vida, el Programa de atención biopsicosocial al malestar de las mujeres. Este programa ha sido recogido en el libro de «Buenas prácticas» del Instituto de la Mujer, y pretende servir como modelo para otras intervenciones desde los servicios de salud de las comunidades autónomas. Entre los aspectos de la salud sensibles al impacto de género, se ha elaborado el Programa de prevención de la Transmisión heterosexual del VIH/sida en Mujeres y el Programa de prevención de Embarazos, ITS y VIH/sida en Adolescentes y jóvenes. Entre los Programas de salud para mujeres en riesgo de exclusión, se actúa en Prevención y atención a drogodependientes, con el Programa de intervención en salud desde un enfoque de género con mujeres privadas de libertad y el Programa de Atención biopsicosocial para mujeres inmigrantes. Y, asimismo, el Instituto de la Mujer promueve la Red de mujeres Profesionales de la Salud.

Los nuevos avances científicos hacen mejorar la calidad de vida de las mujeres que sufren cualquiera de estas enfermedades pero sobre todo ha sido fundamental para la sensibilización y la mejora en el interés por enfermedades que afectan a, fundamentalmente, las mujeres, la incorporación creciente de mujeres a la profesión médica. Este hecho también ha incidido en cuestiones como la planificación sexual y familiar de las mujeres.

3.2. LIMITACIONES: LAS DISCRIMINACIONES PERSISTENTES

Entre las discriminaciones persistentes llama la atención por su ubicación constitucional la sucesión a la Corona. Como es sabido, la sucesión monárquica se encuentra recogida en el artículo 57 CE. Se establece que dentro del mismo sexo se prefiere en el orden sucesorio, el hombre a la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mujer²⁵². Así, el derecho de las princesas herederas a acceder a la Corona viene limitado por el mero nacimiento de otra persona con mejor derecho, es decir, un príncipe heredero, un hermano varón. Se produce aquí una discriminación directa contra el género femenino generada por una histórica situación que aparta a las mujeres de la posibilidad de reinar²⁵³.

El artículo 57.1 CE da preferencia al varón sobre la mujer dando lugar a una desigualdad injustificada contraria al principio de no discriminación del artículo 14 CE. Es, asimismo, el único país europeo monárquico que mantiene este esquema sucesorio contra la lógica de los tiempos. Del mismo modo, el contenido del artículo 57.1 CE atenta contra las garantías establecidas en el Derecho Internacional sobre la discriminación contra las mujeres y que han de asumirse por el Estado español a través de la cláusula del artículo 10.2 CE que establece que los derechos fundamentales habrán de interpretarse a la luz de los Tratados sobre esta materia ratificados por España.

Así, sería necesaria una reforma constitucional por la vía del artículo 168 CE que, si bien encontraría las dificultades propias del sistema agravado, partiría del consenso entre los partidos políticos, los poderes públicos, los agentes sociales y la ciudadanía. Debería, pues, realizarse lo antes posible para evitar la perpetuación de esta discriminación en la sucesión a la Corona para las generaciones venideras. Se plantea que la reforma sería sencilla quedando el último párrafo del artículo 57.1 CE así: «En el mismo grado, la persona de más edad a la de menos». Se considera que no sería necesario modificar el resto de los artículos constitucionales que trataran del Rey o del Príncipe heredero que incluirían al sexo femenino por el masculino genérico. Llegados a este punto, sin embargo, creemos que no resulta más costosa la reforma por realizarla completa y adecuadamente incluyendo las menciones a la Reina y a la Princesa heredera así como Rey consorte en el caso de los cónyuges y del tratamiento y honores de la Familia Real en los casos en los que reine una mujer²⁵⁴.

Tras la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios²⁵⁵, puede decirse que

252. En general, REY MARTÍNEZ, 2006.

253. Sobre este recorrido histórico, TORRES DEL MORAL, 2000, pp. 182-185.

254. RD 1368/1987, sobre el Régimen de Títulos, tratamientos y honores de la Familia Real y de los Regentes.

255. Art. 1: «El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos». Art. 2: «Dejarán de surtir efectos jurídicos aquellas previsiones de la Real Carta de concesión del título que excluyan a la mujer de los llamamientos o que prefieran al varón en igualdad de línea y de grado o sólo de grado en ausencia de preferencia de línea o que contradigan de cualquier

se ha superado otra de las discriminaciones persistentes que también han sido objeto de polémica, especialmente a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en esta materia en el año 1997²⁵⁶. El Alto Tribunal español, consideró que los títulos nobiliarios estaban en desuso y que tenían un mero valor social por lo que el orden sucesorio no encerraban, como tal, una discriminación²⁵⁷.

4. DERECHOS ESPECÍFICOS: LA MUJER COMO MADRE

4.1. INTRODUCCIÓN

La maternidad de la mujer siempre ha sido objeto de protección desde el ordenamiento jurídico laboral. Sin embargo, esta protección no ha sido siempre la misma ni interpretada de la misma forma de modo que se puede hablar de distintas etapas²⁵⁸.

Una primera etapa se basa en principios paternalistas. En los primeros pasos de la legislación social, esta sobreprotección a las mujeres en razón de su maternidad fue satisfactoria frente la absoluta indiferencia del capitalismo. Así, es importante la Ley sobre Protección de la Mujer y del Niño en el Trabajo, del 13 de marzo de 1900. No obstante según se avanza en materia de derechos sociales se considera que el exceso de paternalismo en la protección de la mujer en razón a su maternidad perpetúa estereotipos que sitúan a la mujer en una posición de inferioridad y, con ello, la desigualdad entre

modo el igual derecho a suceder del hombre y de la mujer. En estos supuestos, los jueces y tribunales integrarán el orden sucesorio propio del título aplicando el orden regular de suceder en las mercedes nobiliarias, en el cual, conforme a lo prevenido por el artículo anterior, no se prefiere a las personas por razón de su sexo». DT 3: «[...] La Ley se aplicará a todos los expedientes relativos a Grandezas de España y títulos nobiliarios que el día 27 de julio de 2005 estuvieran pendientes de resolución administrativa o jurisdiccional, tanto en la instancia como en vía de recurso, así como a los expedientes que se hubieran promovido a partir de aquella fecha, en la cual se presentó la originaria proposición de ley en el Congreso de los Diputados».

256. MARTÍN VIDA, 1998, p. 309, y TORRES DEL MORAL, 2000.

257. Como bien se recuerda en el Voto Particular a la STC 126/1997 formulado por el Magistrado CRUZ VILLALÓN, el Derecho de orden sucesorio de los títulos nobiliarios son normas jurídicas que integran nuestro ordenamiento (recuérdese que la STC resuelve una cuestión de inconstitucionalidad: norma posiblemente inconstitucional –que ha de ser aplicada por el órgano judicial– y ninguna norma jurídica estatal puede establecer una preferencia sucesoria del varón sobre la mujer en materia de títulos nobiliarios).

258. El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora, Serie Estudios, n° 76, Instituto de la Mujer, pp. 16-17.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

hombres y mujeres en el acceso a determinados empleos. Así, por ejemplo, el Decreto de 26 de julio de 1957 establecía un Anexo con un listado de trabajos prohibidos a las mujeres, entre ellos, el trabajo con animales feroces o venenosos por peligro de accidente o en pompas fúnebres por trabajo penoso o el trabajo interior en las minas.

En respuesta a ello, una segunda etapa se caracteriza por una revisión de la normativa y práctica paternalista coincidiendo con el éxito del feminismo igualitarista a partir del cual los hombres y las mujeres son iguales en derecho aun siendo posible establecer diferencias en base a la distinta situación de hecho como lo es la maternidad. No obstante, en virtud de la igualdad, se redujo al máximo las medidas paternalistas y se optó por una interpretación restrictiva de la protección de la maternidad. En la STC 229/1992, de 14 de diciembre, el TC da por zanjada la corriente paternalista (minas).

Una tercera etapa coincide con un cierto avance, a nuestro juicio, en la mentalidad de la ideología feminista donde no se propugna una igualación de la mujer respecto del hombre para disfrutar de los mismos derechos en la práctica en un modelo de sociedad masculino, sino que lo que se propugna es la igualdad entre hombres y mujeres para, entre ambos, proceder a construir un nuevo modelo social. En esta importante visión de la sociedad, la protección de la maternidad y, en general, las medidas de acción positiva encaminadas a acelerar la consecución de una sociedad no discriminatoria, van a dejar de ser consideradas excepciones a la igualdad jurídica y a la prohibición de discriminación para pasar a ser consideradas mecanismos de consecución efectiva de la igualdad. Con ello, se socializa la maternidad y se procede al reparto de las cargas parentales o, dicho de otro modo, se concilia la vida familiar y laboral de padres y madres trabajadores. Así una novedosa y prolífera normativa laboral fundamentalmente a partir de la Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada. En este aspecto, destaca en el plano nacional, entre otras muchas, la LPRL, donde se reguló la protección de la salud de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia. También es de interés resaltar en el plano internacional el Convenio n° 183 de la OIT, de 15 de junio de 2000, sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino que reconoce en su Preámbulo considerar «la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros [...] la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales».

4.2. PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS MUJERES Y LA MATERNIDAD

En conexión con las etapas expuestas, la protección de la mujer en rela-

ción con su maternidad junto con la de los menores surge en las últimas décadas del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX en las que se dictan normas en las que se prohíbe el trabajo a las niñas menores de 7 años y el trabajo nocturno hasta los 17 años. Un Reglamento de Policía Minera prohibió el trabajo de las mujeres en el interior de las minas cualquiera que fuera su edad. También se prohibieron los trabajos en industrias a los niños menores de 16 años y a las mujeres menores de edad. También se exigió que las mujeres tuvieran un descanso mínimo de 12 horas entre jornadas excluyendo además la posibilidad de trabajar entre las 2:00 y las 5:00 horas lo que excluía a las mujeres del trabajo nocturno Y otra norma dictada en 1912 bajo el argumento de que la bipedestación prolongada de la mujer afecta a su salud y a la natalidad, estableció la obligación de facilitar un asiento a las mujeres trabajadoras. Posteriormente, el Fuero del Trabajo (Declaración II.1) encomienda al Estado prohibir el trabajo nocturno de las mujeres y liberar a la mujer casada del taller y de la fábrica.

Tras la entrada en vigor de la CE con el artículo 14 (y la DT 3ª), todas estas normas han ido paulatinamente perdiendo su razón de ser y su vigencia. Múltiples han sido los pronunciamientos de los Tribunales respecto a trabajos penosos o nocturnos pero la discusión más interesante se produjo al hilo de las sentencias que se produjeron con ocasión del trabajo interior en las minas. Ante la STSJ de Madrid de 1989 (AS 2001, 3686) se interpone una demanda de amparo ante el TC quien rotundamente consideró que: «El mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exige, desde luego, eliminar aquellas normas jurídicas que, con la salvedad del embarazo y la maternidad, aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, supone reafirmar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos, pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo».

A esta evolución normativa también contribuyó La LPRL, que tiene como misión trasponer la Directiva 92/85/CEE relativa a la protección de la maternidad pero también en tanto en cuanto esto podría haberlo hecho con una norma de rango no legal, reconfigurar en general el panorama español en relación a la maternidad incluyendo la discriminación por razón de sexo.

De especial interés frente a la protección de la maternidad se encuentra el artículo 26.1 y 2 de la LPRL. El punto 1 establece un nivel de protección menos intenso que el punto 2. De este modo, el artículo 26.1 LPRL establece la protección de la mujer embarazada en virtud de que los «resultados de la evaluación [...] revelen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

repercusión sobre el embarazo o la lactancia» de las trabajadoras en situación de embarazo o de parto. En estos casos el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo sin implicar modificación de las condiciones de trabajo ni cambio del puesto de trabajo. En este sentido se pronunció el TSJ de Cataluña en la Sentencia del 20 de julio de 2000 (AS 2000, 3700) en el que una médica (personal estatutario) que, a consecuencia de su embarazo, fue liberada de las guardias, reclama su abono. El TSJ de Cataluña concluye que «la protección de la maternidad se articula con especial rigor sobre una serie de medidas que está obligado a adoptar el empresario que concreta el artículo 26 LPRL de forma progresiva y, en todo caso, con mantenimiento de las retribuciones de la trabajadora. [...] Las guardias son obligatorias [...] y sin retribución tiene naturaleza salarial por lo que la liberación de la trabajadora en razón del embarazo de la realización de las guardias no implica que no hayan que retribuirse [...] pues de otra forma no se hace plenamente efectivo el derecho de la trabajadora reconocido».

El artículo 26.2 LPRL observa una mayor intensidad en el nivel de protección sobre la circunstancia de que «la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto». En este caso, la trabajadora deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado (incluye movilidad funcional –no geográfica que comporta un riesgo–). Se construye como un mandato para el empresario. Si no hay un puesto de trabajo compatible, la trabajadora podrá ser destinada a otro grupo o categoría conservando el paquete de retribuciones del puesto de origen salvo que el nuevo puesto esté mejor retribuido.

Sobre el trabajo nocturno o a turno también se pronuncia la LPRL en el artículo 26.1 *in fine* al establecer que «dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización del trabajo nocturno o el trabajo a turnos». Aunque la redacción de la norma no es extensa ni detallada permite un mayor margen de actuación que la norma Comunitaria. Por ejemplo, ésta exige un certificado médico mientras que la norma española se limita a establecer «cuando resulte necesario». La normativa comunitaria exige la sustitución por un trabajo o turno diurno mientras que la española permite simplemente que no se realice el trabajo lo que abarca tanto el cambio del puesto como la simple no realización. Esta flexibilidad de la norma en el caso de la trabajadora embarazada responde a establecer una diferencia en razón de esa condición respecto de otros compañeros que por razón de salud no puedan continuar con el trabajo nocturno en el que según el ET (artículo 36.4), tendrán derecho a ser destinados a un trabajo diurno.

Respecto al período de lactancia el artículo 26.4 LPRL establece que lo anteriormente expuesto es de aplicación también en el período de lactancia aunque en este caso establece como condicionante que «sólo será así si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que en el régimen de Seguridad Social asista a la trabajadora». De este modo se entiende que el período de lactancia debe de ser acreditado por la trabajadora ya que de otro modo queda vacía de contenido la protección.

Finalmente, queda a elección de la trabajadora el centro para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación para el parto quedando permitida su realización (con pre-aviso) dentro de la jornada de trabajo con derecho a remuneración.

Así, el ET, en la edición actualizada a 23 de abril de 2003, que estableció en el artículo 48.4 permisos de maternidad/paternidad en el supuesto de parto y adopciones²⁵⁹. En el artículo 37.4 ET se recoge el derecho al permiso de lactancia estableciendo que las trabajadoras, por lactancia de un hijo o hija menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen.

En el caso de exámenes prenatales, en el artículo 37.3 ET y en el 26.5 LPRL se recoge el derecho de la trabajadora, previo aviso y justificación al empresario, a ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y preparación al parto cuando éstos deban realizarse durante la jornada de trabajo. En las excedencias por cuidados de hijos, el ET recoge el derecho a la excedencia tanto por el cuidado de cada hijo como el supuesto de cuidados de familiares en el artículo 46.3. Se establece que los trabajadores y trabajadoras tendrán derecho a un período de excedencia no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo o hija, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

Asimismo, se ha de mencionar el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo du-

259. En el caso de hijos e hijas prematuros/as, el art. 37.4 bis ET se establece que en los casos de nacimientos de hijos o hijas prematuros/as que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante una hora.

rante la lactancia natural²⁶⁰. Y el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia²⁶¹.

4.3. LAS GARANTÍAS DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: LA PROHIBICIÓN DE DESPIDO Y LA DISCRIMINACIÓN POR EMBARAZO

Una de las primeras garantías que surgen en este plano es la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas que ya aparece definida en el artículo 4 del Convenio de la OIT n° 3, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.

También el Convenio de la OIT n° 103, relativo a la protección de la maternidad contempla en su artículo 6 la prohibición del despido de las trabajadoras embarazadas. En el mismo sentido se aprobó la Recomendación n° 95 cuyo punto IV establece, en virtud del anterior Convenio que el despido antes y después del parto se considera ilegal para el empleador en protección de la maternidad, contando a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de certificado médico, del embarazo hasta, por lo menos un mes después de la terminación del período de descanso por maternidad.

Mientras que el Convenio n° 3 era proteccionista respecto de la salud de la madre, en la Recomendación n° 95 comienza a vislumbrarse un interés más amplio relacionado con la prohibición de discriminación por causa de embarazo. En este sentido tiene lugar la Declaración de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975 donde se afirma taxativamente que no se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto estando protegidas durante todo el período de embarazo y maternidad con derecho a reincorporarse sin pérdida de derechos adquiridos²⁶².

260. Modifica el RD 84/1996, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; el RD 2064/1995, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social y el RD 1993/1995, por el que se aprueba el reglamento sobre colaboración de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Y deroga el RD 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

261. <http://www.euroconsejo.org/popups/articleswindow.php?id=141&print=print>.

262. También se pronuncia en este sentido la Convención para la Eliminación de todas

En el Derecho Comunitario la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, ha recogido la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas instando a los Estados miembros a que tomen las medidas necesarias para prohibir el despido de trabajadoras embarazadas durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad (art. 10.1). Cuando se despidan a una trabajadora durante este período deberá el empresario dar motivos justificados por escrito.

En este sentido es interesante la STJCE de 4 de octubre de 2001 (*Jiménez Melgar*) del que se extrae que la falta de renovación de un contrato cuando éste ha llegado a su vencimiento no se puede considerar como un despido prohibido por causa de embarazo. Ahora bien, en la medida en la que la no renovación esté motivada por el embarazo de la trabajadora constituye una discriminación directa por razón de sexo (género; también SSTJCE *Dekker*, *Habermann*, *Web* y *Gillespie*).

En el caso del Tribunal Constitucional español, múltiples han sido los pronunciamientos sobre discriminación por embarazo. Por ejemplo, la STC 166/1988, establece la inversión de la carga de la prueba a cargo del empresario para probar que los hechos que generan la extinción de la relación laboral son ajenos a todo propósito discriminatorio. Así se introduce en esta línea de sentencias la mención directa a la prohibición de discriminación por razón de sexo sin necesidad de aludir al genérico principio de igualdad. Luego, la STC 173/1994, establece que la «discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la constatación del puro y simple sexo de la persona perjudicada, sino también esos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación inequívoca y directa como es el embarazo que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres».

A partir de la STC 136/1996, se amplía el margen de aplicación de la prohibición de discriminación. A través de la mención que realiza el TC en la sentencia de los instrumentos internacionales y comunitarios para la protección de la trabajadora embarazada y la maternidad, se extrae la conclusión de que el TC quiere integrar la prohibición de discriminación por causa de embarazo con la prohibición de despido al establecer que la ausencia de una trabajadora por causa del embarazo no justifica el despido.

las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (CEDAW) donde se establece que «a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de maternidad y asegurar su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán todas las medidas adecuadas para prohibir, bajo sanción, el despido por motivo de embarazo o maternidad».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los Tribunales laborales también han contribuido a la interpretación de la protección de la maternidad tanto en el plano de la prohibición del despido como en la prohibición de discriminación por causa de embarazo que muestra como un concepto más amplio al incluir posibles conductas al margen de la extinción del contrato de trabajo y sin que exista un período temporal concreto para la protección. Por ejemplo, la STSJ de Madrid en su sentencia de 17 de julio de 2001 (AS 2001, 3686) aplica la prohibición de discriminación por causa de embarazo a la movilidad geográfica mientras que la prohibición de despido sólo se aplica al despido. También son interesantes las sentencias sobre discriminación por causa de embarazo en el acceso al empleo. Por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 1997 (AS 1997, 1950) no se considera que se haya ofrecido justificación suficiente para la no contratación de la actora durante una semana en la campaña de Navidad a favor de otras integrantes de la lista con número posterior de llamamiento, por lo que se entiende que la verdadera causa de la no contratación es la situación de embarazo de la trabajadora.

Con la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras se han introducido, paralelamente en las normas materiales y en las procesales, dos nuevos supuestos de nulidad del despido, tanto el objetivo (art. 53.4 ET) como el disciplinario (art. 55.5 ET) de forma que el despido de las trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento o trabajadoras embarazadas desde el inicio del embarazo hasta que comience el período de suspensión del descanso por maternidad, será nulo a menos que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo.

Con el objetivo de dar cumplimiento a la Directiva comunitaria 92/85/CEE la norma española la mejora bastando con que el embarazo exista objetivamente en el momento del despido para trasladar al empresario la carga de probar su procedencia por causas no inherentes al embarazo. Se produce por lo tanto una presunción de que el empresario conoce el embarazo y que esa es la causa del despido. En este sentido, la STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2001 (prevalece el criterio temporal al causal hasta que el empresario pruebe que el despido no tiene relación con el embarazo donde entonces prevalece el criterio causal).

Finalmente, cabe mencionar algún caso dudoso como el que resolvió la STJS de Castilla y León de 24 de julio de 2000 en el que el despido fue posterior a la licencia de maternidad y a la fecha de su notificación. El Tribunal haciendo una adecuada interpretación favorable recordando la exposición de motivos y el espíritu de la Ley de conciliación que establece que «se

declara expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado, entre otros por el embarazo la solicitud o disfrute de los permisos de maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato suspendido, salvo que se demuestre su procedencia por causa ajena a la discriminación, lo que revela que lo decisivo para la declaración de nulidad del despido es que éste tenga su causa, razón o motivo, entre otros, en el disfrute de los permisos por paternidad y, no necesariamente, durante tal disfrute».

Respecto a la nulidad de despidos discriminatorios, será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, según el artículo 55.5 ET. Será también nulo el despido en los casos de trabajadores y trabajadoras durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere el artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período. También en el caso de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión y la de los trabajadores o trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.

No obstante, la LOI ha introducido novedades en esta materia. Por ejemplo, se amplía el permiso por maternidad en dos semanas en supuestos de discapacidad, se mejora la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se protege el riesgo durante la lactancia con la correspondiente prestación económica, se flexibilizan los requisitos de cotización exigida para recibir la prestación de maternidad creándose una prestación especial por maternidad por parto para las trabajadoras que no reúnan el período de cotización mínimo exigido cuya duración es de 42 días naturales a contar desde el parto. Asimismo, entre otras, la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. Se reconoce, así, un total de 15 días de permiso por paternidad a disfrutar ininterrumpidamente durante el período comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento, adopción o acogimiento ya existente hasta que

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

termine el permiso por maternidad o bien inmediatamente después de finalizado dicho permiso de maternidad²⁶³.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por razón de sexo en el trabajo con motivo de embarazo y maternidad hace hincapié en erradicar la histórica situación de inferioridad que ha sufrido la mujer y que la ha apartado del espacio público. Asimismo, cuando tal discriminación tiene su causa directa en el embarazo, se considera vulneradora del principio de igualdad del artículo 14 CE²⁶⁴.

Sin embargo, la normativa no ha resuelto todas las cuestiones que podrían plantearse y que quedan sin solución en la práctica. Por ejemplo, no se ha contemplado la baja por maternidad de las diputadas²⁶⁵. Quizás en estas cuestiones se observa la dificultad para elaborar las leyes desde una auténtica perspectiva global de género. Se piensan las herramientas para que las mujeres se incorporen a la política pero no se construye la manera de que una mujer dedicada a la política tenga derechos expresamente garantizados por maternidad. Subyace en ello lo que se ha denominado discriminación múltiple o interseccional. Creemos que mientras no se yuxtapongan las causas y las variables que hacen que una mujer pueda ser objeto de discriminación y no se apliquen soluciones transversales sólo quedarán políticas sesgadas de escaso impacto real.

Así pues, a modo de conclusión, la discriminación contra las mujeres constituye una de las más importantes a erradicar porque las mujeres siempre van a sufrir una discriminación más, un plus, por serlo, además de otras que le puedan sobrevenir por cuestiones raciales, étnicas u otras circunstancias personales. Asimismo, es importante, resaltar que la discriminación contra las mujeres ya sea en el ámbito laboral, de la violencia, de la participación, etc., se da en razón de siglos de subordinación heredados de la estructura del patriarcado y a la pervivencia de arraigados estereotipos y roles que han situado a las mujeres en una posición de inferioridad fáctica muy compleja de eliminar. Desde luego, los Instrumentos internacionales así como las Conferencias Mundiales sobre la Mujer y sus respectivas Declaraciones y Platafor-

263. Véase el Título IV de la LOI.

264. Véanse, por todos, los últimos pronunciamientos, la STC 324/2006, en la que se considera la existencia de vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo derivado de la pérdida de las vacaciones anuales después del permiso de maternidad por haber terminado el año natural. Y la STC 3/2007, en la que se aprecia discriminación por razón de sexo derivada de la denegación del derecho a reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años, o la STC 92/2008, sobre despido de mujer embarazada.

265. SALAZAR BENÍTEZ, 2010, pp. 126 y 132.

mas de Acción han contribuido notablemente, no sólo a evidenciar la situación de las mujeres en el Mundo y a reivindicar iguales derechos sobre el papel, sino, fundamentalmente y de especial trascendencia, a demandar que la consecución de la igualdad sea real y efectiva.

Pero, sin duda, ese esfuerzo y labor que se realiza en el seno de las Instituciones puede quedar yermo si los Estados no cumplen con los objetivos marcados y elaboran planes de igualdad y adoptan medidas de acción positiva capaces no sólo de remover los obstáculos para que las mujeres puedan acceder a todos los ámbitos, sino de situarlas en igualdad de armas para participar activamente en la sociedad en auténtica igualdad de oportunidades.

Una de las medidas legislativas más completas aprobadas en España es la LOI, que ha incidido en diversos planos de actuación. Pero, incluso con independencia de las medidas concretas y de la opinión social, política y jurídica que merezcan, resulta importante extraer la relevancia de este tipo de actuaciones que permitan avanzar hacia la salvaguarda de los derechos humanos y fundamentales, a la igualdad real, y con ella, la consecución por las mujeres de la plena ciudadanía.

Capítulo XVII

Personas mayores*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

En el período comprendido entre 1917 y 1923 comienza a configurarse el llamado Retiro Obrero, fijándose así, por primera vez, las bases de un sistema obligatorio de jubilación en España. No es hasta la II República, sin embargo, cuando la protección a la vejez adquiere rango constitucional, tanto en el ámbito de las pensiones de jubilación, como en el de la asistencia a personas mayores. Así, el artículo 46 de la Constitución republicana señala que la legislación social de la República «regulará: los casos de seguro de enfermedad, accidentes, paro forzoso, vejez, invalidez y muerte»; y el artículo 43 establece que «el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia»¹. En 1939, durante el Régimen de Franco, se regularon una serie de seguros sociales que protegían distintas situaciones, contándose entre ellas la vejez (Ley de 1 de septiembre de 1939). Con posterioridad hubo algunos intentos de unificar los diferentes seguros sociales en un sistema de Seguridad Social, objetivo que realmente no cuajó hasta la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 y su Texto Articulado de 27 de abril de 1966, antecedente más directo de nuestra vigente legislación sobre Seguridad Social.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

De acuerdo con el artículo 50 CE, «Los poderes públicos garantizarán,

* Por Juan Manuel HERREROS LÓPEZ.

1. Téngase en cuenta el modo imperativo en el que son utilizados los verbos por el Constituyente de la II República.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

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

La dicción literal del precepto transcrito manifiesta que estamos ante mandatos dirigidos a los poderes públicos que, como analizaremos más adelante, constituyen verdaderos derechos sociales. El término «derecho» se explicitó de hecho en los trabajos constituyentes de elaboración del artículo 50 CE, y, concretamente, en el artículo 43 del Anteproyecto Constitucional (BOCG de 5 de enero de 1978), que se pronunciaba en estos términos: «los poderes públicos garantizarán el derecho de los ciudadanos que alcancen la tercera edad a una estabilidad económica mediante pensiones adecuadas y a una asistencia especial».

El Informe de la Ponencia (BOCG de 17 de abril de 1978) modificó la anterior redacción, tras ser aprobada la Enmienda n° 35, presentada por el diputado señor De la Fuente. A resultas de la misma, el artículo 46 del Informe contenía una redacción prácticamente idéntica a la definitiva del actual artículo 50 CE: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas la suficiencia económica a los ciudadanos que alcancen la tercera edad. Asimismo y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio».

El Informe de la Ponencia suprimió el término «derecho», lo que no significa que del mandato dirigido a los poderes públicos no se derive un derecho subjetivo de las personas de la tercera edad. Por otra parte, el mismo Informe sustituyó la garantía de «estabilidad económica» por la de «suficiencia económica» (expresión a nuestro entender algo más satisfactoria), una garantía que se refuerza con el mandato de actualización periódica de las pensiones. El Informe distingue, finalmente, entre el mandato de garantizar la suficiencia económica a través de un sistema de pensiones, y el mandato de promover el bienestar mediante servicios concretos que atiendan necesidades específicas (salud, vivienda, cultura y ocio). Esta diferenciación sirvió, como veremos más adelante, para precisar en modo más debido las diferentes prestaciones, y para, como analizaremos igualmente más abajo, distinguir también el grado de exigencia y vinculación de ambos mandatos.

El Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados (BOCG de 1 de julio de 1978) mantuvo el mismo texto del Informe de la Ponencia,

corroborado también por el Pleno del Congreso de los Diputados (*BOCG* de 24 de julio de 1978). El Dictamen de la Comisión del Senado introdujo en cambio una pequeña modificación (ya con la numeración de art. 50), sustituyendo la expresión «que alcance la tercera edad» por «durante la tercera edad», sin duda más afortunada. El Pleno del Senado (*BOCG* de 13 de octubre de 1978) mantuvo esa misma numeración y texto, y la Comisión Mixta Congreso-Senado (*BOCG* de 28 de octubre de 1978) aprobó como texto definitivo este mismo proveniente del Pleno del Senado.

1.2.2. Interpretación constitucional del artículo 50 CE

Dos son los mandatos dirigidos a los poderes públicos en el artículo 50 CE. De un lado, el mantenimiento de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores. De otro, el mantenimiento de un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. La consideración conjunta de los dos mandatos contenidos en el artículo 50 CE permite afirmar que la Constitución provee una protección integral de la vejez, pues no sólo se asegura una prestación económica sustitutiva del salario, sino que complementa la suficiencia económica con la provisión de toda una serie de servicios que persiguen el bienestar general de los mayores². No obstante esa protección integral, de ambos mandatos constitucionales se derivan sendos derechos diferentes, no sólo en su contenido, sino también en su grado de vinculación para los poderes públicos. A lo largo de este trabajo nos centraremos exclusivamente en el primero de los mandatos del artículo 50 CE: la garantía de suficiencia económica de los mayores.

Los dos mandatos contenidos en el artículo 50 CE se incardinan dentro de los llamados derechos de prestación, la mayoría de los cuales se reconoce en nuestro Texto Constitucional bajo la rúbrica «de los principios rectores de la política social y económica» (arts. 39 a 52 CE). Sin entrar aquí en el análisis sobre la eficacia jurídica de estos derechos, realizado por lo demás en un capítulo previo (sobre todo, *supra*, III, 1.2), sí conviene recordar que su plena e inmediata satisfacción no siempre es posible en términos materiales. La actuación prestacional que se requiere de los poderes públicos³ puede estar más condicionada y limitada por las posibilidades económicas del Es-

2. En este mismo sentido puede verse, p. ej., SEMPERE NAVARRO y otros, 2005, pp. 254-255, y GOÑI SEIN, 2009, p. 1125.
3. Como bien señala PRIETO SANCHÍS (2000, p. 19), «los derechos civiles y políticos son concebibles sin Estado, sin necesidad de instituciones sociales que los definan [...], mientras que los económicos, sociales y culturales ni siquiera pueden ser pensados sin alguna forma de organización política».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

tado⁴, que por la voluntad política de los poderes implicados. Los recursos económicos del Estado son limitados y escasos por definición, y parece claro que ni siquiera en los períodos de mayor bonanza económica es factible una plena e idónea satisfacción de todas las prestaciones sociales derivadas del Texto Constitucional.

Más allá de las posibilidades económicas del Estado para satisfacer derechos de prestación, es importante señalar que no todos ellos exigen una misma actuación del legislador y del resto de poderes públicos. La importancia y esencialidad de los bienes protegidos por cada uno de ellos debe determinar el grado en el que el legislador viene urgido a su desarrollo, así como el alcance del mismo. Esto ocurre precisamente en el caso de los derechos que se deducen de los dos mandatos que el artículo 50 CE dirige a los poderes públicos. La formulación utilizada por el Constituyente para cada uno de ellos es sustancialmente distinta, por lo que también es distinto su grado de vinculación para los poderes públicos.

El tenor literal del primero de los mandatos del artículo 50 CE ordena «garantizar» la suficiencia económica de las personas de la tercera edad, mientras que el segundo ordena «promover» el bienestar de esas mismas personas a través de un sistema de servicios sociales. El mandato de garantizar expresa un deber indisponible e inaplazable de mantener un sistema de pensiones por jubilación. En cambio, el mandato de promover un sistema de servicios sociales que atienda a los problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio de los mayores no parece presentar, atendiendo a la redacción utilizada, el mismo grado de exigibilidad perentoria, lo que permite interpretar que los poderes públicos disponen aquí de una mayor discrecionalidad en el cumplimiento de dicho mandato. Los verbos utilizados por el Constituyente son ilustrativos. Garantizar y promover son verbos que tienen significados distintos (por mucho que pudieran encontrarse algunas sinonimias) y, por ello mismo, denotan actuaciones y resultados también distintos. Garantizar es asegurar, ofrecer fijeza o certeza de algo. Promover, por contra, es iniciar o impulsar un proceso, tomar la iniciativa para llevarlo a cabo y procurar su consecución, sin asegurar necesariamente un concreto

4. Nos parece muy interesante la matización que a estos efectos introduce ALEX Y (2000, p. 77), cuando dice que el Estado, en su papel prestacional y redistribuidor de la riqueza, no dispone exactamente de «los bienes distribuibles existentes, sino esencialmente de aquello que el Estado puede tomar de los propietarios de estos bienes para fines distributivos sin lesionar sus derechos fundamentales». Es decir, el Estado sólo dispone de los bienes obtenidos, básicamente, a través de la tributación, que, a su vez, tiene su limitación en el respeto, al menos en su contenido esencial, de derechos fundamentales como la propiedad privada.

resultado. Estamos ciertamente ante significados diferentes y, en el caso que nos ocupa, ante mandatos igualmente diferentes.

Centrándonos en la garantía de unas pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, entendemos que este deber implica, inequívocamente, fijar con carácter obligatorio cantidades económicas que permitan una vida digna a las personas mayores, con el necesario incremento periódico de las mismas acorde, cuando menos, a la subida del índice de precios al consumo. Del primer inciso del artículo 50 CE no caben, pues, interpretaciones vacilantes y ambiguas como las que se contienen en la STC 134/1987, que en un exceso de objetivación de las necesidades atendidas en el artículo 50 CE declaró que «el concepto de "pensión adecuada" no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto, sin que se pueda prescindir de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales. Lo mismo cabe decir de la garantía de actualización periódica, que no supone obligatoriamente el incremento anual de todas las pensiones»⁵.

Lo que no cabe en caso alguno es dejar de desarrollar lo ordenado en el artículo 50 CE. Conviene recordar en este punto que nuestro Tribunal Constitucional abrió la posibilidad de un control de inconstitucionalidad por omisión cuando el desarrollo de alguno de los principios rectores de la política social y económica esté relacionado con la satisfacción de derechos fundamentales, y particularmente con el principio de igualdad del artículo 14 CE⁶. En este supuesto cabe situar precisamente la conformación de un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores, pues en caso contrario estas personas quedarían en una situación de desigualdad socio-económica.

Por otro lado, el hecho de que la literalidad del artículo 50 CE invoque más un deber de los poderes públicos que un derecho subjetivo de las personas no implica que las personas mayores no sean titulares de un derecho a los bienes constitucionales expresados en este precepto⁷. Debe advertirse que el Constituyente no mantuvo un especial rigor técnico-jurídico en la redacción de los derechos sociales, siendo así que, por ejemplo, no se aprecian razones fundadas para pensar que sí existe un derecho a la protección de la salud o un derecho a vivienda digna y adecuada (reconocidos respectiva-

5. STC 134/1987, FJ. 5.

6. STC 45/1989, FJ. 4.

7. Sobre esta cuestión véase ESCOBAR ROCA, 2005, pp. 43-44.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

mente en la literalidad de los arts. 43 y 47 CE), y no en el caso que nos ocupa del artículo 50 CE, o en el caso del mandato de mantener un sistema de Seguridad Social establecido en el artículo 41 CE, con el que debe ponerse en relación el propio artículo 50 en una correcta interpretación sistemática. El Tribunal Constitucional se ha venido refiriendo indistintamente a un deber de los poderes públicos y a un derecho de los ciudadanos, si bien es cierto que al referirse al mismo lo hace sin la necesaria contundencia, y aclarando que «el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél»⁸. En todo caso, y con estos presupuestos, el legislador español sí ha configurado la Seguridad Social (y con ella las prestaciones a los mayores) como un derecho subjetivo de los ciudadanos, y desde luego no hay duda respecto de las pensiones de jubilación, en tanto que el artículo 161 LGSS establece textualmente que los beneficiarios de las mismas «tendrán derecho a la pensión de jubilación».

Mención aparte merece el hecho de que el CEDH no incluya un derecho de las personas jubiladas a recibir una pensión de jubilación. Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras aclarar que el Convenio no reconoce efectivamente el citado derecho, sí ha estimado que una reclamación relacionada con el pago de las mismas puede situarse en el ámbito del artículo 1 del Protocolo Adicional nº 1 al Convenio, siempre que un tribunal de última instancia nacional haya reconocido el derecho legal a esa reclamación. Recordemos que el artículo 1 del Protocolo dispone lo siguiente: «Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional».

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.

El Tribunal ha entendido, por ejemplo, que la demora del Estado en el

8. Véase, p. ej., la STC 37/1994, FJ 3. Aun más, el Tribunal afirma que «la flexible fórmula empleada por la Constitución impide hablar de un modelo único de Seguridad Social como conforme a aquella», siendo incorrecta una «interpretación constitucional basada en modelos teóricos excluyentes de otros posibles» (FJ 4).

pago de las pensiones, especialmente en los casos de creciente inflación, sí supone una lesión del derecho de toda persona al disfrute pacífico de sus bienes (art. 1 del Protocolo), pues el resultado de las demoras en los pagos es la pérdida real de valor económico de unas pensiones que, en la mayoría de casos, constituyen el único ingreso de las personas ancianas⁹.

1.2.3. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

A. El reparto competencial en materia de pensiones

En la medida en que las prestaciones previstas en el artículo 50 CE, y especialmente la referida a un sistema de pensiones que garantice la suficiencia económica de los mayores, están integradas en el régimen público de Seguridad Social, la determinación de los poderes competentes para regularlas y ejecutarlas ha de partir de lo establecido en el artículo 149.1.17 CE, en virtud del cual el Estado tiene competencia exclusiva en materia de «legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas»¹⁰; legislación básica que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, no permite vaciar de contenido las competencias que correspondan a las CC AA (STC 95/1986).

Recordemos que la reserva al Estado de la legislación básica, las normas básicas o las bases en una concreta materia tiene por objeto establecer un denominador normativo común con el que salvaguardar el interés general asociado del Estado, frente a otro posiblemente menos general de una Comunidad Autónoma¹¹. Se trata, en suma, de garantizar los principios de igualdad básica de todos los ciudadanos (arts. 138.2 y 139.1 CE¹²), de solidaridad (art. 138.1 CE)¹³, de libertad de circulación y establecimiento en todo

9. Véase, p. ej., STEDH *Soloduyuk* contra Rusia, de 12 de julio de 2005.

10. GOÑI SEIN (2009, p. 1126) señala en este sentido que el art. 50 CE no garantiza la suficiencia económica a todo el colectivo de personas mayores, «sino, entre ellos, a los distintos sujetos titulares del sistema de pensiones, pues es, a través de las pensiones, como configura el contribuyente este concreto mecanismo de protección social».

11. STC 1/1982, FJ 1.

12. «Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales» (art. 138.2). «Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado» (art. 139.1).

13. «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular» (art. 138.1).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

el territorio del Estado (art. 139.2 CE)¹⁴. En el ámbito que nos ocupa, la legislación básica estatal debe procurar la existencia de un único régimen público de Seguridad Social (en el que se incardinan las pensiones de jubilación) para todo el territorio del Estado, con una caja financiera igualmente única¹⁵. En todo caso, también sabemos que, de acuerdo con el propio Tribunal Constitucional, la regulación estatal de lo básico no puede suponer vaciar de contenido las competencias de las CC AA (STC 95/1986). Quizás por ello cabe admitir la posibilidad contemplada en nuestro ordenamiento de que las CC AA puedan mejorar las cuantías de las pensiones no contributivas de jubilación, tal y como se deduce del artículo 38.4 LGSS¹⁶, aunque, como se verá más adelante, nuestro Tribunal Constitucional terminó residenciando esta competencia en las CC AA al considerarlas materia de «asistencia social».

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) constituye la legislación básica del Estado en materia de pensiones, atribuyendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social la gestión y administración de las pensiones por jubilación de carácter contributivo¹⁷, y al Instituto de Mayores y Servicios Sociales las de las pensiones por jubilación de carácter no contributivo. De conformidad con el artículo 58 LGSS, la estructura y competencias de las citadas entidades vendrá establecida por Reglamento del Gobierno, propuesto al efecto por los Ministerios de tutela correspondientes, mientras que su gestión se realizará en régimen descentralizado en los diferentes ámbitos territoriales, previéndose, en fin, que los centros asistenciales de dichas entidades sean gestionados y administrados por las administraciones locales.

14. «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español» (art. 139.2).
15. Conviene saber que en materia de Seguridad Social podrían entenderse como básicas las normas reguladoras de las siguientes materias: reglas de acceso al sistema y de permanencia en el mismo (campo de aplicación), actos de encuadramiento, cotización y recaudación, las contingencias cubiertas, las clases de prestaciones, los requisitos para su reconocimiento, sus caracteres y cuantía, la gestión, el régimen financiero y el régimen sancionador (CAVAS MARTÍNEZ 2007, p. 836).
16. El art. 38.4 LGSS dice textualmente: «Cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de la Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en el artículo 2 de esta Ley. Lo previsto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas».
17. Las competencias conferidas al Instituto Nacional de la Seguridad Social se recogen básicamente en el art. 57.1.a) LGSS, y de forma más desarrollada en el RD 2583/1996.

La Seguridad Social y, dentro de ella, el sistema de pensiones por jubilación no son materias que permitan mucho margen legislativo a las CC AA. El carácter predominantemente contributivo de las pensiones, así como los principios de caja única, igualdad y solidaridad constituyen una restricción particularmente intensa a tal efecto. De hecho, nuestro actual modelo de Seguridad Social mantiene una fuerte centralización, y en el concreto ámbito de las pensiones de jubilación apenas si deja otro margen a las CC AA que el de la mera colaboración en la gestión del régimen económico realizada por el Estado¹⁸. El Estado mantiene pues una potestad normativa prácticamente plena, dictando tanto Leyes reguladoras, como Reglamentos de ejecución y desarrollo de las mismas. Además, y conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Estado también debe asumir las competencias de gestión en uno de los aspectos capitales del sistema de Seguridad Social: su régimen económico. Los principios de unidad, igualdad y solidaridad cobran, a juicio del Tribunal, especial trascendencia cuando se trata del régimen económico de la Seguridad Social. La configuración político-jurídica del mismo marca decisivamente hasta la existencia misma del sistema de Seguridad Social. Ello condujo al Tribunal a afirmar, en su Sentencia 124/1989, que en esta materia no basta sólo con que el Estado sea titular de las competencias normativas, sino que es necesario que asuma también las potestades de gestión: «La Constitución no se ha limitado a establecer esa solidaridad interterritorial, sino que, partiendo de la misma, ha establecido e impuesto el carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social. Por ello es competencia exclusiva del Estado [...] la gestión de los recursos económicos y la administración financiera del sistema, en aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única [...], lo que implica admitir, desde luego, que el Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social en Cataluña. [...] En consecuencia, las concretas facultades que integran la competencia estatutaria de gestión del régimen económico de la Seguridad Social serán sólo aquellas que no puedan comprometer la unidad del sistema o perturbar su funcionamiento económico uniforme, ni cuestio-

18. Un estudio más exhaustivo del reparto de competencias en materia de Seguridad Social puede verse en el capítulo dedicado al derecho a la Seguridad Social (*supra*, VIII, 1.2).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nar la titularidad estatal de todos los recursos de la Seguridad Social o engendrar directa o indirectamente desigualdades entre los ciudadanos en lo que atañe a la satisfacción de sus derechos y al cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social. Tales facultades autonómicas deben, en suma, conciliarse con las competencias exclusivas que sobre la gestión del régimen económico la Constitución ha reservado al Estado, en garantía de la unidad y solidaridad del sistema público de Seguridad Social» (FJ 3).

Las competencias de las CC AA deben reducirse en este ámbito, aun cuando hayan asumido por vía estatutaria la gestión del régimen económico de la Seguridad Social¹⁹, a meras potestades complementarias, y siempre subordinadas, de las estatales. En este orden, un criterio muy válido es el que se desprende del artículo 156.2 CE, que en materia tributaria prevé que las CC AA puedan actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos. Las previsiones de este precepto pueden trasladarse, creemos que sin problemas, al caso que nos ocupa, y de hecho así pareció entenderlo el propio Tribunal Constitucional en la citada Sentencia: «Ello no excluye la posibilidad de que el Estado pudiera encomendar a la Generalidad de Cataluña funciones delegadas de recaudación de esos ingresos estatales, pero ello sólo sería compatible con la Constitución en tanto que quedara asegurado el que los fondos recaudados fluyeran automáticamente a la caja única centralizada de la Tesorería General de la Seguridad Social, sin retenciones de ningún género y sin posibilidad alguna de constituir fondos autonómicos separados del patrimonio único en que tales fondos se integran» (FJ 5)²⁰.

Sabemos, empero, que el principio de igualdad básica derivado de los artículos 138.2 y 139.1 CE no es sinónimo de uniformidad, excepto en aquello que se considere básico. El Tribunal Constitucional ha sido claro en este punto, declarando que la igualdad de los españoles en el Estado autonómico no significa «un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales»²¹. Corresponde al Estado, pues, fijar lo básico o lo mínimo, que en el caso que aquí nos trae es fijar la suficiencia de las pensiones y, a partir

19. Así ocurre, p. ej., con el art. 17.2.b) del EA de Cataluña, que a la postre motivó la citada STC 124/1989.

20. En esta línea también se pronuncia BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1506.

21. STC 37/1987, FJ 10.

de ahí, las bases y tipos de cotización obligatoria o los requisitos para acceder a una pensión no contributiva, así como las prestaciones mínimas que deben dirigirse a las personas mayores desde los servicios públicos.

Establecidos por el Estado los niveles básicos o mínimos, no advertimos inconveniente constitucional para que el propio Estado fije unos niveles mínimos y, con ellos, unos márgenes autonómicos de mejora igualmente limitados. Y no habría objeción constitucional pues esta posibilidad se ampara en el derecho a la diferencia derivado del principio de autonomía. De otro lado, tampoco implicaría privilegios económicos o sociales de unos territorios respecto de otros siempre que, por supuesto, se cumplan ciertos requisitos. En particular, ha de tenerse especial cuidado en que el mínimo fijado por el Estado no sólo garantice la suficiencia sino que, además, sea el más alto posible, o en que la diferencia entre lo mínimo y lo máximo pueda ser tan grande que suponga una evidente vulneración de los principios de igualdad y de solidaridad. Con estas premisas, no sólo a nuestro entender estaríamos dentro de la constitucionalidad, sino que podría servir de eficaz y «saludable» competencia entre las CC AA para mejorar sus prestaciones, y, como ha señalado BORRAJO DACRUZ, podría contribuir «a remover estructuras orgánicas ancladas en el pasado [...] propicias a uniformar por abajo»²². En todo caso, la política normativa de cada Comunidad Autónoma en materia de Seguridad Social, con las restricciones antedichas, debe contenerse en Leyes autonómicas que completen y desarrollen la legislación básica del Estado, así como en Reglamentos autonómicos que esa legislación de complemento y desarrollo demande²³.

B. El reparto competencial en materia de servicios sociales para los mayores

Del artículo 41 CE se deduce que la asistencia social y los servicios sociales son un perfeccionamiento de la Seguridad Social, si bien conceptualmente son cosas diferenciadas. Este hecho es la premisa para poder entender las dificultades existentes en estos ámbitos a la hora de establecer un reparto competencial entre Estado y CC AA, pues uno y otras poseen competencias constitucionales al respecto (arts. 148.1.20 y 149.1.17 CE). El resultado ha sido una concurrencia de las legislaciones estatal y autonómica reguladoras de prestaciones englobadas en el ámbito de la asistencia social (prestaciones económicas) y en el de los servicios sociales (prestaciones técnicas). Concurrencia que, sin embargo, se ha decantado a favor de la legislación autonómica, mucho más profusa y operativa desde hace tiempo, y a la espera del nuevo panorama que a este respecto pueda traer la Ley de Dependencia.

22. En la misma línea puede verse BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1509.

23. *Vid.*, al respecto, BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1505.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El artículo 38.1.e) LGSS prevé dentro de la acción protectora de la Seguridad Social las prestaciones de Servicios Sociales que puedan establecerse para la asistencia de las personas mayores. El artículo 38.2 LGSS también sitúa dentro de la acción protectora de la Seguridad Social la posibilidad de reconocer a las personas protegidas por el Sistema de Seguridad Social «los beneficios de la Asistencia Social». Los capítulos V y VI LGSS (arts. 53 a 56) están dedicados a los Servicios Sociales y Asistencia Social, pero hay que insistir que no ha sido objeto del suficiente desarrollo y, sobre todo, de la necesaria dotación presupuestaria.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL. ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO Y A LOS ACTOS DEL CONSEJO DE EUROPA.

1.3.1. Panorámica del bloque del artículo 10.2 de la Constitución

La protección de las personas mayores ha encontrado un importante reconocimiento en diferentes Declaraciones Internacionales de Derechos a lo largo del siglo XX. El artículo 25, párrafo 1º, de la DUDH incluye a la vejez entre las situaciones que requieren prestaciones propias de un sistema de Seguridad Social: «Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar propio y de su familia, incluyendo comida, ropa, hogar y atención médica y servicios sociales necesarios, y el derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, edad avanzada o cualquier otra carencia en circunstancias ajenas a su voluntad».

Sin mención específica de la vejez, el artículo 9 PIDESC de 1966, también reconoce un derecho a la Seguridad Social, que sin duda cubre las prestaciones propias de protección a la vejez: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

En el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cabe destacar el Convenio (102) de la OIT sobre Seguridad Social de 1952²⁴. De acuerdo con el artículo 25 del mismo, «todo miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez».

El artículo 26 especifica que la contingencia cubierta es la supervivencia, más allá de una edad prescrita, pudiéndose fijar, sin embargo, una edad más elevada, teniendo en cuenta la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en el país de que se trate. El artículo 28 deja claro, a su vez, que la prestación consiste en un pago periódico de dinero.

24. Convenio ratificado por España el 29 de junio de 1988.

Especial atención merece el tratamiento en los Actos del Consejo de Europa. Destaca en particular el artículo 4 del Protocolo Adicional a la CSE de 1998, de acuerdo con el cual los Estados miembros se comprometen a: «Permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad, mediante la facilitación de recursos suficientes que les permitan llevar una existencia digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; y la difusión de la información relativa a los servicios y facilidades existentes para las personas de edad avanzada y a las posibilidades que tengan para acceder a las mismas. Permitir que las personas de edad avanzada elijan libremente su modo de vida y lleven una existencia independiente en su entorno habitual y todo el tiempo que lo deseen y sea posible, mediante la puesta a su disposición de viviendas adecuadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas destinadas al acondicionamiento de la vivienda; y la asistencia médica y los servicios que su estado pueda requerir. Garantizar a quienes vivan en una institución la asistencia adecuada con el respeto de la vida privada y la participación en la determinación de las condiciones de vida en la institución».

Mención última, pero destacada, merece el tratamiento de la vejez en la CDF. Interesa, en particular, el artículo 25, de acuerdo con el cual «La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural». Un precepto que, a su vez, debe ponerse en conexión con el principio de solidaridad entre las generaciones establecido en el artículo 2.3 del Tratado de Lisboa. La referencia a una vida digna e independiente de las personas mayores ha de interpretarse como la garantía de suficiencia económica de las mismas, lo que implícitamente trae a colación el mantenimiento y desarrollo de un sistema de pensiones, y la ejecución de políticas dirigidas a solucionar sus específicos problemas de vivienda y salud²⁵. Por su parte, la referencia a la participación de los mayores en la vida social y cultural lleva implícito el fomento de servicios sociales, culturales y educativos dirigidos a estas personas, su asociacionismo, y la utilización de su experiencia y capacidad en todos aquellos ámbitos de la vida política, social y económica de la comunidad.

1.3.2. Referencia a otros documentos internacionales

En el específico ámbito de los servicios sociales dirigidos a las personas

25. Ya en 1990 el Consejo de las Comunidades Europeas dictó una Decisión sobre acciones a favor de las personas de edad avanzada (91/49/CEE), en la que se fijan como prioridades el intercambio de información sobre las medidas para mejorar la movilidad de las personas ancianas y su capacidad para llevar una vida independiente.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de edad avanzada, es interesante aludir al Informe de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, que se celebró en Madrid, del 8 al 12 de abril de 2002. El artículo 13 de dicho Informe destaca «la responsabilidad primordial de los gobiernos de promover y prestar servicios sociales básicos y de facilitar el acceso a ellos, teniendo presentes las necesidades específicas de las personas de edad». Entre esos servicios básicos sobresale el de salud, y a tal fin la Asamblea se compromete en su artículo «a proporcionar a las personas de edad acceso universal y en condiciones de igualdad a la atención médica y los servicios de salud, tanto servicios de salud física como mental».

El Informe contiene un Anexo II que incluye el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento. En dicho Plan se establece una serie de objetivos (con sus correspondientes medidas) entre los que pueden subrayarse los siguientes: promoción de programas que permitan a todos los trabajadores obtener una Seguridad Social básica, que comprenda, cuando corresponda, pensiones, seguro de invalidez y protección de la salud; aseguramiento de ingresos mínimos suficientes para las personas mayores, con especial atención a los grupos en situación social y económica desventajosa; reconocimiento de la contribución social, cultural, económica y política de las personas mayores; participación de las personas mayores en los procesos de adopción de decisiones a todos los niveles; igualdad de oportunidades de empleo a todas las personas mayores que deseen trabajar; alivio de la marginación de las personas de edad en las zonas rurales; utilización plena de las posibilidades y los conocimientos de las personas de todas las edades, reconociendo los beneficios derivados de la mayor experiencia adquirida con la edad; y reducción de la pobreza entre las personas mayores.

En cuanto al Derecho comunitario, hay que recordar que la protección social a través de un sistema de Seguridad Social es competencia de los Estados miembros, lo que no es óbice para que desde la Unión Europea haya existido y exista preocupación por la protección social en general y, por lo que aquí nos afecta, por la protección a la vejez. Una preocupación que, por estar ante una competencia estatal, se manifiesta a través de documentos jurídicamente no vinculantes, destacando entre ellos las Comunicaciones de la Comisión «Hacia una Europa para todas las edades-Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones»²⁶, y el Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones»²⁷.

En la primera de las Comunicaciones citadas se establecieron los principales objetivos a lograr en materia de protección a la vejez pueden resumirse

26. COM (1999) 221 final.

27. COM (2005) 94 final.

en lo siguiente: prevenir las consecuencias económicas del envejecimiento de la población a fin de preservar el crecimiento y la estabilidad de los presupuestos públicos; incentivar el retraso en la jubilación para paliar la reducción de mano de obra inherente al envejecimiento poblacional; configurar sistemas que provean pensiones adecuadas y adaptables a las actuales y variables necesidades de los jubilados, garantizando en todo caso su viabilidad financiera; y garantizar el acceso de los mayores a la atención sanitaria de calidad.

En el Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», la cuestión principal que se plantea es, sobre todo, cómo lograr que los trabajadores de más edad puedan prolongar su vida laboral: «Se debe seguir fijando una edad legal de jubilación, o habría que permitir una jubilación flexible y progresiva». A esta cuestión principal se suman otras como si a partir de cierta edad se podría permitir acumular la pensión y un salario en un empleo temporal o a tiempo parcial, o si cabría fomentar con incentivos la participación de los pensionistas en el sector no lucrativo, que así podría contribuir más a atender las necesidades sociales. En otro orden, el Libro también aborda cómo ayudar a las familias en el cuidado de los mayores, y qué servicios sociales prestados por los poderes públicos son necesarios en la atención de las necesidades de las personas de mayor edad.

Las políticas que se buscan deben atender, de acuerdo con las conclusiones del Libro Verde, a tres prioridades esenciales: recuperar el camino del crecimiento demográfico: medidas innovadoras de apoyo a la natalidad; velar por el equilibrio entre las generaciones (el reparto de cargas no debe referirse sólo a la financiación de las pensiones y de los sistemas sanitarios, sino también al reparto del tiempo a lo largo de toda la vida); e inventar nuevas transiciones entre las edades. Antes no había más que dos transiciones: el paso a la fase adulta (incorporación al trabajo y formación de la familia) y la jubilación. Hoy todo es más complejo. «Los jóvenes encuentran dificultades persistentes para abrirse paso en el empleo. Un número creciente de "jubilados jóvenes" desea participar en la vida social y económica. El período de estudios se alarga, y los "jóvenes activos" desean dedicar tiempo a sus hijos. Estas evoluciones cambian las fronteras y las transiciones entre períodos de actividad y de inactividad». Hacen falta, pues, diseños más flexibles de las carreras profesionales, tanto para las mujeres como para los hombres.

Otras Comunicaciones de la Comisión relativas a la protección de la vejez, y cuyos títulos son en sí mismos significativos de cuál es la política que se pretende impulsar desde la Unión Europea, son las siguientes: Comunicación de la Comisión «Apoyo a las estrategias nacionales para garantizar pen-

siones viables y seguras mediante un planteamiento integrado»²⁸; Comunicación de la Comisión «El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera»²⁹; la Comunicación de la Comisión «Proyecto de informe conjunto de la Comisión y del Consejo sobre la adecuación y la viabilidad de las pensiones»³⁰; y Comunicación de la Comisión, «Aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo»³¹.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

1.4.1. Legislación estatal

La protección de la vejez se ha articulado tradicionalmente a través de la pensión de jubilación. La regulación actual, al menos en lo que respecta al Régimen General, se encuentra en los artículos 160 a 170 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994), conforme a la redacción dada por la Ley 35/2002, de 12 de julio, de jubilación gradual y flexible, y por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. A esta ordenación legal básica deben añadirse las Disposiciones Transitorias y Adicionales de la LGSS y la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la Prestación de Vejez en el Régimen General de la Seguridad Social.

Aunque la pensión de jubilación existía con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, con ésta adquirió una nueva fisonomía, como consecuencia de los mandatos contenidos en el artículo 50 de la Constitución.

La garantía de las pensiones de vejez se ha cumplido con la regulación de las pensiones no contributivas, llevada a cabo por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, hoy integrada, en lo que respecta a la jubilación, en los artículos 167 a 170 de la LGSS. Cabe destacar, asimismo, la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. En concreto el artículo 17 recoge la prohibición de discriminación por razón de edad. El artículo 12.6 recoge previsiones relativas a la jubilación parcial anticipada y la disposición adicional décima recoge los términos en los que se posibilita la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento por parte

28. COM (2001) 362 final.

29. COM (2001) 723 final.

30. COM (2002) 737 final.

31. COM (2004) 146 final.

del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, esto es, la llamada «jubilación forzosa».

La actualización periódica de las pensiones se garantiza mediante su revalorización. En la modalidad contributiva la revalorización se prevé en el artículo 48 LGSS, y para la no contributiva en el artículo 52 de la misma ley. Igualmente, el principio constitucional de la suficiencia es atendido a través del establecimiento de unos topes mínimos de pensiones, los cuales se instrumentan básicamente a través de la figura de los complementos para mínimos, previstos en el artículo 50 LGSS. Tanto para la revalorización como para dichos complementos deben tenerse en cuenta las previsiones que al respecto se contienen en las leyes de Presupuestos Generales del Estado y en los Reales Decretos de Revalorización de las Pensiones Públicas que se aprueban anualmente.

Respecto de los servicios sociales para la tercera edad, destaca la ausencia de una ley estatal. En el marco de la Seguridad Social, los artículos 38.1.e), 53 y 54 LGSS se limitan, de forma muy escueta, a incluir dentro de la acción protectora de la Seguridad Social la prestación de servicios sociales que puedan establecerse para la asistencia a la tercera edad. Lo que se está produciendo, como apunta la doctrina, es «un cambio de responsabilidades en el ámbito infraconstitucional, de modo que son las Comunidades Autónomas y no la Administración Central las que tienden a asumir tal responsabilidad o compromiso constitucional. Quizá en esta percepción resida igualmente el motivo que explica, pero no justifica, la persistente desidia del Parlamento español para legislar sobre esta materia, cuya regulación también ha quedado abandonada a un marco reglamentario y "administrativo", así como programático (p. ej.: Plan Gerontológico del INSERSO), incapaz de suministrar la ordenación coherente y equitativa que urge al respecto)»³².

En el plano programático, destacan los Planes nacionales. El primero de ellos fue el Plan Gerontológico de 1992, elaborado por el INSERSO. Posteriormente, como consecuencia de la asunción de competencias en materia de servicios sociales, las CC AA han ido aprobando sus propios planes de acción para personas mayores. Partiendo de esta realidad, el IMSERSO elaboró el Plan de Acción para las Personas Mayores para los años 2003-2007, que pretendía «conjugar competencias nacionales con competencias autonómicas para el diseño de una política social, dirigida al colectivo de personas mayores, basada en estrategias de cooperación y de consenso. El Plan conjuga el ejercicio propio de las competencias de las Comunidades Autónomas

32. Véase VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2007, pp. 462-463.

con el fomento de la garantía de la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos, en un marco de cooperación interadministrativa e interinstitucional» (Plan de Acción página 38)³³.

1.4.2. Panorámica de la legislación autonómica

Como se ha visto anteriormente, la protección de la vejez canalizada a través de un sistema público de pensiones es competencia estatal. Sin embargo, las últimas reformas de Estatutos de Autonomía han supuesto, en algunos casos, la incorporación de diversos derechos relacionados con los mayores en la parte dogmática de los Estatutos. En unas ocasiones reconocen y garantizan «derechos sociales» (EA de Cataluña, artículo 18; EA de Andalucía, artículo 19; EA de Valencia, artículo 10.3; EA Islas Baleares, artículo 16.3; EA de Castilla y León, artículo 13.5), mientras que en otras casos se ordena a los poderes públicos, en el marco de los principios rectores, promover políticas dirigidas a proteger a los mayores [EA de Cataluña, artículo 40.6; EA de Andalucía, artículo 37.3; EA de Aragón, artículo 24.g)]. La protección va encaminada a: garantizar una protección frente a lo que constituye una modalidad de la violencia doméstica, reconociendo el derecho de las personas mayores «a vivir con dignidad, libres de explotación y de malos tratos» (EA de Cataluña, art. 18); garantizar por parte de los poderes públicos un «envejecimiento activo» que se traduce en el derecho a llevar una vida independiente y autónoma en la que el mayor pueda participar en la vida social, educativa y cultural de la comunidad [EA de Cataluña, art. 40.6, EA de Andalucía, arts. 19 y 37.3; EA de Aragón, art. 24.g); EA Islas Baleares, art. 16.3; EA de Castilla y León, art. 13.5]; garantizar la protección jurídica, el acceso a un alojamiento adecuado, y el derecho de participación pública y de asociación (EA de Castilla y León, artículo 13.5); procurar (ya no garantizar) por parte de los poderes públicos la plena integración de las personas mayores en la sociedad mediante políticas públicas basadas en el principio de solidaridad intergeneracional (EA de Cataluña, art. 40.6); prohibir la discriminación por razón de su edad (EA de Cataluña, art. 18; EA de Castilla y León, art. 13.5); garantizar el derecho a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes (EA de Andalucía, art. 19; EA de Castilla y León, art. 13.5); en fin, a proteger a las familias con mayores a su cargo, a través de la concesión de una ayuda (EA de Valencia, art. 13).

2. FUNDAMENTO

La protección social de la vejez ha sido un deber histórico de la sociedad

33. El plan se puede encontrar en la página oficial del IMSERSO: <http://imserso.es>.

confiado inicialmente al ámbito familiar o a las instituciones de beneficencia, y convertido, con el desarrollo del Estado Social, en una responsabilidad de los poderes públicos. No olvidemos que la filosofía que inspira al Estado Social es la protección de los más desvalidos, y entre éstos se hallan, desde luego, las personas mayores. El derecho de éstas a recibir las prestaciones que cubran sus necesidades y les permitan mantener una vida digna no sólo se fundamenta en el hecho de ser un colectivo social frágil y dependiente, para el que claramente tienen aplicación principios propios del Estado Social como los de igualdad o solidaridad, sino en el de haber contribuido, durante la mayor parte de su vida, al desarrollo social y económico del Estado.

La vejez es una realidad cambiante, tanto desde un punto de vista histórico como sociológico. Biológicamente puede definirse como la última etapa en la vida de una persona, caracterizada habitualmente por un deterioro físico e incluso psíquico que incrementa la vulnerabilidad de la persona y la necesidad de atención y servicios. Sin olvidar nunca esta realidad biológica, el comienzo de la vejez se ha venido fijando desde principios del siglo XX en torno a los sesenta y cinco y sesenta y siete años³⁴. Es interesante la definición que de vejez dio la OIT en 1944, precisamente en términos jurídico-laborales: «edad en la que comúnmente las personas son incapaces de efectuar un trabajo eficiente; en la que la incidencia de la enfermedad y la de invalidez es elevada y en la que el desempleo, si lo hubiere, sería probablemente permanente»³⁵.

Hay que constatar que la evolución demográfica producida en España y otros países de nuestro entorno en las últimas décadas ha conducido a un progresivo fenómeno de envejecimiento de la población, tanto por un descenso de los índices de natalidad, como por una mayor longevidad consecuencia de las mejores condiciones de vida y del avance de la medicina. El problema del envejecimiento de la población fue ya advertido con preocupación por la Comisión Europea en 1999, previendo que la generación comprendida entre los 15 y los 29 años (segmento poblacional más importante en la entrada al mercado de trabajo) descendería en alrededor de 13 millones de personas hacia el año 2015, mientras que la generación comprendida entre los 54 y los 64 años, se incrementaría en más de 16 millones³⁶. España,

34. El RD de 11 de marzo de 1919 estableció una pensión inicial de 365 pesetas anuales a percibir por el trabajador a partir de los 65 años. Véase al respecto MONTOYA MELGAR, 1996, pp. 961 y ss.

35. Recomendación número 67 (1944). Para MONEREO y MOLINA NAVARRETE, la idea de tercera edad está asociada al «momento de declive o decadencia del desarrollo de la persona, que, por tanto, necesita especial atención asistencial y/o médica» (2002, p. 1840).

36. Vid. COM [1999] 221 final, Bruselas, 21 de mayo de 1999.

lejos de ser una excepción, constituye uno de los ejemplos más ilustrativos de envejecimiento de la población, lo que influye directamente en el contenido, mantenimiento y estabilidad de nuestra Seguridad Social. La actual tendencia demográfica provoca una disminución de personas activas que contribuyen al sostenimiento del gasto público (los trabajadores se incorporan al mercado de trabajo cada vez más tarde), y también un incremento de personas pasivas necesitadas de prestaciones sociales que aumentan ese gasto público³⁷. Aunque la entrada de inmigrantes (alrededor de uno de cada diez cotizantes) ha ido aliviando este desequilibrio en las principales fuentes de ingresos y gastos de la Seguridad Social, la presión sobre los costes del sistema es una realidad. Téngase en cuenta que no se trata sólo de sustituir las rentas salariales por pensiones de jubilación, se trata, también, de afrontar las situaciones de dependencia inherentes al envejecimiento: asistencia y ayuda a las personas con falta o pérdida de autonomía física o psíquica. Esta realidad exige una periódica renovación de la Seguridad Social, tanto en términos de contenido de las prestaciones, como en términos de financiación del sistema.

Hemos dicho que la protección frente a la vejez en general, y frente a la cesación en la vida laboral activa en particular, ha sido históricamente uno de los más importantes fines (si no el prioritario) del Estado social, y desde luego así es en el modelo de Estado Social apuntado en la Constitución Española³⁸. De hecho, nuestra Constitución dedica un precepto constitucio-

37. De acuerdo con la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LD, aprobado por el Gobierno de la Nación el 23 de diciembre de 2005, «en las últimas décadas, la población mayor española ha experimentado un crecimiento muy considerable. El número de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos treinta años del siglo XX, pasando de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 % de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 % de la población total). A esta situación se añade una característica demográfica que se ha venido denominando "envejecimiento del envejecimiento" o, lo que es lo mismo, el incremento que experimenta el colectivo de población de 80 y más años, muy superior al del grupo de 65 y más años en su conjunto. Como consecuencia de este proceso de envejecimiento interno de la población mayor, el grupo constituido por las personas de 80 y más años se ha duplicado en sólo veinte años». Ya en 1999, la Comunicación de la Comisión Europea de 21 de mayo de 1999: «Hacia una Europa para todas las edades», establecía como reto de nuestras sociedades el envejecimiento de la población. En dicha Comunicación se indica que en los próximos 20 años se producirán cambios considerables en la contribución de los diversos grupos de edad, pues entre 1995 y 2015 el grupo de edad comprendido entre los 20 y los 29 años descenderá en 11 millones (un 20 % menos) mientras que el grupo de edad comprendido entre los 50 y los 64 aumentará en 16,5 millones (un 25 % más).

38. En términos cuantitativos (tanto actuales como históricos) éste es un hecho difícilmente cuestionable. Sin embargo, cuando se pregunta hoy a los españoles qué prestaciones sociales del Estado justifican más y mejor su contribución al gasto social, las pensiones de jubilación se sitúan en el cuarto puesto, tras la sanidad, la educación y las infraestructuras, siendo la prestación más justificada y, por ello, seguramente más

nal (el art. 50 CE) a la protección de la vejez, cuando el Constituyente podría haberla integrado dentro del artículo 41 CE, donde se establece el mandato a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Sin perjuicio del análisis que se realiza del artículo 50 CE en los siguientes epígrafes, sí puede avanzarse ya que en el citado precepto se recoge la aspiración inveterada del Estado Social de garantizar la subsistencia económica de los ciudadanos cuando, tras la jubilación, dejan de percibir los correspondientes ingresos salariales, complementándola además con una protección integral respecto a sus específicas necesidades de salud, vivienda, cultura y ocio.

Resulta controvertido determinar cuál es el ámbito subjetivo de protección del artículo 50. Dos son las interpretaciones posibles. En primer lugar, el ámbito de protección vendría delimitado por el concepto «tercera edad», de tal forma que todos aquellos que se integren en el mismo, deberían ser protegidos por los poderes públicos a través de las pensiones. Esta interpretación, creemos, supondría una obligación de extender el sistema de pensiones a todas las personas mayores, algo que en la actualidad no existe en nuestro sistema. La segunda interpretación, por la que se decanta GOÑI SEIN³⁹, es aquella que define el ámbito subjetivo de protección conforme a dos criterios: ya no sólo por la pertenencia a la «tercera edad» sino, además, por reunir el requisito de ser «pensionista». De esta forma, el artículo 50 no garantizaría la suficiencia económica a todos los mayores, sino sólo a los que sean titulares del sistema de pensiones «pues es a través de las pensiones como configura el constituyente este concreto mecanismo de protección social». Conforme a esta interpretación, los poderes públicos no estarían obligados a garantizar una protección universal a través de las pensiones.

El mismo problema interpretativo se plantea en relación con el ámbito subjetivo de protección de los servicios sociales. Nuevamente, GOÑI SEIN⁴⁰ entiende que son los pensionistas los destinatarios de tales servicios. En su opinión, existe una interrelación entre ambos mecanismos de protección social. A esta conclusión llega tras comprobar que el segundo párrafo del artículo 50 CE utiliza el posesivo «su» para referirse a otros sujetos anteriormente citados, «lo que induce a pensar que el ámbito de aplicación del sistema de servicios sociales se corresponde con el del primer párrafo (sistema de garantía de pensiones), con lo que se identificaría con el previsto para este colectivo». De todas formas, reconoce que esta interpretación restrictiva

importante sólo para el 9 % de los encuestados (Encuesta *Opiniones y actitudes de los españoles en 2004*, Instituto de Estudios Fiscales, agosto de 2005).

39. GOÑI SEIN, 2009, p. 1126.

40. GOÑI SEIN, 2009, pp. 1126-1127.

no cierra el paso a un posible diseño más generoso que contemple a todos los sujetos que entran dentro del concepto de «tercera edad», tanto los pensionistas como los no pensionistas.

3. DERECHOS CONSTITUCIONALES DE LAS PERSONAS MAYORES

3.1. EL DERECHO A PENSIONES ADECUADAS Y PERIÓDICAMENTE ACTUALIZADAS

3.1.1. Configuración general del sistema de pensiones de jubilación establecido por el legislador estatal

La protección económica frente a la jubilación laboral constituye el núcleo fundamental de la protección de la vejez, y así queda patente en la legislación española sobre Seguridad Social⁴¹. El concepto de jubilación está desvinculado hoy del de incapacidad laboral, identificándose exclusivamente con el derecho subjetivo al descanso o retiro laboral tras alcanzar una determinada edad⁴², indiciaria de una previa y larga vida laboral, y de que las condiciones físicas o mentales probablemente dejarán de ser las más idóneas para continuar desarrollando ciertas actividades laborales. En estas circunstancias, el Estado social ha procurado históricamente que la persona pueda encarar la recta final de su vida sin las servidumbres habituales de la actividad laboral, disponiendo libremente de su tiempo, y sin dejar de percibir unos ingresos económicos iguales o similares a los percibidos durante su vida laboral activa.

Como se ha apuntado ya, el mandato de garantizar la suficiencia económica de los mayores mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas no puede interpretarse de forma aislada e individualizada, sino que debe ponerse en relación con el artículo 41 CE, de acuerdo con el cual, los poderes públicos han de mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad». Cabría afirmar que la protección de la vejez mediante un sistema de pensiones ya está implícita en el citado

41. SAGARDOY BENGOCHEA y SAGARDOY DE SIMÓN (1996, p. 376) señalan que las pensiones, a través de las cuales se articula la suficiencia económica de la tercera edad, son fundamentalmente la de jubilación aunque también a través de la de muerte y supervivencia e incapacidad permanente «dada la ausencia en el sistema español de un mecanismo general de conversión de pensiones en torno a la jubilación».

42. En sentido similar puede verse VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUE-SADA SEGURA, 2005, p. 291, y BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO, 2003, pp. 530-531.

artículo 41 CE, pero debe prevalecer la interpretación que sitúa en el artículo 50 CE el fundamento principal de dicha protección, en tanto que regla especial frente a la general del artículo 41 CE⁴³. Este último precepto, sin embargo, tiene una importancia capital en la configuración del sistema de pensiones ordenado en el artículo 50 CE, pues, en una correcta interpretación sistemática de ambos artículos, integra el sistema de pensiones en el régimen público de Seguridad Social. Además, y como señala GOÑI SEIN⁴⁴, el artículo 50 no otorgaría al legislador libertad de configuración para articular o condicionar el sistema de pensiones de las personas de la tercera edad de manera distinta a la señalada en el artículo 41 CE. Sólo habilita para garantizar una suficiencia económica de las pensiones públicas sin desfigurar sus rasgos.

A partir de ahí, el legislador español, al igual que otros de nuestro entorno, ha establecido un sistema mixto de financiación de la Seguridad Social española, que, de conformidad con el artículo 86.1 LGSS, se sufraga principalmente con recursos provenientes de los presupuestos del Estado y de las cotizaciones de las personas obligadas a cotizar. Este sistema de financiación inclinó a nuestro legislador a hacer coexistir pensiones contributivas con pensiones no contributivas, diferenciándolas en función del origen de los recursos.

El nacimiento del derecho y la cuantía de la pensión de jubilación no tienen distinto fundamento en función de su carácter contributivo o no contributivo. En las pensiones contributivas, la situación generadora de la pensión «no se basa en la pobreza sino en la compensación frente a un daño, como es un exceso de gastos por un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada contingencia (jubilación, muerte, incapacidad, etc.)» (STC 253/1998). En este sentido, la pensión cumple una función sustitutiva de rentas, existiendo una correlación entre las cotizaciones efectuadas y la cuantía resultante de la pensión. Además la cuantía inicial y la posteriormente revalorizada se encuentra sometida a unos topes máximos y mínimos. Por el contrario, en las pensiones no contributivas la situación que genera la pensión es la existencia de una situación de necesidad, por lo que no estamos en presencia de «rentas de sustitución», sino de «rentas de compensación» cuya finalidad es proporcionar a los beneficiarios unos ingresos mínimos que les garanticen la subsistencia. No se tiene en cuenta la relación entre cotización –insuficiente e, incluso, inexistente– y prestación, se concede en una cuantía más o menos fija, una vez que el beneficiario

43. *Vid.*, en este sentido, VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 290.

44. *Vid.* GOÑI SEIN, 2009, p. 1127.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

acredite que se encuentra en una auténtica situación de penuria económica y sólo se mantiene en tanto subsista dicha situación⁴⁵.

Interesa recordar que junto a la jubilación regulada en la LGSS pervive con carácter residual el Servicio Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) que se aplica a los trabajadores y sus derechohabientes que, reuniendo los requisitos exigidos por su extinguido régimen, no tengan derecho a la pensión del actual sistema de Seguridad Social, con excepción de las pensiones de viudedad de las que puedan ser beneficiarios. Como ponen de manifiesto los sucesivos informes del Defensor del Pueblo, estas prestaciones son las más bajas de nuestro sistema de protección social contributiva y configuran una importante bolsa de pobreza formada por personas mayores, principalmente mujeres. Por eso, resultaría necesario flexibilizar el régimen de incompatibilidades al que están sujetas, algo que hizo en parte la Ley 9/2005, de 6 de junio, al permitir, al menos, la compatibilidad con la pensión de viudedad.

3.1.2. La pensión contributiva de jubilación

El derecho al retiro conlleva el derecho a una prestación económica que sustituya a las rentas procedentes del trabajo y que, en la mayoría de casos, suponen el principal sustento vital de la persona y los que están a su cargo. Este derecho se constituye con carácter general en términos contributivos; esto es, cuando el beneficiario acredita haber cumplido con una determinada contribución económica previa. Esta protección contributiva es la que abre el Capítulo de la LGSS, dedicado a la jubilación, cuyo artículo 160 establece lo siguiente: «La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena».

A. Requisitos

Tres son los requisitos que deben concurrir para que se constituya el derecho a percibir esta pensión por jubilación: alcanzar la edad que determina el cese en la actividad laboral, cesar total o parcialmente en el trabajo por cuenta ajena, con la correspondiente pérdida o reducción del salario y haber cotizado durante un período de tiempo determinado.

Los presupuestos que causan y justifican la pensión contributiva de jubilación hacen que la misma se configure como imprescriptible⁴⁶, vitalicia y de

45. *Vid.*, GOÑI SEIN, 2009, p. 1128, y CAVAS MARTÍNEZ, 2007, p. 2.

46. Característica establecida en el art. 164 LGSS y de la que en la LGSS sólo goza la pensión contributiva de jubilación.

percepción periódica, monetaria, única o inconciliable con otra pensión de jubilación (aunque sí es compatible con pensiones de jubilación generadas en instituciones privadas, aun cuando éstas puedan estar financiadas por poderes públicos), e incompatible con rentas del trabajo, salvo que estemos ante una pensión de jubilación parcial.

La contingencia que legalmente origina la pensión contributiva de jubilación es la cesación en el trabajo producida tras alcanzar una determinada edad («edad avanzada» dice el art. 50 CE), a partir de la cual se entiende que la persona se ha hecho merecedora de un derecho al descanso, así como que puede sufrir un deterioro físico y mental que la incapacite para una generalidad de empleos. Bajo esta premisa, la edad ordinaria de jubilación legalmente establecida en España hasta la fecha de entrega de este trabajo es de sesenta y cinco años (art. 161 LGSS). No obstante, hacía tiempo que se venía sosteniendo un debate público sobre la pertinencia de elevar la edad ordinaria de jubilación para evitar una posible quiebra del sistema, cuya viabilidad parece amenazada por los cambios demográficos experimentados en España en las últimas décadas. A saber, la prolongación de la vida de las personas (lo que supone un abono de las pensiones durante más años al de hace algunas décadas) y el notable efecto de la caída de la natalidad que comenzó a producirse a mediados o finales de los años setenta del siglo XX.

Este debate público desembocó en un gran acuerdo sobre pensiones entre Gobierno, Sindicatos y Empresarios, que, a su vez, ha fructificado en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social. En esencia, los principales cambios introducidos por la reforma pueden resumirse en lo siguiente por lo que a la edad de jubilación se refiere:

- a) Se pasa de un sistema de jubilación imperativo a otro flexible y gradual. La principal novedad que incorpora este sistema es el aumento paulatino de 65 a 67 años de la edad de jubilación en un período transitorio de 17 años que comienza en 2013 y concluye en 2027. Este incremento de 65 a 67 años se realizará al ritmo de un mes por año hasta 2018 y de dos meses por año desde 2019 a 2027 (arts. 2 y 4 de la Ley, que modifican los arts. 112 bis y 161.1 LGSS, e introducirían en la misma la DT 20ª).
- b) Se mantiene la posibilidad de jubilación a los 65 años con el 100 % de la pensión, siempre que se acrediten determinados períodos de cotización que aumentan gradualmente desde los 35 años y 3 meses de 2013, hasta los 38 años y 6 meses a partir de 2027. También podrán jubilarse a partir de los 65 años quienes no reúnan este período

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- de cotización aunque se aplicará un coeficiente reductor a la cuantía de la pensión. Entre 2013 y 2027 se establece una cadencia de aumento del período de cotización de tres meses cada año (arts. 2 y 4 de la ley que modifican los arts. 112 bis y 161.1 LGSS, e introducen en la misma la DT 20^a).
- c) Se introduce así el concepto de carrera laboral completa ante la Seguridad Social, articulada a través de los principios de gradualidad y flexibilidad que inspiran la reforma.
 - d) En cuanto a la jubilación anticipada, se prevé la jubilación voluntaria a partir de los 63 años con un mínimo de 33 años de cotización. El coeficiente reductor anual será del 7,5 % por año de anticipo sobre la edad ordinaria de jubilación en cada caso. Sin perjuicio de lo previsto para la jubilación anticipada en situación de crisis, no existirá ningún otro tipo de coeficiente reductor de la Base Reguladora diferente del antedicho en el párrafo anterior. El acceso anticipado a la jubilación mediante este mecanismo no podrá generar complemento por mínimos en la pensión obtenida. De este criterio estará excepcionada la jubilación anticipada en situaciones de crisis que se describe a continuación (art. 5.1 de la Ley, que modifica el art. 161.2 bis LGSS).
 - e) Entre las previsiones especiales destaca el hecho de que quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los 60 años. En tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por 100 por cada año o fracción de año antes de la edad de jubilación (art. 5.2 de la Ley, que modifica el párrafo primero de la DT 3^a.1 LGSS).
 - f) Por otro lado, se elimina el supuesto de jubilación especial a los 64 años.
 - g) Se prevé igualmente la interrupción de la vida laboral de madres y padres por cuidado de hijos menores de seis años. En cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido, se computará como período cotizado aquel de interrupción de la cotización, derivado de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. La duración de este cómputo como período cotizado será de 112 días por cada hijo o menor adoptado o acogido.

Dicho período se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Un beneficio que sólo es reconocido a uno de los progenitores y, en caso de controversia entre ellos se otorgará, el derecho a la madre. Los tres años de excedencia por cuidado de cada hijo o menor acogido tendrán la consideración de período de cotización efectiva (art. 9.1 y 2 de la Ley, que introducen la DA 60^a y modifican el art. 180.1 LGSS).

Pero, ¿cabría fijar una edad de jubilación forzosa? La llamada edad ordinaria de jubilación debe interpretarse como la edad mínima que el legislador establece para que un trabajador por cuenta ajena pueda jubilarse; esto es, como la edad que origina el derecho del trabajador a jubilarse. Decimos derecho a jubilarse y no obligación de jubilarse, pues éste es el planteamiento histórico de la jubilación en nuestro Derecho, y el que, con las matizaciones y excepciones que a continuación se dirán, se mantiene en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la doctrina.

Ciertamente resulta problemático desde una perspectiva constitucional justificar la denominada «jubilación forzosa», pues rompe con la idea de la jubilación como derecho, y, sobre todo, pudiera entenderse contraria al derecho al trabajo del artículo 35.1 CE, y al principio de igualdad del artículo 14 CE, pues supone una discriminación por razón de edad en el ejercicio del derecho al trabajo⁴⁷. Así lo entendió el Tribunal Constitucional cuando declaró inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores (en su versión de 1980), según la cual los contratos de trabajo habían de extinguirse a la edad que fije el Gobierno, estableciendo en todo caso como edad máxima de jubilación los sesenta y nueve años. El alto Tribunal matizó, empero, que una disposición así resulta inconstitucional salvo que la jubilación forzosa con ella incorporada fuera concebida y aplicada como medida de fomento del empleo⁴⁸. Subraya así el Tribunal la importan-

47. Para TAPIA HERMIDA (2009, pp. 143-144), lo que acontece en la jubilación forzosa, impuesta directamente por la ley o un convenio, es que en realidad se elimina el derecho fundamental al trabajo. Dicha regla resulta coherente con una ideología que califica de «economicismo extremo», que no duda en eliminar cualesquiera libertades, incluso fundamentales, si con ello se atiende a los intereses económicos de quienes dominan en los sistemas de economía de mercado.

48. La STC 22/1981 se pronunció al respecto en los siguientes términos: «puede afirmarse que la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre con ella se asegurase la finalidad perseguida por la política de empleo: es decir, en relación con una situación de paro, si se garantizase que con dicha limitación se proporciona una oportunidad de trabajo a la población en paro [...]. Ahora bien, tal limitación supone un sacrificio personal y económico que en la medida de lo posible debe ser objeto de compensación, pues para que el tratamiento

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cia del trabajo como bien social y económico, y, desde luego, constitucional, así como la escasez del mismo⁴⁹. Sólo como medida de fomento del empleo puede admitirse pues la jubilación forzosa, y en este sentido me parecen interesantes las palabras de BORRAJO DACRUZ, afirmando, en un trabajo realmente crítico con la jubilación forzosa, que «el Estado y, en su caso, los grupos socio-profesionales autorreguladores, pueden y deben redistribuir las oportunidades de empleo entre los empleados y los desempleados; entre los jóvenes, los menos jóvenes y los mayores; entre los válidos y los discapacitados; entre los varones y las mujeres; y así sucesivamente. La jubilación forzosa por edad es, pues, una medida de política de empleo; facilita la redistribución del trabajo disponible en cada momento»⁵⁰.

La jubilación forzosa no sólo es contraria al derecho al trabajo y al principio de igualdad, con la ya justificada excepción de su uso como medida de fomento del empleo, sino que, como veremos a continuación, existen también problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, con la Directiva 78/2000, de 27 de diciembre, transpuesta a nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, que prohíbe la fijación de edades o topes máximos de jubilación, en una interpretación extensiva del derecho al trabajo. En esta línea se pronunció precisamente el Tribunal Supremo, que tras reiterar la problemática constitucional que presenta la jubilación forzosa, afirmó expresamente su incompatibilidad con la citada Directiva comunitaria y con su norma interna de transposición en España⁵¹.

En la actualidad, y a pesar del rechazo jurisprudencial a la jubilación forzosa, el legislador español mantiene fijada para el colectivo de funcionarios públicos, y en principio sin cuestionamiento doctrinal, la edad de sesenta y cinco años como edad que marca la jubilación voluntaria de los funcionarios, mientras que los setenta marcan la edad de jubilación forzosa⁵². En el ámbito del empleo privado, la Ley 14/2005, de 1 de julio, ha introducido una nueva disposición adicional décima en el Estatuto de los Trabajadores, volviendo a autorizar la jubilación forzosa por edad, prevista al efecto en

desigual que la jubilación forzosa supone resulte justificado no basta con que sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito: es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado» (FJ 9). En la misma línea pueden verse las SSTC 58/1985 y 95/1985. Esta declaración de inconstitucionalidad ha sido generalmente admitida por la doctrina (p. ej., ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, 1991, pp. 514-515).

49. En este orden cobra especial importancia el mandato a los poderes públicos contenido en el art. 40.1 CE, de acuerdo con el cual tales poderes mantendrán una política orientada a pleno empleo.

50. *Vid.* BORRAJO DACRUZ, 2005, p. 1871.

51. STS de 9 de marzo de 2004.

52. Art. 33 de la Ley 13/1996.

convenio colectivo. La jubilación forzosa queda pues, y de nuevo, sujeta a la negociación colectiva, que en todo caso no podrá fijar otra edad para el retiro forzoso que la ordinaria fijada para la jubilación en la Seguridad Social, sólo podrá establecerse para trabajadores que cumplan las condiciones de cotización requeridas para obtener una pensión de jubilación por edad en la Seguridad Social, y, sobre todo, habrá de explicitar los factores de mejora que la jubilación forzosa pactada supone para el empleo, cuantitativa y cualitativamente: número de empleos creados como consecuencia de las jubilaciones forzosas, y número de transformaciones de contratos temporales en fijos y de contratos de tiempo parcial en tiempo completo.

La STJCE de 16 de octubre de 2007 (Asunto C-411/2005, *Palacios Villa*), se pronunció precisamente sobre la Ley 14/2005 desde la perspectiva del Derecho comunitario. Considera que debe enfocarse, no a la luz del principio de no discriminación por razón de edad, sino a la luz del artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE. Un precepto que permite a los Estados miembros disponer diferencias de trato por motivos de edad si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. El Tribunal considera que la Ley 14/2005, responde a un objetivo legítimo, relacionado con la política de empleo y mercado de trabajo, se adoptó a instancia de los agentes sociales como un mecanismo para favorecer el empleo intergeneracional y cumple un objetivo legítimo de interés público en el ámbito de la política de empleo y de mercado de trabajo, sin que pueda considerarse como una medida nacional manifiestamente desproporcionada. Señala TAPIA HERMIDA que la referencia a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad en los convenios colectivos «nos acerca más al principio de igualdad de trato, en su manifestación de igualdad de trato con independencia de la edad, que a un juicio estricto de no discriminación, pues la Directiva 2000/78/CE, al admitir salvedades o motivos justificados para diferenciar en el empleo y ocupación por razón de edad, no ha tratado de consagrar una prohibición específica y absoluta de discriminación por razón de edad, y deja a las leyes nacionales y a los convenios colectivos un margen de apreciación para adoptar medidas diferenciadoras al respecto, incluida la jubilación forzosa»⁵³.

Más recientemente, el mismo Tribunal, en Sentencia de 5 de marzo de 2008 (Asunto C-388/2007), ha reconducido el tratamiento deparado por la jurisprudencia comunitaria a la discriminación por razón de edad, impo-

53. TAPIA HERMIDA, 2009, pp. 11-12.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

niendo a los Estados miembros la carga de demostrar la legitimidad de la jubilación forzosa, fijando un nivel elevado de exigencia probatoria. La Sentencia considera que no es posible concebir que una diferencia de trato pueda estar justificada por una finalidad legítima perseguida por medios adecuados, sin que esa justificación sea razonable, lo que, en opinión de TAPIA HERMIDA⁵⁴, si bien permite la pervivencia de la jubilación forzosa, prácticamente la proscribire como consecuencia de las limitaciones y condicionamientos a los que queda sometida.

Puede alcanzarse la edad de jubilación pero optar voluntariamente por continuar trabajando, en cuyo caso aún no se devenga del derecho a la pensión de jubilación. El cese en el trabajo se produce así, como regla general, de forma voluntaria, elemento éste que diferencia la jubilación de la invalidez, la otra gran contingencia que da lugar a prestación económica. El concepto de voluntariedad adquiere en este caso la máxima importancia, y es por ello que el legislador ha estimado necesario definir expresamente cese voluntario como la «inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma»⁵⁵.

Así como en momentos no tan lejanos se pudo potenciar la jubilación anticipada como medida de fomento del empleo y/o de saneamiento y modernización de empresas, en la actualidad parece que nos encontramos ante políticas sociolaborales dirigidas a fomentar el retraso de la jubilación, seguramente como consecuencia del progresivo envejecimiento de la población española. El retraso de la edad de jubilación no sólo solventa por un tiempo la posible escasez de trabajadores en ciertos sectores de la actividad, sino que, sobre todo, alivia la situación financiera de la Seguridad Social en su capítulo de pensiones de jubilación, ya que prolonga la cotización de los trabajadores reenganchados, y demora la percepción por éstos de las correspondientes pensiones. Las políticas de retraso de la jubilación comenzaron a acentuarse con los llamados Pactos de Toledo, haciéndose especial hincapié en el impulso de la jubilación parcial y de la jubilación gradual y flexible.

El artículo 166 LGSS se refiere precisamente a la jubilación parcial, contemplando dentro de la misma dos modelos:

- a) Jubilación parcial «diferida».—Está prevista para los trabajadores de edad igual o superior a los 65 años, si bien con la ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social

54. TAPIA HERMIDA (2009, p. 135) considera que esta Sentencia obliga a replantear argumentaciones anteriores en torno a la jubilación por convenio colectivo.

55. DT 3ª.1 LGSS.

esta edad se eleva a 67 años [art. 6.1 de la Ley, que modifica el art. 166.1.e) y f) LGSS]. Este tipo de jubilación parcial tiene por objeto que el trabajador que por edad y cotización tiene el derecho a una pensión, compatibilice ésta pero en cuantía parcial con la prolongación de su actividad laboral, también a tiempo parcial, ofreciéndose como incentivo al efecto una elevación de la base reguladora para incrementar la pensión total a percibir cuando el trabajador se jubile totalmente.

- b) Jubilación parcial «anticipada».—Está prevista para los trabajadores de edad comprendida entre los sesenta (para los antiguos mutualistas) o 61 (para el resto de trabajadores) y los 65 años, que con la citada ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social también se eleva a los 67 años (art. 6.1 de la Ley). Estos trabajadores podrán simultanear una pensión parcial de jubilación con un contrato de trabajo a tiempo parcial, y que, en los casos en los que el jubilado aún no haya alcanzado la edad ordinaria de jubilación, habrá de vincularse a un contrato de relevo⁵⁶. Se produce así una modificación contractual objetiva por la que el contrato a tiempo completo pasa a ser contrato a tiempo parcial, con una reducción de la jornada laboral y del sueldo que ha de oscilar entre un mínimo del 25 y un máximo del 85 %. La pensión parcial de jubilación se calcula aplicando el porcentaje de reducción de la jornada laboral a la pensión que el trabajador percibiría en el momento del hecho causante de la pensión, pero sin aplicar coeficientes reductores por anticipación de la edad de jubilación, e incrementándose anualmente con las revalorizaciones que se aplican con carácter general⁵⁷. Por último, el contrato de relevo, para los casos de jubilación parcial de un trabajador menor de 65 años (edad que una vez más se eleva a 67 años en virtud del art. 6.1 de la susodicha Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), ha de ser celebrado entre la empresa y un trabajador en situación legal de desempleo o con uno que tuviera con dicha empresa un contrato de trabajo temporal. Se trata de fomentar la colocación de desempleados o de combatir la contratación temporal, por lo que el contrato de relevo habrá de tener duración indefinida o igual al tiempo que le reste al jubilado para alcanzar la jubilación completa. Por lo demás, el contrato de relevo podrá ser a tiempo

56. Art. 12.6 ET, desarrollado por el art. 9 del RD 1131/2002, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.

57. Art. 12.1 RD 1131/2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

completo o parcial, aunque la jornada tendrá como mínimo el tiempo reducido al trabajador sustituido, y el puesto de trabajo podrá ser el mismo que el que desempeñaba éste o uno similar dentro del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

El artículo 165.1 LGSS prevé la llamada jubilación gradual y flexible que no deja de ser una jubilación parcial, compatible con un trabajo a tiempo parcial (aunque sin vinculación a un contrato de relevo). La pensión que perciba el jubilado se reducirá en proporción inversa a la reducción de su jornada laboral, en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable. La jubilación flexible viene siendo objeto de importantes incentivos, entre los que destacan la exoneración a empresario y trabajador de cotizaciones por contingencias comunes y pago de las cuotas por desempleo, FOGASA y Formación Profesional (arts. 112 bis.1 y DA 21^a.21 LGSS)⁵⁸, así como la elevación en un dos por cien el coeficiente aplicado a la base reguladora para calcular la pensión final de quienes trabajan después de cumplir los 65 años (67 conforme a la Ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), con lo que no sólo se fomenta la jubilación flexible, sino, también, la jubilación tardía.

Si hablamos de pensión contributiva de jubilación es necesario hablar de una exigencia de cotización a la Seguridad Social por parte del trabajador. Estamos ante lo que se denomina período de cotización previa o carencia necesaria, que de acuerdo con el artículo 161.1.b) LGSS, y con carácter general para todos los Regímenes de la Seguridad Social, obliga al beneficiario de la pensión a tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años⁵⁹, de los que dos, al menos, habrán de estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho a la pensión (o al del cese de la obligación de cotizar si se accede a la pensión en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar), extremo, este último, que ha generado críticas ante sus posibles efectos de inequidad protectora⁶⁰. A estas reglas generales deben añadirse particularidades para ciertos Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Así, para el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, Régimen Especial Agrario o Régimen Especial de Empleados de Hogar.

Hemos visto que la ley sobre actualización, adecuación y modernización

58. Ello siempre que el trabajador lo sea por tiempo indefinido y acredite 35 años o más de cotización efectiva a la Seguridad Social.

59. Como nos recuerdan BLASCO LAHOZ, LÓPEZ GANDÍA y MOMPALER CARRASCO (2003, p. 544), «la prestación de jubilación es de todas las del sistema de Seguridad Social la que una mayor cotización previa precisa».

60. VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 303.

del Sistema de Seguridad Social se modifican los períodos de cotización para poder acceder a una pensión de jubilación. Como se ha dicho más arriba, se mantiene la posibilidad de jubilación a los 65 años con el 100 % de la pensión, siempre que se acrediten determinados períodos de cotización que aumentan gradualmente desde los 35 años y 3 meses o más de 2013, hasta los 38 años y 6 meses o más a partir de 2027. También podrán jubilarse a partir de los 65 años quienes no reúnan este período de cotización aunque se aplicará un coeficiente reductor a la cuantía de la pensión. Entre 2013 y 2027 se establece una cadencia de aumento del período de cotización de tres meses cada año (arts. 2 y 4 de la Ley, que modifican los arts. 112 bis y 161.1 LGSS, e introducen en la misma la DT 20ª).

B. Contenido de la prestación por jubilación

Estamos ante una prestación esencialmente pecuniaria, de carácter vitalicia y única, tal y como se desprende del artículo 160 LGSS. La cuantía de las pensiones varía en función de condicionantes derivados, fundamentalmente, del período cotizado por el beneficiario y de su base reguladora. Tras la Ley 24/1997, resultante de los Pactos de Toledo, nos hallamos ante un reforzamiento del carácter contributivo de la pensión, habiéndose incrementado el período de cotización, lo cual va en perjuicio de aquellos trabajadores que han estado más tiempo desempleados y que, normalmente, coinciden con los pensionistas con menor capacidad económica.

La base reguladora se obtiene, de acuerdo con el artículo 162.1 LGSS, del cociente que resulta de dividir por 210 las bases de cotización del beneficiario, durante los 180 meses inmediatamente anteriores al de producción del hecho causante. El cómputo del período total de la base reguladora ha de observar las siguientes reglas:

- a) Se computan por su valor nominal las bases de cotización correspondientes a los veinticuatro meses anteriores al de producción del hecho causante (art. 162.1.1.1ª LGSS).
- b) La evolución del Índice de Precios al Consumo será el criterio de actualización de las restantes bases de cotización, contabilizando desde los meses a que las mismas correspondan hasta el mes inmediatamente anterior al que se inicie el período de bases no actualizable (art. 162.1.1.2ª LGSS).
- c) No se tendrán en cuenta las cantidades que, aun ingresadas dentro del período computable, correspondan a meses no comprendidos en dicho período.
- d) Si en el período computable apareciesen meses en los que no existía

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obligación de cotizar, para los mismos se contabilizará la base mínima de cotización vigente en cada momento para mayores de dieciocho años (art. 162.1.2 LGSS).

- e) No podrán computarse los incrementos de las bases de cotización producidos en los últimos dos años, cuando sean resultado de incrementos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable, o, en defecto de éste, el experimentado en el sector correspondiente (art. 162.2 LGSS)⁶¹.
- f) La base reguladora está sometida al tope máximo de la base de cotización (art. 110.1 LGSS).

El cómputo de la base reguladora presenta especialidades, en cuyo análisis detallado no podemos entrar aquí, para los casos de trabajadores pluriempleados, pluriactividad, incapacidad permanente total que luego desarrolla un trabajo y realización por el pensionista de trabajos posteriores⁶².

3.1.3. Protección no contributiva

Además de la modalidad contributiva de pensiones de jubilación, nuestro legislador también ha contemplado una modalidad no contributiva, en lo que es sin duda una recta interpretación del artículo 50 CE en relación con el 41 CE, ya que no sólo en ninguno de ellos se establece el carácter contributivo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, sino que, por el contrario, de ambos preceptos cabe deducir que al menos parte de esas prestaciones tendrá un carácter asistencial⁶³. Es obvio que cualquier sistema de Seguridad Social es viable sobre la base de un sistema contributivo que pueda sostenerlo y mantenerlo, pero ello no debe ser óbice para que el propio sistema contenga, en la medida de lo posible y a costa de los más favorecidos por la economía, prestaciones puramente asistenciales para los

61. Se trata, obviamente, de evitar el fraude consistente en un incremento injustificado de la base de cotización en los últimos años de vida laboral, a fin de incrementar indebidamente la pensión. El TS ha entendido al respecto que el fraude no se presume, sino que hay que probarlo (*vid.*, p. ej., STS de 30 de enero de 2001). En todo caso, se exceptúan de la regla los incrementos salariales derivados de aplicar las normas legales y convenios colectivos sobre antigüedad y ascensos reglamentarios de categoría profesional, así como otras retribuciones establecidas con carácter general en las disposiciones en esas normas legales y convenios. Todo ello salvo que dichos incrementos sean decisión unilateral del empresario en el ejercicio de sus facultades de organización de la empresa.

62. Para estos casos véase el art. 162.5 LGSS, art. 11 RDL 2/2003, de 25 de abril, y, entre otras, la STS de 13 de enero de 1995.

63. *Vid.*, en este mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, p. 355.

más menesterosos, pues de lo contrario éstos quedarían situados en una auténtica situación marginal, posiblemente por debajo del mínimo de supervivencia.

El Tribunal Constitucional ya declaró en 1983 que el artículo 41 CE, al poner en relación el sistema de Seguridad Social con las situaciones o estados de necesidad, pretende superar una «primera perspectiva legal donde era prioritaria la noción de riesgo o contingencia» (STC 103/1983, FJ 4)⁶⁴. En línea con esta Sentencia, el Tribunal corroboró con claridad la tesis aquí mantenida en la Sentencia 65/1987: «el mandato contenido en el art. 41 de la Constitución dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias (fundamento jurídico 4º). Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, a tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social, su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad (que habrán de ser precisadas en cada caso) implica que las prestaciones de la Seguridad Social, y entre ellas las pensiones de jubilación, no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual [...]. La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción, remedio o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes, suficiencia que se predica también específicamente de las pensiones (art. 50). Como consecuencia (y aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones) las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa

64. Adviértase que el Texto Refundido de la Seguridad Social de 1974 (Decreto 2065/1974) establecía un sistema basado fundamentalmente en la cobertura de riesgos y contingencias de carácter contributivo, y cómo incluso preveía un ámbito de asistencia social «a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellos dependan» (art. 36).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar, o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento» (FJ 17)⁶⁵.

Con todo, la modalidad asistencial no se contempló hasta la Ley 26/1990 (doce años después de promulgada la Constitución)⁶⁶, y no tuvo realmente regulación y aplicación definitivas hasta la aprobación de la vigente LGSS⁶⁷ en 1994, lo que pone de relieve la dificultad, fundamentalmente económica, de dar satisfacción a prestaciones sociales más allá de una estructura contributiva. En la exposición de motivos de la Ley 26/1990 se habla expresamente de la universalización a todos del derecho («derecho subjetivo» en palabras del legislador), a las pensiones de jubilación, entre otras, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones del nivel contributivo, por la realización de actividades profesionales. De especial interés constitucional resulta que el legislador aluda en esa exposición de motivos a la sintonía que esta universalización supone con las orientaciones que al respecto ya existían en nuestro entorno internacional más cercano, y subraya el principio de solidaridad como fundamento de esta ampliación de la protección social, por lo que la financiación de las prestaciones se realiza a través de aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social.

La protección no contributiva por jubilación se ha concebido dentro de nuestro sistema de Seguridad Social como un nivel suplementario a la protección contributiva. Su finalidad es, por tanto, suplir las necesidades que no cubre la protección contributiva, o, en un más correcto entendimiento del Estado Social y del principio de solidaridad, se trata de una de las medidas que corrigen o compensan el carácter regresivo de los niveles contributi-

65. Esta jurisprudencia ha sido reiterada con posterioridad por el TC (*vid.*, en particular, STC 239/2002, FJ 3).

66. Ley 26/1990, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas. No obstante, ya en 1985 el legislador español anunciaba la necesidad de «establecer en un futuro cercano un nivel contributivo de pensiones a favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad prosecuible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia» (Preámbulo de la Ley 26/1985, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social).

67. La DF 1ª de la Ley 26/1990 autorizaba al Gobierno para, en el plazo de dos años, dictar un Texto Refundido en el que se integraran, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, los distintos textos legales específicos de la Seguridad Social. Posteriormente, las Leyes 22/1992 y 22/993 establecieron sendas prórrogas a aquel plazo, de suerte que la integración, regularización, aclaración y armonización de normas, y en su virtud la regulación y aplicación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas, no se produjo hasta la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

vos de protección social del sistema, sobre todo en momentos en los que, como se ha dicho antes, se han endurecido los requisitos para acceder a una pensión contributiva de jubilación. La financiación de estas pensiones no se vincula pues a la cotización de los beneficiarios, sino a los presupuestos universalistas que se deducen de la interpretación conjunta de los artículos 41 y 50 CE⁶⁸.

La principal prestación no contributiva prevista en nuestro ordenamiento es una pensión económica (arts. 167 a 170 LGSS), cuya cuantía se fija siguiendo los parámetros establecidos al efecto para la pensión no contributiva de invalidez (art. 145 LGSS), y que, en línea con lo ordenado en el artículo 50 CE, ha de ser actualizada periódicamente (art. 52 LGSS). Estamos de nuevo ante una prestación configurada como derecho subjetivo, siempre que se reúnan ciertos requisitos; un derecho subjetivo de ejercicio indefinido pero, a diferencia de la pensión contributiva, no vitalicio, pues la subsistencia de aquellos requisitos es *conditio sine qua non* para que subsista la pensión. Los requisitos que en cuestión causan el derecho a una pensión no contributiva de jubilación son los siguientes: tener la edad igual o superior a los 65 años (67 años de acuerdo con la ley sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social), residencia en territorio nacional, e insuficiencia de recursos. Nuestro ordenamiento ha optado así por un modelo de prestación no contributiva «asistencial», en el que se precisa acreditar la situación de necesidad⁶⁹ y la insuficiencia de medios para cubrirla⁷⁰, frente a un modelo «universal», en el que la prestación se otorga a todos los ciudadanos a partir de una edad, con independencia de su situación económica o laboral. Estamos, en todo caso, ante una prestación universal relativa.

3.1.4. Actualización periódica de las pensiones de jubilación

Si las pensiones han de ser adecuadas y deben garantizar la suficiencia económica de las personas mayores, es lógico que regularmente hayan de actualizarse, pues la habitual subida del coste de la vida las convertiría más pronto que tarde en inadecuadas e insuficientes⁷¹. No obstante, nuestro Tribunal Constitucional entendió que del artículo 50 CE no se deduce «que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones

68. VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 319.

69. Como recuerdan ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA (2000, pp. 589-590), nos encontramos ante el elemento consustancial a la Asistencia Social: la prueba de la situación de necesidad.

70. FERNÁNDEZ ORRICO, 2002, p. 46.

71. En este mismo sentido puede verse GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 944.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual» (STC 134/1987, FJ 5).

En todo caso, la revalorización de las pensiones no sólo es un mandato constitucional contenido en el artículo 50 CE. También es la consecuencia lógica de un sistema de pensiones prioritariamente contributivo, ya que así se consigue la proporcionalidad entre las cantidades percibidas por los beneficiarios y las cuotas pagadas a lo largo de su vida laboral⁷².

El artículo 50 CE no determina el criterio de revalorización periódica, lo que a nuestro juicio es un acierto, pues no es claro que algún criterio asegure la suficiencia económica *per se* y con carácter previo. Corresponde pues al legislador determinar en cada momento los criterios de revalorización de las pensiones⁷³, y hasta la fecha ha sido la subida del coste de la vida la referencia utilizada al efecto. Nuestro Derecho prevé una actualización automática de las pensiones de acuerdo con el Índice de Precios al Consumo.

El artículo 48.1.1 LGSS, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 50 CE, prevé que las pensiones contributivas se revaloricen al comienzo de cada ejercicio de acuerdo con el IPC previsto para el año que comienza. Como consecuencia de la grave crisis económica que padecemos, el Gobierno decidió en 2010, mediante Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, la suspensión para el ejercicio 2011 de lo previsto en el citado artículo 48.1.1, excepto para las pensiones mínimas del sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las pensiones no contributivas.

Se ha planteado la posible inconstitucionalidad de esta «congelación» a través de varios recursos de inconstitucionalidad contra el citado Real Decreto-ley 8/2010, quedando a la espera de ser resueltos por el Tribunal Constitucional. No parece empero que, de acuerdo la doctrina de la citada STC 134/1987, pueda considerarse inconstitucional esta suspensión temporal de la revalorización de las pensiones, y aún más cuando dicha suspensión no afecta a las pensiones mínimas y no contributivas.

La actualización periódica de las pensiones plantea, entre otras cuestiones, la aplicación de un modelo conforme al principio de igualdad en su manifestación formal o jurídica (art. 14 CE) e, incluso, en su manifestación material o sustancial (art. 9.2 CE). El legislador español introdujo a tal fin los principios de progresividad y de solidaridad, de suerte que las pensiones de nivel alto han ido disminuyendo paulatinamente para reducir distancias con las pensiones de niveles más bajos. La técnica utilizada es la fijación de

72. Véase, al respecto, BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1499.

73. *Vid.*, en este mismo sentido, GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 944.

una cuantía legal máxima, de modo que la subida periódica acorde al incremento del índice de precios al consumo sitúa a muchas pensiones de nivel alto por encima de esa cuantía máxima. El fin perseguido ciertamente coadyuva a una mayor igualdad entre los distintos niveles de pensión, pero, en contrapartida, inflige un importante perjuicio a los beneficiarios de las pensiones más altas, en tanto que relativiza el carácter contributivo de sus pensiones⁷⁴, y en cuanto que quedan sometidos a una suerte de doble fiscalidad: pagan impuestos de acuerdo a su capacidad económica (principio de progresividad fiscal, art. 31.1 CE) y cotizan a la Seguridad Social en cuantías proporcionales a sus rentas de trabajo. Esta opción escogida por nuestro legislador ha sido objeto de críticas por algunos autores, arguyendo que se convierte así en imposición lo que debiera ser contribución. Se ha llegado a cuestionar incluso el carácter progresivo de este modelo, afirmando que no respeta el principio de generalidad, ni se atiene a las normas del principio de igualdad en las cargas fiscales, convirtiéndose en «un privilegio al revés», y, por ello, discriminatoria e inconstitucional⁷⁵.

Aun reconociendo el perjuicio que este modelo ocasiona a las rentas y pensiones más altas, creemos, en línea con lo que ya ha sido defendido por el Tribunal Constitucional, que es un sistema enteramente ajustado a la Constitución, y, desde luego, útil para dar cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad. La constitucionalidad del sistema viene dada por una concepción asistencial (más allá de la meramente contributiva) de sistema general de Seguridad Social⁷⁶.

En la Sentencia 100/1990, el Tribunal declara constitucional la limitación de las pensiones más elevadas y la actualización de las más bajas, apelando a los artículos 1.1 y 40.1 CE (distribución de la renta personal más equitativa), y al principio de solidaridad: «una de cuyas exigencias esenciales es, precisamente [tal como se dijera en la misma STC 134/1987, FJ 5], el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios), llevan a la conclusión de que la regla del legislador foral, plasmada en el cuestionado art. 12.a), en cuya virtud se limitan durante el ejercicio de 1985 las pensiones de cuantía más elevada, a la vez que se mantienen y actualizan las de cuantía más baja, dados los limitados y escasos recursos que a tal fin pueden dedicarse, no puede en manera alguna considerarse,

74. BORRAJO DACRUZ, 1991, p. 1499.

75. *Ibidem*, pp. 1499-1501.

76. En esta línea puede verse VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE y QUESADA SEGURA, 2005, p. 190.

siempre desde esta perspectiva concreta, contraria al art. 50 de la Constitución»⁷⁷.

Interesa añadir, finalmente, que a pesar de los mecanismos de actualización de pensiones, en muchos casos no se logra asegurar a los pensionistas cuantías similares a sus niveles de renta durante la vida activa, razón por la cual el propio Pacto de Toledo, y tras él el Acuerdo de Pensiones de 2001, fomentaron los llamados Planes y Fondos de Pensiones, en tanto que fórmula privada (al margen de la Seguridad Social) por la que los beneficiarios, previa la correspondiente contribución, adquieren el derecho a percibir cantidades económicas ante la contingencia de la jubilación. Esta realidad, arbitrada al margen de la Constitución, y que no se encuentra al alcance de todos ciudadanos, no hace sino denotar que el legislador no está cumpliendo como debiera el mandato del artículo 50 CE, trascendente como pocos para asegurar la necesaria cohesión social.

3.1.5. ¿Es nuestro sistema de pensiones de jubilación una conquista social irreversible?

Es pertinente preguntarnos si la existencia de un sistema de pensiones, y su actual desarrollo, pueden considerarse una conquista social irreversible, de suerte que cualquier retroceso al respecto, si no está suficientemente justificado, debería situarse fuera de la Constitución. La exigencia de razón suficiente fue utilizada en su momento por el Tribunal Constitucional, declarando, si bien no en relación a las pensiones de jubilación, «que no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas»⁷⁸. Nuestro más alto Tribunal parece permitir así que las denominadas conquistas sociales puedan sufrir cierta reversibilidad, pero, eso sí, siempre que esté justificada (rigurosamente justificada me atrevería a añadir) por la coyuntura económica de cada momento histórico. Esto mismo cabría deducir cuando el Tribunal, ya en relación con las pensiones, afirma que ni del artículo 41 CE, ni del artículo 50 CE, se deduce «que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual»⁷⁹.

Lo que no sería admisible, bajo concepto alguno, es cualquier recorte o supresión arbitrarios o irrazonables de conquistas sociales. En una línea parecida se han situado algunos autores que, como ESCOBAR ROCA, entienden que

77. STC 100/1990, FJ 2.

78. STC 81/1982, FJ 3.

79. STC 134/1987 FJ 5.

el «denominado principio de irreversibilidad de las conquistas sociales (según el cual la inclusión por el legislador de determinadas prestaciones en el contenido de un derecho impediría su supresión por el legislador futuro), sólo vale cuando lo que está en juego es el contenido mínimo o constitucional del derecho, no su contenido adicional»⁸⁰. En el ámbito de las Declaraciones Internacionales de Derechos, puede traerse a colación la OG 3, del Comité DESC, de acuerdo con la cual «toda medida deliberadamente regresiva [...] exigirá la más cuidadosa consideración y necesitaría ser plenamente justificada en referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del uso pleno del máximo de recursos disponibles».

3.2. EL DERECHO A UN SISTEMA DE SERVICIOS SOCIALES

3.2.1. El sistema de servicios sociales para las personas mayores establecido por la legislación autonómica

Además de garantizar la suficiencia económica de las personas de la tercera edad, el artículo 50 CE ordena a los poderes públicos promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Un mandato, este último, que bien puede considerarse como una obligación complementaria⁸¹. La promoción por los poderes públicos de estos servicios sociales debe realizarse con independencia de las obligaciones familiares que puedan existir en relación al cuidado y atención de la vejez, por lo que la asistencia procurada en el entorno familiar no debiera utilizarse como argumento para demorar la creación de tales servicios o para justificar su parvedad. Sí podría admitirse, empero, que los poderes públicos destinaran más recursos (en tanto que éstos son siempre limitados) a aquellos servicios que satisfagan necesidades que, por su naturaleza y características, no puedan ser satisfechas o resulten de difícil satisfacción por la familia.

Salud, vivienda, cultura y ocio son las necesidades específicas de la vejez expresadas en el artículo 50 CE. Estamos ante una enumeración que no puede interpretarse con carácter exhaustivo, por lo que cabría incluir otras necesidades y, por tanto, otras prestaciones. Asimismo, los servicios derivados

80. *Vid.* ESCOBAR ROCA, 2005, p. 61. Sobre el principio de irreversibilidad podemos encontrar posiciones doctrinales que llegan a equiparar, incluso, la expectativa de prestaciones sociales generadas a lo largo del tiempo con el derecho de propiedad, de suerte que una eventual reducción o supresión de esas prestaciones generaría una indemnización parecida a la que se producen con la expropiación forzosa de una propiedad; en este sentido, NEDELSKY, 1988, pp. 241 y ss.

81. En sentido similar puede verse GÁLVEZ MONTES, 2001, p. 944.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

del artículo 50 CE no tienen, necesariamente, que ser creados *ex profeso* para satisfacer las necesidades indicadas, sino que es admisible, y en ocasiones obligado desde un punto de vista presupuestario, que esos servicios estén integrados dentro de un sistema general de servicios sociales organizado para el conjunto de la ciudadanía. En todo caso, el cumplimiento del artículo 50 CE sí requiere que dentro de esos servicios se prevean prestaciones dirigidas a las necesidades específicas de la vejez. Así, por ejemplo, en materia de salud no es necesario que se establezcan servicios sanitarios organizados exclusivamente para tales personas, pero sí que los existentes con carácter general estén dotados de una medicina especializada en sus concretos problemas de salud, con atención tanto preventiva como recuperadora.

La salud es posiblemente el problema más importante de los que afectan a las personas de la tercera edad, pero ciertamente puede afirmarse que dicho problema es razonablemente atendido a través de los servicios de salud existentes con carácter general para todos los ciudadanos, estudiados en otro capítulo de esta obra (*supra*, IX). Cosa distinta sucede con el problema de la vivienda. Existe una opinión mayoritaria a favor de la permanencia de los mayores en el hogar donde han venido viviendo, entendiendo que esta opción es la solución óptima desde puntos de vista tan dispares como el afectivo o el económico. Sin embargo, esta posibilidad no es siempre factible o, simplemente, no siempre es la más óptima⁸², por lo que los poderes públicos deben facilitar el alojamiento de los mayores en viviendas o residencias destinadas a ellos. En este orden, la disposición septuagésima adicional sexta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre (LPGE para 2006), estableció ayudas destinadas al alquiler por personas mayores de 70 años perceptoras de pensiones no contributivas con escasas posibilidades económicas: «El Gobierno, en el primer semestre de 2006 arbitrará las medidas necesarias para hacer frente a esta situación mediante ayudas destinadas al alquiler y otros gastos derivados de la vivienda en convenio o acuerdo con las Comunidades Autónomas. Todo ello una vez que disponga de las conclusiones del estudio que el Congreso acordó que realizara con las Comunidades Autónomas respecto de la situación de pobreza que puede generar la situación de personas mayores de setenta años que viven solas, sin recursos patrimoniales y perceptoras de ingresos inferiores a cuatrocientos euros mensuales».

En materia de vivienda es opinión común la necesidad de procurar que las personas ancianas no queden desarraigadas de su contexto social. Es por ello que la alternativa de las residencias de mayores ha de reservarse sólo

82. La mujer sigue siendo quien soporta el mayor peso en el cuidado de mayores dentro del hogar familiar, lo cual se compatibiliza mal con la incorporación de ésta (objetivo prioritario) al mercado de trabajo.

para aquellas personas que no puedan o no quieran vivir en su vivienda habitual, y en todo caso deben escogerse residencias que no comporten un excesivo alejamiento del contexto social y familiar del anciano⁸³.

Otros servicios que pueden calificarse como necesarios para lograr el bienestar de las personas mayores son los de ayuda social en el hogar, creación de centros culturales y de ocio para jubilados, organización y financiación (siquiera en parte) de viajes y excursiones, estancias en balnearios, etc. Los artículos 38.1.e) y 38.2 LGSS prevén, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, servicios sociales y asistencia social para los mayores. Bajo esta premisa, y en el marco de esta legislación estatal de Seguridad Social, se han previsto fundamentalmente cuatro tipos de Servicios Sociales a favor de los mayores: Centros residenciales y no residenciales, que en la actualidad son gestionados por las CC AA; Servicios de ayuda a domicilio; Termalismo social; y Programas de vacaciones para la tercera edad.

No obstante, hay que subrayar que gran parte de esa legislación estatal no ha sido objeto del suficiente desarrollo y, sobre todo, de la necesaria dotación presupuestaria⁸⁴. Además, téngase en cuenta que, en tanto que servicios sociales y asistencia social, existe una concurrencia competencial del Estado y las CC AA, arrojando como resultado una subsiguiente concurrencia de las legislaciones estatal y autonómica, si bien la primera se encuentra hoy estancada y poco operativa, mientras que todo lo contrario le ocurre a la legislación autonómica.

3.2.2. Los servicios y prestaciones para mayores previstos en la Ley de Dependencia

A finales del año 2005, Gobierno, sindicatos y empresarios alcanzaron un gran acuerdo para la puesta en marcha de un Sistema Nacional de Dependencia a través de una ley que había de tener la condición de norma básica.

83. Como se hace constar en los sucesivos informes del Defensor del Pueblo, las deficiencias formales y estructurales de los centros sociales (por falta de higiene, falta de personal, inadecuación de la asistencia sanitaria) son, en ocasiones, objeto de las quejas de los ciudadanos que se dirigen a la institución. De todas formas, durante el año al que se refiere el informe de 2008 se ha apreciado una disminución de las quejas de ciudadanos en las que se hace referencia a su pretensión de ingresar en una residencia de la tercera edad. La reorganización de los servicios sociales en algunas Comunidades Autónomas a partir de la entrada en vigor de la LD, ha desplazado parte de dichas demandas hacia la valoración y reconocimiento de las prestaciones contempladas en esta ley.

84. Hecho que, en opinión de algunos autores, supone un claro incumplimiento de los mandatos constitucionales; véase al respecto VIDA SORIA, MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE Y QUESADA SEGURA, 2005, p. 426.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

La plasmación legal de aquel acuerdo fue la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LD).

La Ley de Dependencia, de cuyo estudio exhaustivo se ocupan otros capítulos de esta obra (*supra*, XII y XIII), implanta un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que puede calificarse de avance fundamental en nuestro Estado Social. Estamos ante una modalidad que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social.

Es claro que los mayores constituyen un sector poblacional con especial riesgo de caer en situación de dependencia. El mayor porcentaje de personas dependientes se sitúa, precisamente, entre los mayores de 65 años, pues es a partir de esa edad cuando más puede aflorar enfermedades como la demencia senil, el alzheimer, la osteoporosis, etc., causantes de muchos de los casos de dependencia.

La singular afectación de la Ley de Dependencia a los mayores queda patente por doquier a lo largo de todo el texto legislativo. Así, ya en la Exposición de Motivos se alude al «importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7 % de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6 %). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento", es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años».

Constata así el legislador una realidad demográfica que, entre otros resultados, supone un aumento notable de la situación de dependencia. La propia exposición de motivos avala este hecho afirmando que diversos estudios muestran que más del 32 % de las personas mayores de 65 años tienen algún tipo de discapacidad, porcentaje que, sin embargo, baja al 5 % entre las personas menores de esa edad.

Partiendo de esta realidad, no son de extrañar las numerosas alusiones a las personas mayores contenidas en la Ley. Así, la importancia que el artículo 41 de la Ley otorga al Consejo Estatal de Personas Mayores⁸⁵, que, a su vez, ha de coordinarse con Consejos Autonómicos o Regionales de Personas Mayores ya existentes⁸⁶. Igualmente, a la hora de establecer un catálogo de servicios, el artículo 15 de la Ley habla de servicios específicos para personas

85. Creado por el RD 117/2005. Sobre la composición y funciones del Consejo Estatal de las Personas Mayores véase, p. ej., ROQUETA BUJ, 2007, pp. 112 y ss.

86. P. ej., el Consejo Andaluz de Mayores (creado por el Decreto 277/1995), o el Consejo Regional de Personas Mayores de Cantabria (creado por el Decreto 49/2003).

mayores (Centro de Día para mayores y Residencia de personas mayores en situación de dependencia)⁸⁷. Significativo es también que entre los servicios y medidas para prevenir las situaciones de dependencia se aluda, en el artículo 21, a programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores; o que en ese mismo precepto, y con igual fin preventivo, se exija al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia la fijación de criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las CC AA, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores.

87. En relación a estos servicios puede verse NORES TORRES, 2007, pp. 400 y ss.

Capítulo XVIII

Inmigrantes*

Los inmigrantes conforman un colectivo digno de especial atención en este texto por dos razones. Primero porque la inmigración, a pesar de la crisis económica, constituye el principal factor de aumento demográfico no sólo en España, sino en toda la Unión Europea, registrándose en la mayor parte de los países que la integran una inmigración neta positiva¹. Es decir los extranjeros suponen un segmento de población numéricamente considerable. Y segundo porque la población inmigrante manifiesta una clara tendencia a la estabilización. Es decir, muy al contrario de lo que se creyó en países como Alemania cuando comenzaron a recibir masivas olas migratorias, los inmigrantes no vienen para entregar su fuerza de trabajo y marcharse después a las depauperadas naciones de las que salieron. Los inmigrantes se quedan, en un momento dado deciden traerse a las familias que permanecían en sus lugares de origen o formar familias nuevas en los lugares de destino, y en esas circunstancias, solos o con sus familiares se ven inmersos

* Por Itziar GÓMEZ FERNÁNDEZ. Algunas de las consideraciones que aquí se realizan en torno a la integración social de los inmigrantes, son producto de proyectos de investigación anteriores, especialmente de las actividades realizadas por un lado en el seno del Proyecto I+D «Estatuto jurídico y derechos de los inmigrantes» (SEJ 2005-05368), del Institut de Dret Public de la Universitat de Barcelona (dirigido por Eliseo AJA), y por otro en colaboración con la Universidad de Burgos, en el seno del Convenio (art. 83 LOU) para la elaboración de un Informe Jurídico relativo a la elaboración de una Ley autonómica en materia de derechos sociales de los inmigrantes en Castilla y León (dirigido por Camino VIDAL FUELLO).

1. Así se describe en el *Tercer informe anual sobre inmigración e integración. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones*, Bruselas, 11 de septiembre de 2007, COM (2007) 512 Final. Este informe sigue a otros dos, en los que se verifican idéntica circunstancia, publicados en julio de 2004 (primer informe COM [2004] 508 y en junio de 2006, segundo informe SEC [2006] 892). Estos datos vienen a ser confirmados por las estadísticas de Eurostat sobre población y condiciones sociales del año 2009 (VASILEVA, 2009) y del año 2010 (Demography Report Comission Staff Working Document, 2010).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en un proceso vital que hemos dado en llamar integración, como una suerte de trasunto entre la clásica idea de cohesión social y el nuevo fenómeno migratorio.

Pues bien, este numeroso grupo de población que, por regla general, pretende encontrar cabida en nuestra sociedad, se convierte en un grupo digno de especial interés si de realizar una reflexión sobre los derechos sociales se trata, porque resulta ser un grupo en riesgo de exclusión social no sólo por su origen nacional sino también, y fundamentalmente, por su situación socioeconómica. Partiendo de esta premisa, su acceso a los derechos sociales se va a convertir en caballo de batalla tanto de quienes trabajan por su integración, como los detractores de la misma.

De hecho, la idea de integración, de contenido incierto, alcance indeterminado², y naturaleza bidireccional³, que podría definirse como el fenómeno de acomodación del extranjero a la sociedad de acogida y de la sociedad de acogida al extranjero, va a ser el eje sobre el cual se articulen las reflexiones siguientes. Y es que en este proceso el derecho al trabajo es clave, puesto que el objetivo fundamental de la inmigración laboral es encontrar un puesto de trabajo que permita desarrollar el proyecto migratorio (enviar remesas al país de origen, salir de la situación de precariedad económica en la que se inicia la aventura migratoria, mejorar la situación socioeconómica que el inmigrante vivía en su país de origen, etc.), y lo son del mismo modo el derecho a la educación, el derecho de acceso a la atención sanitaria y a una vivienda digna, la promoción de la igualdad de oportunidades, el diálogo intercultural, etc., todos ellos derechos que constituyen el objeto principal de esta obra.

Ahora bien, para que la integración real sea posible, partimos de la tesis de que es necesaria la mayor identificación jurídica (y fáctica) posible entre nacional y extranjero en lo que hace al disfrute de los derechos (civiles, pero

2. Según CARRERA I COMES (2004), la integración se puede definir de dos modos, o bien como el proceso de adaptación de una persona extranjera en el seno de una comunidad, con la que tiene voluntad de convivir en armonía, o bien como el proceso mediante el cual la sociedad de acogida asegura su cohesión social, uniendo a todos los ciudadanos (extranjeros o no) alrededor de valores y principios compartidos y respetados por todos.
3. En los *Principios básicos comunes sobre integración*, aprobados por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la Unión Europea en Bruselas, el 19 de noviembre de 2004, se dice que «la integración tiene lugar simultáneamente a escala de los individuos, de las familias, de la comunidad en general y del Estado, y se plasma en todas las facetas de la vida: de hecho, la integración puede abarcar fácilmente una generación o más. Por consiguiente, para tener éxito, la política de integración debe comprometer a las instituciones locales, regionales y nacionales con las que interactúan los inmigrantes, tanto en el ámbito privado como en el público».

también económicos, sociales, culturales y ¿por qué no? políticos). Quizá no podamos hablar de identidad total, por razones que iremos desgranando en las siguientes páginas, pero sí de tendencia a la identificación. Ahora bien, ello encuentra, en el ordenamiento español, dos obstáculos de compleja superación. El primero se refiere a la titularidad de los derechos fundamentales diseñada en nuestra Constitución, y el segundo al complejo sistema de reparto de competencias establecido entre Estado y Comunidades Autónomas por lo que hace a la materia migratoria.

Como veremos a lo largo de estas páginas la Constitución Española de 1978 no establece la igualdad absoluta entre españoles y extranjeros en lo que hace a la titularidad de los derechos fundamentales de manera expresa, y la jurisprudencia constitucional tampoco ha fijado esa igualdad. Por tanto se admite por el máximo intérprete de la Constitución que los inmigrantes pueden ver modulado el ejercicio de sus derechos fundamentales por la acción del legislador. Esa modulación puede moverse en una horquilla establecida entre la negación total de algunos derechos y la proclamación de la igualdad «prácticamente» absoluta entre españoles y extranjeros. De hecho esa horquilla se ha ido cerrando a lo largo de los treinta años de vigencia de la Constitución nacional por la acción de dos leyes fundamentales en materia de extranjería (la LO 7/1985, sobre «derechos y libertades de los extranjeros en España» y la LO 4/2000, sobre «derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social») y de la exégesis del texto de la Norma Fundamental realizada por el Tribunal Constitucional.

Por su parte el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas dificulta la elaboración de una política común de integración social de los inmigrantes, constatación que no lleva implícita una valoración sobre las ventajas o inconvenientes de tal política común. La razón deriva de la compleja interpretación dada al artículo 149.1.2 CE, que concede al Estado en exclusiva las competencias sobre «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo». Esta competencia, eminentemente transversal, fue dividida por la doctrina⁴ en dos bloques materiales. Por un lado se situó el control de fronteras, la definición del estatuto jurídico del inmigrante, y el régimen de nacionalidad, asilo y refugio. Todo ello sería competencia estatal. Por otro lado el ámbito denominado «integración social de los inmigrantes» sería competencia de las Comunidades Autónomas, quienes la ejercen con ayuda y colaboración de los municipios. Esto significa que el Estado podrá aprobar leyes de extranjería en las que se hable del disfrute de los derechos (sociales), por parte de los no nacionales, pero significa también

4. Se detiene particularmente en esta construcción MONTILLA MARTOS, 2006, pp. 23-75.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que tales previsiones estatales estarán a expensas de lo que las CC AA establezcan en la normativa de desarrollo y en el momento de la ejecución de sus propias políticas de integración, pudiendo eventualmente como mecanismo de integración, mejorar las condiciones de acceso de los inmigrantes a determinadas prestaciones o derechos sociales. A una conclusión tal permitiría llegar la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de regulación autonómica de los derechos y libertades públicas. Dice el TC en la STC 247/2007, en que se resolvía la constitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana: «Por tanto, según hemos avanzado, alcanzamos ya una primera conclusión: el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada».

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

Las Constituciones históricas españolas no han tratado, como no lo hace la actual en sentido estricto, la cuestión de la integración de los inmigrantes en la sociedad española. En cualquier caso todas ellas han hecho referencia a la adquisición de la nacionalidad o a los derechos de que gozaban (mejor dicho «de que no gozaban») los extranjeros.

La Constitución de 1812 establece una triple «calidad» de residentes en el país: españoles, extranjeros y ciudadanos. Esta última, que representa la categoría jurídica con plenitud de derechos de todo orden, es la más interesante porque no se volverá a encontrar en otros textos constitucionales patrios, quizás porque bebe directamente de las ideas republicanas francesas nunca bien asumidas por nuestro ordenamiento. En lo que nos ocupa los artículos 19 y 21 CE establecen que serán también ciudadanos los extranjeros que «gozando ya de los derechos del español, obtuviere(n) de las Cortes carta especial de ciudadano(s)» y los «hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas, que habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo veintiún años cumplidos, se hayan vecindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él alguna profesión, oficio o industria útil» (art. 21). Ahora bien, «para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta, deberá estar casado con española, y haber traído o fijado en las Españas alguna invención

o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa, o estableciéndose en el comercio con un capital propio o considerable a juicio de las mismas Cortes, o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación» (art. 20). En cualquier caso, goce o no de la condición de ciudadano, un extranjero no podrá bajo ningún concepto ser elegido Diputado de Cortes (artículo 96), Regente de designación parlamentaria (art. 193) Secretario de Despacho (es decir Ministro, art. 222), o Consejero de Estado (art. 231).

Por su parte las Constituciones de 1837 y de 1845, mucho más restrictivas todavía, excluyen a los extranjeros del ejercicio de cualquier derecho constitucionalmente reconocido, en la medida en que asocia el disfrute de los mismos a la condición de ser español (arts. 1 a 11 de ambos textos constitucionales).

La «gloriosa» Constitución de 1869 se muestra un tanto más expansiva en lo que hace a los derechos de los extranjeros, reconociendo expresamente que los mismos gozan de los derechos a la inviolabilidad del domicilio (art. 5) y a la libertad religiosa (art. 21) y que no podrán ser detenidos ni presos sino por causa de delito (art. 2) y con la protección que otorgan todas las garantías de la detención (art. 3). Junto a ello se reconoce la titularidad general (es decir no restringida a los españoles y expresada por tanto mediante fórmulas lingüísticas genéricas como «todos», «nadie», «se reconoce») del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 7) y a la propiedad (art. 13), y de la garantía de *habeas corpus* (art. 12). Por el contrario quedan reservados en exclusiva a los españoles los derechos a no ser compelido a mudar de domicilio o residencia (art. 6), a gozar del juez predeterminado por la ley (art. 11), al sufragio (art. 16), a la libre expresión, reunión, asociación y petición (art. 17), al establecimiento de centros de enseñanza (art. 24) y al desempeño de cargos y funciones públicas (art. 27). Pero sin duda el artículo más interesante de los relativos al régimen constitucional de extranjería es el 25, que reconoce que «todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria, o dedicarse a cualquiera profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las Autoridades españolas». Es decir, se reconoce una libertad de entrada y establecimiento relativamente amplia.

En el mismo sentido se pronunciará, siete años más tarde, la Constitución de 1876 en su artículo 2, añadiendo, en tono más restrictivo, que «los que no estuvieren naturalizados, no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción». Y a esta restricción se suma una más que tiene que ver con las manifestaciones religiosas públicas que no correspondan con la religión de Estado (la católica, apostólica, romana reco-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nocida en el art. 11). A pesar de que esta previsión no se dirige específicamente a los extranjeros, es altamente probable que fueran ellos los destinatarios mayoritarios en la práctica. Junto a lo anterior se incluye, por primera vez en un texto constitucional, el derecho a la elección de profesión como un derecho de «todos» y por tanto también de los extranjeros (art. 12).

Analizado este *iter*, es posible reconocer sin duda que la Constitución más igualitaria en lo que hace al tratamiento de nacionales y extranjeros es la Constitución de 1931, que supera incluso la posición de nuestra actual Carta Magna. Y es que el texto republicano introducía las siguientes novedades en materia de extranjería:

- La concesión de la nacionalidad española por la regla del *ius soli* a quienes nacieran en España de padres extranjeros, siempre que optasen por la nacionalidad española en la forma que las leyes determinasen (art. 23.2°).
- La adquisición de la condición de españoles para los que, sin tener carta de naturaleza, hubieran ganado la vecindad en cualquier pueblo de la República, en los términos y condiciones que prescribieran las leyes (art. 23.4°).
- La posibilidad para las mujeres extranjeras de conservar su nacionalidad de origen después del matrimonio con un español (art. 23).
- El reconocimiento del derecho a emigrar o inmigrar sin más limitaciones que las que la ley estableciera (art. 31).
- El sometimiento al principio de legalidad de la expulsión de extranjeros del territorio español (art. 31).

A partir de ahí, se proclaman los derechos de los españoles. Teniendo en cuenta que cualquier residente adquiere la condición de español a efectos constitucionales, en realidad todos los derechos se proclaman respecto de todos los que tengan esta condición.

Ahora bien este régimen jurídico se modifica radicalmente durante el franquismo⁵. El Fuero del Trabajo, de 9 de marzo de 1938, no contempla en ningún momento al trabajador extranjero, aunque sí se refiere a la obligación del Estado de dictar «las oportunas medidas de protección del trabajo nacional en nuestro territorio» y de cuidarse de amparar la situación profesional de los españoles residentes en el extranjero «mediante Tratados de

5. Antes de ello, el Gobierno Republicano aún tendría tiempo de aprobar el Decreto de 8 de septiembre de 1932, sobre trabajadores extranjeros (Gaceta de 10 de septiembre de 1932), y el Decreto de 29 de agosto de 1935, colocación obrera de trabajadores extranjeros (Gaceta de 31 de agosto de 1935).

trabajo con otras Potencias» (XIV). En la misma línea el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945 se refiere exclusivamente a los derechos de los españoles, sin la menor referencia a la titularidad por parte de los no nacionales de estos mismos u otros derechos. Por eso es preciso acudir a normas de rango infralegal para conocer algunos elementos puntuales del régimen de extranjería durante este período histórico, como por ejemplo lo relativo a las relaciones de trabajo y a las condiciones de establecimiento de extranjeros. La normativa sobre esta cuestión es prolija y está dispersa en distintas disposiciones aprobadas entre 1944 y 1965 que el Decreto 1870/1968 de 27 de julio⁶ refundirá, regulando el empleo, el régimen de trabajo y el establecimiento de los extranjeros en España con la intención clara (y expresa en la exposición de motivos de la norma) de preservar a los españoles de una competencia externa que pudiera «entorpecer la eficacia práctica de la acción del Estado en materia de formación y promoción profesional» y por tanto con una vocación restrictiva⁷. Además en este período se establece un régimen especial para la comunidad iberoamericana y filipina. En esta línea se pueden citar la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, de Igualdad de Derechos Sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana Filipina de Empleados del Territorio Nacional⁸; y la Orden Ministerial de 15 de enero de 1970, por la que se exime a los Iberoamericanos y Filipinos de la obligación de proveerse del permiso de trabajo⁹.

Vocación que se va a reflejar también en el texto constitucional de 1978¹⁰ y en la primera ley de extranjería de la democracia, que en el año 1985 vendrá a sustituir las previsiones del Decreto de 1968.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. El proceso constituyente

La participación política de los extranjeros en España. Ése fue el caballo de batalla de la discusión parlamentaria del actual artículo 13 de la Constitución, que era el duodécimo del Anteproyecto de Constitución que presentara

6. BOE de 14 de agosto de 1968.

7. A esta disposición se unirá posteriormente el Decreto 522/74, de régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español (BOE de 27 de febrero de 1974).

8. BOE de 31 de diciembre de 1969.

9. BOE de 26 de enero de 1970.

10. Y poco antes de su aprobación en el texto del Decreto 1874/78, sobre concesión y renovación de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia (BOE de 10 de agosto de 1978).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la Ponencia¹¹, y la misma cuestión será la que provoque la única reforma constitucional del texto de 1978. Pero vayamos por partes.

El texto que la Ponencia propuso para regular el estatuto jurídico del extranjero establecía que «la condición jurídica del extranjero se regula por la ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad» y teniendo en cuenta que «solamente los españoles serán titulares de derechos políticos». El mismo precepto establecía que los extranjeros residentes en España gozarían de las libertades públicas contenidas en el Título I, en los términos establecidos por la ley. Por último este precepto hacía referencia a las instituciones de la extradición y el asilo.

Frente al texto propuesto los grupos parlamentarios Socialista, Socialista de Cataluña y Comunista presentan tres enmiendas (n^{os} 20, 224 y 695) y varios votos particulares que, con matices, van en el mismo sentido: eliminar las restricciones que, respecto del ejercicio de los derechos políticos, se imponen a los extranjeros y ello con el respaldo de argumentos de derecho comparado pero, sobre todo, de una idea de plena integración del extranjero que trabaja y vive regularmente en España, en la sociedad que le acoge. A pesar de los intensos debates al respecto las enmiendas son rechazadas, y la principal modificación de fondo que sufre el texto de la ponencia, a resultas de una enmienda *in voce* del grupo parlamentario Socialista del Congreso, tiene que ver con la eliminación del término «residentes» del apartado 2 del artículo 12. Es decir, en el Dictamen de la Comisión Constitucional del Congreso¹² no se limita a los extranjeros residentes (*ergo* «legales») el eventual disfrute de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución, sino que se extiende tal disfrute a todos los ciudadanos no nacionales. A partir de este Dictamen, la discusión habida en el Pleno del Congreso reproduce casi de forma idéntica los términos de la discusión en Comisión. De nuevo los socialistas y los socialistas catalanes procuran la supresión de la mención que excluye a los extranjeros del goce de los derechos políticos y de nuevo fracasan en su intento¹³, que, sin embargo, es acogida en la discusión en la Comisión competente del Senado¹⁴ tras la reiteración de enmiendas en este sentido (n^{os} 13 y 1044¹⁵). Además, al texto aprobado

11. *BOCG* de 3 de enero de 1978. El informe de la Ponencia respondiendo a las primeras observaciones y votos particulares se publicará en el *BOCG* de 17 de abril de 1978.

12. *BOCG* de 1 de junio de 1978.

13. Véase el Dictamen del Pleno del Congreso de los Diputados sobre el Proyecto de Constitución, publicado en el *BOCG* de 24 de junio de 1978.

14. Así puede leerse en el Dictamen de la Comisión del Senado (*BOCG* de 6 de octubre de 1978) y en el Dictamen del Pleno del Senado (*BOCG* de 13 de octubre de 1978).

15. La enmienda del Grupo Socialista en el Senado era menos ambiciosa que la de sus compañeros del Congreso y admitía la posibilidad de introducir limitaciones a la participación de los extranjeros en las elecciones al Congreso y al Senado, de modo que quedase garantizada, al menos, su participación en las elecciones municipales.

por la Comisión senatorial, por 13 votos a favor frente a 12 abstenciones¹⁶, funde los antiguos apartados 1 y 2 del artículo 12 y le dará el (actual) número 13, siendo su dicción literal la siguiente: (art. 13.1 CE:) «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley reguladora de su condición jurídica». Este mismo texto resulta aprobado por el Pleno del Senado, debiendo pues esperarse al texto elaborado por la Comisión Mixta¹⁷ para obtener la definitiva redacción del precepto que introduce de nuevo limitaciones al derecho de participación política de los extranjeros, pero, tal y como propuso en un momento de la discusión en la Comisión del Senado el grupo parlamentario Socialista, dejando la puerta abierta a la posibilidad de que los mismos disfruten del derecho de sufragio activo (derecho a votar, pero no derecho a ser elegido) en las elecciones municipales, siempre dentro de las condiciones que fijan los tratados y la ley.

Así, el texto constitucional definitivamente aprobado por las Cortes Generales y posteriormente por el pueblo español en referéndum establece que: «1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales».

Ahora bien, el texto anterior será modificado como consecuencia del proceso de ratificación del Tratado de la Unión Europea. Y es que, en dicho proceso, se suscitaron dudas sobre la compatibilidad entre el artículo 8.B.1 del Tratado de Maastrich, y el apartado 2 del artículo 13 CE, ya que el primero reconocía el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la Unión independientemente de su país de residencia, mientras que el texto constitucional español tan sólo abría la posibilidad, como hemos visto, de conceder el derecho de sufragio activo a los ciudadanos no nacionales residentes en España. Ante esta «aparente» contradicción el Gobierno planteó sus dudas sobre la constitucionalidad del Tratado al Tribunal Constitucional en un proceso de control previo de tratados internacionales (arts. 95 CE y 78 LOTC), dudas que el Tribunal resolvió en la Declaración de 1 de julio de 1992, poniendo de manifiesto la incompatibilidad «real» entre las normas sometidas a examen, y la consiguiente necesidad de modificar la Constitución en este punto antes de proceder a la ratifi-

16. Este resultado lo es de una segunda votación, puesto que en la primera se había dado un empate técnico: 12 votos a favor de la enmienda, 12 votos en contra y 1 abstención.

17. *BOCG* de 28 de octubre de 1978.

cación del tratado de la Unión, si se optaba por ratificar el mismo en la versión sometida a examen de constitucionalidad.

En la medida en que la opción fue, efectivamente, ratificar el Tratado de Maastricht en los términos en que se había firmado, fue preciso reformar el artículo 13.2 CE. Así, la reforma constitucional de 27 de agosto de 1992¹⁸ vendría a añadir la expresión «y pasivo» al apartado segundo del artículo 13, ampliando de este modo el derecho de sufragio de los extranjeros que podrán ser, desde ese momento, electores y elegibles en las elecciones municipales, siempre que exista un tratado internacional o una ley que den cobertura al ejercicio de tal derecho, lo cual sucede, evidentemente, en el caso de los ciudadanos comunitarios.

1.2.2. Las normas constitucionales referidas a los extranjeros

Tras la descripción anterior puede asegurarse que la Constitución Española define el régimen del extranjero, *a priori*, como un régimen basado en la desigualdad formal con el nacional.

De entrada se limita, por decisión del constituyente, el derecho de participación política de los extranjeros, que nunca podrán votar, ni ser candidatos, en las elecciones nacionales o autonómicas¹⁹, salvo que se naturalicen previamente (art. 13.2 CE).

En segundo lugar, el artículo 14 CE contempla un principio de igualdad y no discriminación por distintas razones (raza, sexo, religión, opinión, etc.) que parecería no ser de aplicación en un parámetro comparativo que colocase de un lado a los españoles y de otro a los extranjeros. Es decir, de este precepto no cabe derivar un derecho de los extranjeros a ser tratados en términos idénticos a los españoles, y eso porque una interpretación literal del precepto no cabe albergar dudas. El artículo 14 dice textualmente «los españoles son iguales ante la ley».

Por último, aunque quizá sea ésta la característica más relevante en la

18. BOE de 28 de agosto de 1992.

19. Como tampoco podrán acceder a determinadas funciones y cargos públicos en la condición funcionarial, dimensión ésta de la participación pública también contenida, como el derecho de sufragio, en el art. 23 CE. En el art. 56 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público se dice que para poder acceder a la función pública (art. 23.2 CE) es preciso, entre otras cosas, poseer la nacionalidad española, excepción hecha –fundamentalmente– de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, o sus cónyuges, o los cónyuges de ciudadanos españoles que en cualquier caso tampoco podrán ostentar cargos o funciones que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

configuración del estatuto jurídico del extranjero, se cede al legislador la responsabilidad de regular el régimen de ejercicio de los derechos de los no nacionales (art. 13.1 CE). Y si bien, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en varias ocasiones, ello no relega la caracterización de los derechos de los extranjeros a la categoría de derechos subjetivos, manteniéndose siempre aquéllos dentro de los márgenes de lo que definimos como derechos fundamentales, no es menos cierto que el margen del legislador en el caso de que se trate de regular los derechos de los foráneos parece ser más amplio que el que debe orientar RE cuando hace lo propio con los derechos de los autóctonos. Apariencia ésta que confirma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Y es que nuestro Alto Tribunal ha tenido un buen número de oportunidades para pronunciarse sobre el alcance del precepto constitucional al que nos venimos refiriendo²⁰ y ha establecido que la regulación que contiene no supone una desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros sino, sencillamente, el reconocimiento de que las libertades públicas a las que alude el artículo 13.1 CE se reconocerán a los extranjeros con arreglo a su configuración legal (por todas SSTC 99/1985 y 130/1995). Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional reconoce que el legislador está legitimado constitucionalmente para introducir límites al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por parte de los extranjeros.

Ahora bien, a nadie se le escapa que tal reconocimiento podría desembocar en un abuso de su posición por parte del legislador que terminase con la negación jurídica de los derechos de los no nacidos en España, a fuerza de introducir en la ley condiciones de difícil (o imposible) cumplimiento para el acceso al disfrute de los derechos. Por esa razón el Tribunal completa la construcción previa con una complejísima jurisprudencia en la que trata de establecer cuáles son los límites que al legislador constriñen a la hora de imponer límites al ejercicio, por parte de los extranjeros, de los derechos constitucionalmente reconocidos. A la configuración de esos límites nos referiremos en la última parte de este capítulo.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

1.3.1. «Soft law» internacional y acuerdos internacionales firmados sobre la materia

No cabe detenerse en la cita de los tratados internacionales de alcance

20. Son muchos los autores que han recorrido esa jurisprudencia. Destacamos, por todos, los trabajos de VIDAL FUELLO (2002), el coordinado por AJA (2009) y el más reciente de ORTEGA, RIPOLL Y GÓMEZ FERRER (2010).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

universal o regional europeo sobre derechos humanos ratificados por España y que son de aplicación a los inmigrantes, porque la misma obligaría a presentar la totalidad de convenios internacionales sobre la materia de que España es parte. En la medida en que la mayoría de esos tratados no establecen distinciones en la titularidad de los derechos que proclaman por razón de la nacionalidad ha de entenderse que los extranjeros residentes en España son titulares de todos esos derechos que, dado que se incorporan a nuestro ordenamiento a través de normas de rango infraconstitucional, tendrán la consideración de derechos subjetivos.

Ahora bien, sí será interesante destacar el título –poco más podemos hacer en estas páginas– de los instrumentos convencionales internacionales que hacen referencia a los inmigrantes como especiales sujetos de derecho, tanto en el ámbito universal, como en el ámbito europeo.

Así en la esfera de actuación de Naciones Unidas es preciso citar:

- La Resolución 40/144 de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985, que contiene la declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. Éste es un documento de *soft law*, que no exige por tanto ratificación ni es vinculante en sentido estricto.
- El Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990. Este instrumento de derecho convencional en sentido estricto, que no ha sido ratificado por España²¹, entró en vigor el 1 de julio de 2003, de acuerdo con lo previsto en su art. 87. Es interesante destacar como entre los firmantes de este convenio no hay ningún país de la Europa occidental, ni del norte rico, es decir, ninguno de los países que han venido siendo tradicionalmente destino prioritario de los migrantes económicos²², y ello a pesar del interés

21. A pesar de la realidad de la no adhesión a este tratado, y de las excusas, más o menos acertadas que pudieran darse, la verdad es que el Convenio no es incompatible con nuestro Derecho vigente en materia de inmigración (DE LUCAS, RAMÓN y SOLANES, 2008, p. 31).

22. A 15 de marzo de 2010 esta Convención había sido ratificada por 42 Estados: Albania, Argelia, Argentina, Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Honduras, Jamaica, Jamahiriya Árabe, Libia, Kirguistán, Lesotho, Malí, Marruecos, Mauritania, México, Nicaragua, Níger, Nigeria, Paraguay, Perú, Ruanda, Siria, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Timor-Leste, Turquía, Uganda y Uruguay.

de instituciones como el Parlamento Europeo, que en una Resolución de 15 de enero de 2004 llamaba a la ratificación de este instrumento. Esta larga convención, de 93 artículos, es un intento por reafirmar y establecer normas básicas de derechos humanos y de constituir las como instrumento aplicable a los trabajadores migrantes y sus familias, especialmente aquellos que se encuentren indocumentados o en situación irregular. En su texto se distingue entre trabajadores migrantes documentados e indocumentados o que se encuentran en situación irregular, y se admite que esta categorización permitirá establecer diferencias en el estatuto jurídico de unos y otros. Sin embargo, la Parte III de la Convención señala un conjunto de derechos de orden civil, político, económico y cultural, aplicables a todos los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias, sea cual sea su situación administrativa.

- La Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 15 de diciembre de 2000, y los dos protocolos que la completan, esto es el Protocolo para Prevenir, Suprimir, y Castigar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Menores, 15 de diciembre de 2000 (en vigor desde el 25 de diciembre de 2003) y el Protocolo Contra el Tráfico de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (en vigor desde el 28 de enero de 2004). Los dos protocolos disponen la exención de responsabilidad penal de los migrantes objeto de tráfico y de las víctimas de trata, consagrando el principio de que la migración no es un delito y rechazando la penalización de los migrantes irregulares.
- A su vez cabe destacar la actividad normativa relacionada con algunos grupos específicos dentro del colectivo migrante, como el de los refugiados o asilados políticos, objeto de especial consideración en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951²³ y en el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados²⁴; o el de los apátridas, cuyo estatuto es definido por la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, de 28 de septiembre de 1954²⁵.
- Por lo que hace al ámbito de regulación propio de la Organización Internacional del Trabajo cabe citar²⁶:

23. BOE de 21 de octubre de 1978.

24. BOE de 21 de octubre de 1978.

25. BOE 4 de julio de 1997.

26. Sin olvidar, por supuesto, la normativa aplicable a los trabajadores migrantes a pesar de que no vaya destinada exclusivamente a ellos, como p. ej., el Convenio n° 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, de 9 de julio de 1948 (BOE de 11 de mayo de 1977); el Convenio n° 98 relativo al derecho

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los Convenios n° 97 sobre trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949 y revisado en 1949 y 1967, y n° 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 26 de junio de 1958, ambos ratificados por España en el año 1967²⁷; el Convenio n° 143, de 24 de junio de 1975, sobre los trabajadores migrantes²⁸, que no ha sido ratificado por España; y las Recomendaciones n° 86 sobre los trabajadores migrantes, de 1 de julio de 1949; n° 100 sobre la protección de los trabajadores migrantes en los países y territorios insuficientemente desarrollados, de 22 de junio de 1955 (en situación provisoria); y n° 151 sobre trabajadores migrantes, de 24 de junio de 1975.

Finalmente, en el ámbito europeo de la gran Europa, esto es la propuesta por los 47 Estados integrados en el Consejo de Europa, y en lo que hace exclusivamente a la protección de los inmigrantes han de recordarse el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1997²⁹; el Acuerdo Europeo sobre exención de visados para los refugiados, de 20 de abril de 1959³⁰; y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio n° 197 del Consejo de Europa, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005).

A estos tratados se unirían los acuerdos de cooperación³¹ y acuerdos bilaterales de distinto orden que España firma con terceros estados que se caracterizan por ser países de origen de los inmigrantes que llegan a nuestro territorio³².

de sindicación y negociación colectiva, de 1 de julio de 1949 (BOE de 10 de mayo de 1977); el Convenio n° 117 relativo a las normas y objetivos básicos de política social, de 22 de junio de 1962 (BOE de 5 de julio de 1974); el Convenio n° 122 sobre la política de empleo, de 9 de julio de 1964 (BOE de 24 de mayo de 1972); y el Convenio n° 135 relativo a la protección y facilidades a los representantes de los trabajadores en las empresas, de 23 de julio de 1971 (BOE de 4 de julio de 1974).

27. BOE de 7 de julio de 1967 para el Convenio n° 97 y BOE 4 de diciembre de 1968, para el Convenio n° 111.

28. Tampoco ha sido ratificado por España el Convenio n° 21, relativo a la simplificación de la inspección de los emigrantes a bordo de los buques, pero la propia OIT declara que este Tratado ha sido «dejado de lado» (Véase <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C021>, último acceso 18 de marzo de 2010).

29. BOE de 18 de junio de 1983.

30. BOE 22 de julio de 1982.

31. Resulta de especial interés el Acuerdo de Cooperación entre el Gobierno de España y la Secretaría General de la OEA, de 23 de mayo de 1967 (BOE de 5 de abril de 1968), y el Acuerdo Complementario al anterior en materia de Migraciones Nacionales e Internacionales, de 15 de enero de 1981 (BOE de 16 de mayo de 1981), derivando tal interés de la importancia de la inmigración de origen latinoamericano que tiene como destino final España.

32. En la medida en que no resulta posible ahora hacer mención de todos ellos, nos remitimos a la página del Ministerio de Trabajo e Inmigración en la que se compilan

1.3.2. Derecho comunitario europeo

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht (1992) las cuestiones relacionadas con la inmigración y el asilo se situaron en el tercer pilar (cooperación policial y judicial)³³, y es el Tratado de Ámsterdam el texto que traslada estas cuestiones al pilar comunitario. A pesar de ello habrá que esperar hasta el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) que retoma las previsiones del TUE revisado en Ámsterdam para lanzar las políticas necesarias para su ejecución. Estas políticas habrían de basarse en cuatro principios: la gestión de los flujos migratorios³⁴, un trato justo para los nacionales de países terceros (y por tanto, su integración en las sociedades de acogida de los estados europeos)³⁵, un régimen de asilo europeo común y la asociación con los países de origen³⁶.

todos los tratados internacionales vinculados a cuestiones migratorias: <http://extranjerios.mtin.es/es/Normativa/Jurisprudencia/Internacional/>.

33. A pesar de ello antes de la aprobación del Tratado de Maastricht también se elaboraron algunas normas en materia de control de flujos que se situaron, por distintas razones, en el pilar comunitario. Así pueden citarse la Directiva 64/221 del Consejo (ampliada más tarde por la Directiva 75/35 del Consejo), para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública; el Reglamento 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad; la Directiva 72/194 del Consejo, por la que se amplía a los trabajadores que ejercen el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, el campo de aplicación de la anterior Directiva; y la Directiva 77/486 del Consejo, relativa a la escolarización de los hijos de los trabajadores migrantes.
34. En línea con este principio se propician medidas como: a) el establecimiento de formularios comunes de visado de entrada y de permisos de residencia; b) la elaboración de un listado de terceros países a los que se les exige visado de entrada; c) el desarrollo de una política común de retorno de inmigrantes para sufragar en común gastos comunes, como el de expatriación; d) la creación del sistema EURODAC para la comparación de huellas dactilares y desarrollo de propuestas para introducir datos biométricos en los visados, permisos de residencia y pasaportes; e) la creación de la Agencia Europea de Gestión de la Cooperación Operacional de las Fronteras Exteriores (FRONTEX); f) la firma de los acuerdos «Schengen Plus», entre Francia, Alemania, España, Austria, Bélgica, Holanda y Luxemburgo para reforzar su cooperación en el intercambio de datos digitales y numéricos.
35. Tal principio contemplará el desarrollo de Directivas europeas respecto de los criterios para la reagrupación familiar y respecto del estatuto de los residentes de larga duración. Junto a estas disposiciones de *hard law* se pueden citar otros documentos como los Principios básicos comunes para una política de integración de los inmigrantes en la UE, adoptados por el Consejo (Documento 14615/04 del Consejo), y el Programa Común para la Integración presentado por la Comisión y que establece un marco para la integración de nacionales de terceros países en la UE (COM [2005] 389).
36. Este principio acoge medidas como el impulso de acuerdos bilaterales con terceros países para garantizar la readmisión de inmigrantes indocumentados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Cinco años más tarde, y ante la ausencia de avances significativos en el desarrollo de la política comunitaria común en materia de inmigración y asilo, el Consejo Europeo adoptó el Programa de la Haya³⁷, con el objeto de trabajar por la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, subrayando la necesidad de una mayor coordinación de las políticas nacionales de integración y de las actividades de la UE sobre la base de principios comunes. Tras la adopción del Programa de la Haya, el siguiente documento digno de ser evocado es el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, documento político y no normativo (a pesar de su denominación), aprobado en el Consejo de Justicia e Interior de la UE celebrado en Bruselas en septiembre de 2008, y mediante el cual los Estados miembros de la UE se comprometen a:

1. Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinada por cada Estado miembro y favorecer la integración.
2. Luchar contra la inmigración irregular, especialmente garantizando el retorno de los extranjeros en situación de irregularidad al país de origen o a un país de tránsito.
3. Reforzar la eficacia de los controles fronterizos.
4. Construir la Europa del asilo.
5. Establecer una cooperación global con los países de origen y de tránsito favoreciendo las sinergias entre las migraciones y el desarrollo.

En fin, ni una sola mención a los derechos, ni a la integración, y toda la fuerza del pacto colocada en la balanza del «control de admisión». De la misma manera que en los nuevos tratados constitutivos, resultantes del Tratado de Lisboa, se hace hincapié en la idea del control.

Así el artículo 3.2 TUE dice que «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia». Esta previsión se reitera en el artículo 67.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), donde se dice que la Unión «garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacio-

37. Documento 16054/04 del Consejo.

nales de terceros países», y se explicita de forma clara cuando el artículo 77.1 TFUE marca los objetivos de la política migratoria de la Unión, que son:

- a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;
- b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;
- c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.

En la misma línea se redactan los artículos 78 a 80 del TFUE, todos ellos relativos a la política migratoria y sólo en el apartado 4 del artículo 79 se realiza una mención a la cuestión de la integración, para reconocer que trabajar sobre la misma compete a los Estados. Se establece exactamente que «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

Bien, este escenario, descrito con trazos gruesos³⁸, se perfila un poco más en las disposiciones de un buen número de normas de derecho derivado en materia de inmigración legal e ilegal, y de asilo y refugio.

Por lo que hace a la migración regular pueden ser destacadas las siguientes disposiciones:

- Los Reglamentos 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995; 2317/95 del Consejo, de 25 de septiembre de 1995; y 574/99, de 12 de marzo, relativos a solicitud y modelos de visados;
- El Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países; modificado por el Reglamento (CE) n° 380/2008, de 19 de mayo de 2008.
- La Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el dere-

38. Para profundizar en la evolución apenas apuntada resulta de interés la lectura de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones que contiene el tercer informe anual sobre inmigración e integración, Documento COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre de 2007. Este documento ha servido de base para la elaboración de este apartado.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- cho a la reagrupación familiar³⁹, la primera que se refiere a la inmigración legal⁴⁰ y que será validada por el Tribunal de Justicia mediante la interpretación que de ella realiza en la STJCE de 27 de junio de 2006;
- La Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración;
 - La Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea;
 - La Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes;
 - La Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas;
 - La Directiva del Consejo 2004/83 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida⁴¹;
 - La Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado;
 - La Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica;
 - La Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado.

39. DOUE n° L 251/2003, p. 12.

40. DOUE, n° C 190/2006, pp. 1-2. Véase el comentario a la misma de VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, 2007.

41. Al respecto cabe decir que se ha adoptado una propuesta legislativa con el fin de extender las normas sobre residencia a largo plazo a los beneficiarios de protección internacional. Véase el Documento COM (2007) 298.

Por su parte la inmigración ilegal, así como la lucha contra la trata de seres humanos es objeto de:

- La Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países;
- La Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, y cuyo objetivo es armonizar las sanciones pecuniarias impuestas a los transportistas que transportan dentro del territorio de la UE a nacionales de países terceros sin documentos de viaje o sin visado;
- La Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares;
- El Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración.
- La Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.
- La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular;
- La Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Finalmente, en materia de asilo y refugio cabe citar dos instrumentos fundamentales, la Directiva 2003/9/CE sobre la acogida de los solicitantes de asilo y los refugiados y el Reglamento (CE) n° 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Estas heterogéneas disposiciones normativas, lejos de buscar una cierta igualdad de trato entre comunitarios y extracomunitarios, se centran en la

regulación del control de fronteras, en un intento claro de reforzar las políticas de seguridad, y procuran a su vez fortalecer la posición de los ciudadanos comunitarios que ejercen la libertad de tránsito. A pesar de esta afirmación, no por excesivamente genérica menos cierta, la normativa europea reconoce el acceso de los extranjeros a algunos derechos sociales, como el empleo, la educación y formación; y sientan las bases para el desarrollo del «Plan de política en materia de inmigración legal»⁴², a través de otras Directivas que ya están en fase de estudio como la Directiva marco destinada a definir los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes en la UE⁴³. Estas heterogéneas disposiciones normativas, lejos de buscar una cierta igualdad de trato entre comunitarios y extracomunitarios, se centran en la regulación del control de fronteras, en un intento claro de reforzar las políticas de seguridad, y procuran a su vez fortalecer la posición de los ciudadanos comunitarios que ejercen la libertad de tránsito. A pesar de esta afirmación, no por excesivamente genérica menos cierta, la normativa europea reconoce el acceso de los extranjeros a algunos derechos sociales, como el empleo, la educación y formación; y sientan las bases para el desarrollo del «Plan de política en materia de inmigración legal»⁴⁴, a través de otras Directivas que ya están en fase de estudio como la Directiva marco destinada a definir los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes en la UE⁴⁵. Por último cabe hacer referencia al hecho de que, en materia de derechos funda-

42. Documento COM (2005) 669.

43. Propuesta de Directiva del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. No obstante en materia de derechos fundamentales de los inmigrantes Agencia Europea de Derechos Fundamentales ya tiene competencias, especialmente en cuestiones vinculadas a su integración y a las demandas de asilo (véase el art. 2, de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 para la aplicación del Reglamento [CE] n° 168/2007) por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (2008/203/CE).

44. Documento COM (2005) 669.

45. Propuesta de Directiva del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. No obstante en materia de derechos fundamentales de los inmigrantes Agencia Europea de Derechos Fundamentales ya tiene competencias, especialmente en cuestiones vinculadas a su integración y a las demandas de asilo (véase el art. 2, de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 para la aplicación del Reglamento [CE] n° 168/2007) por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (2008/203/CE).

mentales de los inmigrantes, la Agencia Europea de Derechos Fundamentales ya tiene competencias, especialmente en cuestiones vinculadas a su integración y a las demandas de asilo⁴⁶.

1.4. DESARROLLO LEGISLATIVO

1.4.1. La Ley 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y la normativa conexas

La actuación del legislador invocada por el artículo 13.1 CE se materializa por primera vez en la elaboración de una «ley de extranjería» con vocación de regular los aspectos fundamentales del régimen de entrada, permanencia y salida, y del estatuto básico del extranjero⁴⁷ en el año 1985, a través de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España⁴⁸, algunos de cuyos artículos fueron declarados contrarios a la Constitución en la STC 115/1987, que respondía a un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo.

Después de eso, habrá que esperar un poco más de una década para revisar esta ley en profundidad, en un contexto social extremadamente distinto por lo que hacía a la importancia de la inmigración en términos cuantitativos y cualitativos, y con una polémica política digna de ser descrita.

Efectivamente, el 11 de enero del año 2000 se aprobaría la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LE)⁴⁹. Esta aprobación se producirá a finales de la VI legislatura en el Congreso de los Diputados⁵⁰ tras rechazarse por 190 votos las enmiendas procedentes del Senado y apoyadas por el Grupo Parlamentario Popular. Unos meses más tarde, en noviembre del año 2000, y ya en la VII legislatura, con una mayoría absoluta del Partido Popular (PP) en el Congreso de los

46. Véase el art. 2, de la Decisión del Consejo de 28 de febrero de 2008 para la aplicación del Reglamento (CE) n° 168/2007 por lo que se refiere a la adopción de un marco plurianual para la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para el período 2007-2012 (2008/203/CE).

47. En realidad antes se habían aprobado algunas disposiciones que afectaban al régimen de extranjería, pero que no regulaban el estatuto de los extranjeros de forma integral. Se trata, p. ej., del RD 1031/1980, sobre concesión y prórroga de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia (BOE de 31 de mayo de 1980), o de la Ley 58/1980, sobre Régimen Laboral y de la Seguridad Social de los Trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España (BOE de 22 de noviembre de 1980).

48. BOE de 3 de julio de 1985, Desarrollan esta disposición legal los RR DD 1119/1986 (BOE de 12 de junio de 1986) y 155/1996 (BOE de 23 de febrero de 1996).

49. BOE 12 de enero de 2000.

50. Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno, n° 283 de 22 de diciembre de 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Diputados, se aprueba (por 187 votos a favor, los del PP, Convergencia i Unió y Coalición Canaria) la Ley Orgánica 8/2000⁵¹, que viene a reformar la Ley Orgánica 4/2000 cambiando sustancialmente el espíritu de ésta. De hecho, y a los efectos que aquí nos interesan exclusivamente, la reforma introduce la condición de la residencia legal para acceder al disfrute de derechos civiles y políticos como la libertad de asociación (art. 8 LE), reunión y manifestación (art. 7.1 LE), tutela judicial efectiva en su dimensión, entre otras, de asistencia jurídica gratuita (art. 22.2 LE) y para el acceso a derechos sociales como la sindicación (art. 11.1 LE), la huelga (art. 11.2 LE) y la educación no obligatoria de los menores, es decir la comprendida entre los 16 y 18 años (art. 9.3 LE).

Dicho de otro modo, la Ley Orgánica 8/2000 introduce la condición de residencia para el ejercicio de los derechos que, en la discusión parlamentaria sobre el proyecto de Constitución de 1978, el constituyente había decidido excluir de la Norma Fundamental.

Por esta razón la Ley Orgánica 8/2000 será objeto de nueve recursos de inconstitucionalidad interpuestos por unos legitimados situados ideológicamente entre quienes habían defendido y aprobado la primera «versión» de la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, una ley mucho más «expansiva» en lo que hacía al reconocimiento de derechos de los extranjeros. Estos recursos fueron resueltos por ocho sentencias del Tribunal Constitucional⁵², aunque sólo tres de las ocho sentencias incluyeron pronunciamientos innovadores: la STC 236/2007 que resuelve la mayor cantidad de dudas de constitucionalidad (sobre los apartados 5, 6, 7, 9 [un párrafo], 12, 13, 14, 16, 20, 50 [una sección], 53, 56 [un párrafo] del art. 1 LO 8/2000); la STC 259/2007 (apartados 9 [otro párrafo], 15, 56 [otro párrafo] del art. 1 LO 8/2000); y la STC 260/2007 (apartados 50 [otra sección], 54 y 55 del art. 1 LO 8/2000). El resto de los pronunciamientos (de la STC 261 a la 265/2007) no aportaría nada nuevo, y volverían sobre preceptos cuya constitucionalidad ya había sido analizada en las sentencias 236, 259 y 260, pero sobre todo en la primera de éstas⁵³. Por medio de estos pronunciamientos el Tribunal Constitucional declararía inconstitucional y nula la imposición de la condición de residencia en relación con los derechos a la educación, huelga y asistencia jurídica gratuita, limitándose a declararla inconstitucional pero sin anular los preceptos en

51. BOE de 23 de diciembre de 2000 (Corrección de errores BOE de 23 de febrero de 2001).

52. Uno de los recursos decayó por desistimiento de los sujetos legitimados que lo interpusieron en concreto las Illes Balears. Véase al respecto el ATC 29/2006.

53. GÓMEZ y VIANA, 2008.

que se contiene, respecto de los derechos de reunión y manifestación, asociación y sindicación (SSTC 236 y 259 a 263/2007).

Antes de que el Tribunal se pronunciara sobre los recursos contra la Ley Orgánica 8/2000, y en la misma legislatura en que esta última fuera aprobada, se introdujeron dos nuevas modificaciones en la Ley Orgánica 4/2000, a través de las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre. La primera, denominada ley «de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», introduce modificaciones tanto en el Código Penal, como en el Código Civil y en la LE. En materia de extranjería, los objetivos de esta reforma, tal y como se recogen en la exposición de motivos de la ley, son: a) dar una respuesta penal a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos, a través de la posibilidad de sustituir la pena de prisión por la expulsión en determinadas circunstancias; b) dar una respuesta, también penal al tráfico ilegal de personas; c) dar una respuesta al surgimiento de nuevos tipos delictivos asociados con la llegada de extranjeros a nuestro país, como la mutilación genital (ablación); d) adecuar las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país, esto es dar un trato más favorable a las mujeres, fundamentalmente de origen musulmán, residentes en España que solicitan la separación o el divorcio, sustituyendo la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges por la aplicación de la ley española en estos casos; e) y por último adaptar la ley de extranjería a la nueva realidad delictiva y procesal.

La segunda introduce modificaciones en la LE, en la LBRL, en la LPC y en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Los aspectos modificados son numerosos, con lo cual nos centraremos únicamente en la cita de aquellos que interesan en materia de derechos. Así la Ley Orgánica 14/2003 introduce modificaciones en materia de reagrupación familiar para evitar las reagrupaciones en cadena, obliga a los transportistas a ceder a la administración los datos sobre los extranjeros que usan sus servicios para entrar en España, permite la cesión de datos de los extranjeros entre las Administraciones Públicas e introduce una habilitación genérica de acceso al padrón Municipal a favor de la Dirección General de la Policía «con el objeto de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y permanencia de los extranjeros en España». Por lo que hace a las modificaciones que acabamos de apuntar, la Ley Orgánica 14/2003 ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad 1024/2004 interpuesto por el Parlamento Vasco y aún pendiente de resolución por el Pleno del Tribunal Constitucional. En este recurso el Parlamento Vasco cuestionaba la constitucionalidad de la cesión de datos de los extranjeros por parte de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

los transportistas, de la cesión de datos entre administraciones públicas, del acceso de la policía a los datos del padrón de habitantes relativos a los extranjeros, de la orden de retorno asociada a la prohibición de reingreso por un tiempo determinado, del régimen de tratamiento de los extranjeros en los centros de retención, y de algunas cuestiones vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo en materia de extranjería. Aunque tras la interposición de este recurso se ha vuelto a modificar la LE las reformas introducidas en la misma no alteran los problemas sustantivos planteados en este recurso de inconstitucionalidad.

En una última fase, y seis años después de la última reforma de la LE efectuada por las Cortes Generales, la ley ha vuelto a ser modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Esta reforma se apoyaba en tres causas fundamentales: la necesidad de incorporar a la ley orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto de la reforma del año 2000, la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las Directivas europeas sobre inmigración pendientes de transposición y la voluntad de adaptar la ley a la nueva realidad migratoria en España. Junto a lo anterior, aunque en esta ocasión la exposición de motivos de la ley habla de objetivo de la misma y no de causa de su aprobación, la adaptación de la Ley Orgánica a los Estatutos de Autonomía en los que algunas Comunidades han asumido competencias vinculadas a la inmigración, también determina la necesidad de la reforma acometida. Esta norma, como se deduce de la lectura de la exposición de motivos a la que nos referimos, tiene una visión generosa y optimista de su posición en materia de reconocimiento de derechos, visión no necesariamente compartida por todos a juzgar por el recurso de inconstitucionalidad que ya ha sido planteado (exactamente el 12 de marzo de 2010) por el Parlamento de Navarra, en relación con la regulación que en la ley se hace del derecho a la educación postobligatoria para los mayores de 18 años. A este asunto se hará posterior referencia.

Por lo que hace al desarrollo reglamentario, son tres los Reglamentos que ha conocido esta disposición legal: el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio⁵⁴ (reglamento del PP), el Real Decreto 2393/2004⁵⁵, y el RD Real Decreto 557/2011, de 20 de abril⁵⁶, (reglamentos del Gobierno socialista). El Real Decreto 2393/2004, a su vez, fue objeto de dos reformas, una del año

54. BOE 21 de julio de 2001.

55. BOE de 7 de enero de 2005. Para profundizar en su contenido véase, por todas, la obra colectiva coordinada por RAMOS QUINTANA y ROJAS RIVERO, 2007.

56. RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE de 30 de abril de 2011).

2006⁵⁷, circunscrita al art. 13, y destinada a recoger un nuevo supuesto de denegación de entrada en el territorio español para aquellos extranjeros a los que sea de aplicación un acuerdo que regule la readmisión de las personas en situación irregular suscrito por España; y otra del año 2009⁵⁸, de mayor calado, y destinada a adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo a los requerimientos derivados del traspaso a las comunidades autónomas de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen determinados Estatutos de Autonomía.

Haciendo balance general, pues no cabe en este momento hacer ulteriores apreciaciones, se observa que en 10 años la ley de extranjería ha sufrido cuatro reformas (LL OO 8/2000, 11/2003, 14/2003 y 2/2009), dos de amplio calado la primera declarada en parte inconstitucional, y la segunda tan reciente que aún no es posible valorar su impacto, y ha sido desarrollada por tres Reglamentos muy distintos, uno de ellos fiel a un espíritu restrictivo con los derechos de los extranjeros, otro más abierto, con ansias evidentes por hacer decir a la ley lo que ésta no dice, y en muchas ocasiones lo que ésta no quiere, y un tercero, y último, que acaba de ser aprobado, y cuya aplicación sacará a la luz sus vicios y virtudes.

Y esto es apenas botón de muestra de una realidad política que impide hablar de la existencia de una «política de Estado de inmigración», de modo que cada uno de los dos grandes partidos tiene una visión del asunto que plasma (o lo intenta) en la normativa que desarrolla durante las legislaturas en las que ocupa el Gobierno. Ello genera una situación de incertidumbre notable, aumentada por el hecho de que, cada gran reforma de la ley (e incluimos la aprobación del RD 2393/2004 como una reforma indirecta) ha ido acompañada de una regularización extraordinaria, excepto la última. La primera fue inmediatamente posterior a la aprobación de la LO 4/2000 y fue acometida para dar cumplimiento a la disposición transitoria 1ª de la misma⁵⁹. La segunda siguió a la Ley Orgánica 8/2000 en cuya disposición transitoria 4ª se preveía esta posibilidad, ejecutada mediante Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero⁶⁰. La tercera, y última hasta la fecha, se realizaría tras la aprobación del Real Decreto 1393/2004. Siempre se ha dicho, especialmente por parte de los detractores de las regularizaciones extraordina-

57. Efectuada mediante la aprobación del RD 1019/2006, por el que se modifica el art. 13 del RD 2393/2004.

58. En este caso prevista en el RD 1162/2009, por el que se modifica el RD 2393/2004.

59. Su procedimiento se regularía mediante RD 239/2000 (BOE de 19 de febrero de 2000).

60. BOE 20 de febrero de 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rias, que las mismas generan unas expectativas en los inmigrantes nada deseñables, que pueden llegar a asociar el cambio de Gobierno a la inminencia de una regularización extraordinaria. El último cambio de la ley, en un contexto de crisis económica, ha venido a demostrar que ese contexto es fundamental, y que las expectativas decaen claramente cuando el contexto económico es desfavorable.

Junto a la legislación «de extranjería» en sentido estricto, no puede dejar de citarse la legislación sobre asilo y refugio que ha visto pasar, en estos 35 años de régimen constitucional, dos sistemas. El primero articulado en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y vigente hasta el 20 de noviembre de 2009, y el segundo, y actual, recogido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria⁶¹.

1.4.2. La normativa sectorial

Por razones que, por evidentes, casi resulta sobreabundante detenerse en ellas, los extranjeros en general, y los inmigrantes en particular, son sujetos también de lo que llamaríamos las leyes sectoriales, esto es, aquellas que regulan, de modo genérico cada uno de los derechos sociales. Evidentemente no hay normativa sectorial específica para inmigrantes, y en pocas de las leyes sectoriales a las que se ha hecho referencia en otros apartados de esta obra se alude de manera específica a estos particulares sujetos, pero ello no significa que no sean destinatarios de la Ley General de Sanidad o de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, o de la Ley Orgánica de Educación. En posteriores apartados de este mismo capítulo se hace referencia a esa normativa, cuando ello resulta relevante a los efectos de poner de manifiesto la titularidad por los extranjeros de distintos derechos, pero ello no obstante recuérdese cuanto se ha dicho respecto de esta normativa en los capítulos precedentes de este libro.

1.4.3. La normativa autonómica⁶²

Como ya se dijo en las primeras páginas de este capítulo, dentro de la materia genérica que podríamos denominar «inmigración» son muchas las

61. BOE de 31 de octubre de 2009.

62. El objetivo de los párrafos que siguen no es la descripción exhaustiva de las competencias autonómicas y estatales en materia de integración de los inmigrantes. Un análisis en profundidad nos obligaría a realizar un recorrido por los ordenamientos autonómicos que no está al alcance de estas páginas, y que, por lo demás ha sido abordado ya por otros autores, destacando entre todas la obra colectiva coordinada por AJA, MONTILLA y ROIG, 2006.

funciones que tienen cabida y por tanto el abanico que se abre para proceder al reparto competencial es grande.

La regla general es que la política relativa al control de fronteras, a la definición del estatuto jurídico del inmigrante o dicho de otro modo a su régimen de titularidad de los derechos fundamentales, y al régimen de nacionalidad, asilo y refugio es competencia estatal. Ello se deduce de la lectura conjunta y la interpretación sistemática de los artículos 13, 137, 140 a 142 y 149.1.2 CE, y se traduce en que el Estado se encarga del control de fronteras y la política de flujos, es decir, el establecimiento de los criterios de entrada y residencia; del régimen de nacionalidad; del diseño del estatuto jurídico básico de los inmigrantes, o dicho de otro modo su régimen de titularidad de los derechos fundamentales; de colaborar con las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, especialmente a nivel financiero, en lo que se refiere al desarrollo de las políticas de integración social de los inmigrantes⁶³; y, por supuesto, la de coordinación de los órganos de la Administración del Estado, a través de la «observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno inmigratorio con objeto de analizar su impacto en la sociedad española y facilitar una información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas, así

63. Un instrumento básico de esa colaboración es el Fondo de apoyo a la acogida y la integración de inmigrantes así como el refuerzo educativo de los mismos. Este fondo, creado en el año 2005, previó destinar, en aquel momento, 120 millones de euros para que las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos pudieran desarrollar distintas actividades en materia de acogida e integración de inmigrantes. En el año 2006 este fondo se incrementó a 182,4 millones de Euros, y la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2007, previó de nuevo un incremento de su cuantía para alcanzar los 200 millones de euros, formalizándose por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 23 de febrero de 2007 los compromisos financieros de la Administración General del Estado respecto a la distribución del crédito presupuestario de dicho Fondo para el año 2007. Esta cifra se ha mantenido en las siguientes convocatorias hasta la actualmente en vigor que es la correspondiente al año 2009. La existencia del fondo queda, por fin, legalmente garantizada, gracias a la previsión contenida en el art. 2 ter LE, tras la reforma introducida en la misma por la LO 2/2009. En el ap. 4 de este precepto se establece que «De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo». Los compromisos resultantes de la gestión de este fondo se formalizan a través de convenios de colaboración, y sus correspondientes prórrogas, entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla. No obstante, y a pesar de basarse en la gestión coordinada, existe una fórmula de distribución de este fondo que ha ido variando a lo largo de los años.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

como de la unificación en oficinas provinciales de los servicios existentes, dependientes de diferentes órganos de la Administración del Estado con competencia en inmigración, al objeto de conseguir una adecuada coordinación de su actuación administrativa» (art. 67.1 y 2 LE).

Mientras tanto, el ámbito denominado «integración social de los inmigrantes», es competencia de las Comunidades Autónomas, quienes la ejercen con ayuda y colaboración de los municipios y, en los últimos tiempos, con el apoyo económico de la Administración Central del Estado. La razón por la que se ha reservado a las Comunidades Autónomas lo relativo a medidas de integración, es la conexión que estas medidas tienen con competencias materiales ya asumidas por las Comunidades Autónomas⁶⁴. Esto es la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de integración social de las personas inmigrantes, se ha realizado hasta el año 2006 sobre la base de títulos competenciales propios como la asistencia social (art. 148.1.20 CE), la sanidad (art. 148.1.20 CE), la ejecución de la legislación laboral (art. 149.1.7 CE), el desarrollo y ejecución del régimen de la Seguridad Social, (art. 149.1.17 CE), el desarrollo y ejecución del derecho a la educación (art. 149.1.30 CE), etc.

Y precisamos que esto es así hasta el año 2006 porque antes ningún Estatuto de Autonomía asumía competencias en materia de inmigración, sencillamente porque era una cuestión ausente de las normas estatutarias. No obstante, a partir del actual proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía, que ve sus primeros logros precisamente en el año 2006, algunos de ellos contemplan expresamente la competencia autonómica en materia de integración de los inmigrantes, siendo tal el caso de los Estatutos de Cataluña⁶⁵, Andalucía⁶⁶, Aragón⁶⁷, Valencia⁶⁸, Islas Baleares⁶⁹, Castilla y León⁷⁰ y Extremadura⁷¹, siendo los más interesantes, por la innovación realmente profunda de su articulado los tres primeros.

Así el Estatuto de Andalucía, en su art. 62, establece que el proceso

64. Para profundizar en esta cuestión véase MONTILLA MARTOS y VIDAL FUEYO, 2007.

65. La reforma del EA de Cataluña ha sido aprobada por LO 6/2006 (BOE de 20 de julio de 2006), declarada inconstitucional en unos pocos de sus preceptos por la STC 31/2010.

66. LO 2/2007, de reforma del EA para Andalucía (BOE de 20 de marzo de 2007).

67. LO 5/2007, de reforma del EA de Aragón (BOE de 23 de abril de 2007).

68. LO 1/2006, de Reforma de la LO 5/1982, de EA de la Comunidad Valenciana (BOE de 11 de abril de 2006).

69. LO 1/2007, de reforma del EA de las Illes Balears (BOE de 1 de marzo de 2007).

70. LO 14/2007, de reforma del EA (BOE de 1 de diciembre de 2007).

71. LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE de 29 de enero).

de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida compete a la Comunidad Autónoma «en el marco de sus competencias», esto es, en ejercicio de sus títulos sectoriales de carácter prestacional. Por tanto el Estatuto andaluz no viene sino a consagrar en su texto la situación de hecho hasta aquí descrita, y que ya se venía produciendo.

Por su parte el Estatuto de Cataluña, es un poco más preciso, estableciendo que corresponden a la Generalitat:

- Las políticas de integración social de los inmigrantes en ejercicio de sus competencias propias en materia de servicios sociales, educación, sanidad, etc. Dice concretamente el artículo 42.6 EA, refiriéndose a la cohesión y el bienestar social, que: «Los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para establecer un régimen de acogida de las personas inmigradas y deben promover las políticas que garanticen el reconocimiento y la efectividad de los derechos y deberes de las personas inmigradas, la igualdad de oportunidades, las prestaciones y las ayudas que permitan su plena acomodación social y económica y la participación en los asuntos públicos». En el mismo sentido, y de modo un poco más concreto, el artículo 138.1 EA establece que corresponde en exclusiva a la Generalitat: a) el desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias; b) el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social; y c) el establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.
- El fomento de políticas de convivencia, que inciden tanto en la población inmigrante como en la población de acogida, y todo ello, en orden a velar «por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas. Además la Comunidad Autónoma debe "fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de conocimiento recíproco, diálogo y mediación"» (art. 42.7 EA).
- La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio sanitarias y de orientación [art. 138.1.a) EA].
- La competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros (art. 138.2 EAC). En relación con esta competencia autonómica, la LE, en la redacción dada por la reciente Ley Orgánica 2/2009, contempla, en su disposición adicional novena, que «en el marco de los procedimientos de contratación colectiva en origen, las comunidades autónomas con competencias ejecutivas en materia de autorizaciones de trabajo podrán establecer servicios que faciliten la tramitación de los correspondientes visados ante los consulados españoles, así como promover el desarrollo de programas de acogida para los trabajadores extranjeros y sus familias».

- La participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial transcendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros (art. 138.3 EA).

Como vemos, las competencias más específicas en materia de inmigración se contienen en el artículo 138 EA, que fue uno de los impugnados en el recurso planteado por los Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra el Estatuto catalán. Ahora bien la STC 31/2010 salva la constitucionalidad del mismo, haciendo una interpretación conforme a la Constitución en los siguientes términos (FJ 83): «Es evidente que la inmigración es una materia que ha sido reservada con carácter exclusivo al Estado *ex* art. 149.1.2 CE, de modo que el art. 138.1 EAC sería claramente inconstitucional si, como parece deducirse de su enunciado, pretendiese atribuir a la Comunidad Autónoma competencias en dicha materia. Sin embargo, el precepto impugnado admite una interpretación conforme con la Constitución si se entiende, como a continuación se verá, que las potestades en él recogidas no se traducen en la atribución a la Generalitat de competencia alguna en materia de inmigración, siendo lo relevante a la hora de pronunciarse sobre la constitucionalidad del precepto, no su rúbrica o la denominación de la materia o título competencial en cuestión, sino el alcance material de las concretas competencias o potestades estatutariamente atribuidas a la Comunidad Autónoma. Como señala el Abogado del Estado, la evolución del fenómeno migratorio en España impide configurar la competencia estatal *ex* art. 149.1.2 CE como un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales de las Comunidades Autónomas de carácter sectorial con evidente incidencia en la población migratoria, en relación con la cual han adquirido especial importancia las prestaciones de determinados servicios sociales y las correspondientes políticas públicas (educación, asistencia social, sanidad, vivienda, cultura, etc.) [...] Pues bien, precisamente en el contexto de la integración social y económica de la población inmigrante se insertan

el conjunto de competencias o potestades, de evidente carácter asistencial y social que el art. 138.1 EAC atribuye a la Generalitat, las cuales en ningún caso puede entenderse que releguen la competencia exclusiva que el Estado ostenta en materia de inmigración. En este sentido, la competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas [art. 138.1.a) EAC], que los recurrentes tildan de especialmente inconstitucional, debe considerarse circunscrita, como revela su tenor literal, a las primeras actuaciones socio sanitarias y de orientación, de modo que la exclusividad con que se define la competencia autonómica, en cuanto manifestación de la competencia asumida en materia de asistencia social, resulta limitada por la competencia exclusiva reservada al Estado *ex* art. 149.1.2 CE. El apartado 2 del art. 138 EAC atribuye a la Generalitat "la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña" [...] Es evidente que la competencia en materia de entrada y residencia de extranjeros se inscribe en el ámbito de la inmigración y la extranjería, terreno en el que, como alegan los recurrentes, sólo cabe la competencia exclusiva del Estado. Ahora bien, el propio art. 138.2 EAC así lo reconoce al condicionar el ejercicio de la competencia ejecutiva autonómica a la coordinación con el Estado, quien, como titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes, no puede hacer entera abstracción, sin embargo, de competencias sectoriales atribuidas a las Comunidades Autónomas, como es el caso, en lo que importa ahora, de la competencia ejecutiva en materia de legislación laboral. Es a esta concreta materia a la que, con independencia del acierto en la calificación que el Estatuto ha dispensado a la competencia referida en el art. 138 EAC, se contraen entonces las facultades atribuidas por el precepto a la Comunidad Autónoma, circunscritas así a los extranjeros cuya relación laboral se desarrolla en Cataluña, salvando el propio precepto, como competencia distinta cuyo ejercicio constituye el presupuesto de la que la Generalitat puede asumir respecto de determinados trabajadores, la que corresponde al Estado en virtud del art. 149.1.2 CE».

Esto es lo que ha dicho el Tribunal Constitucional por el momento. Pero sin duda no será su última palabra sobre este tema. Antes de que se pronunciara esta sentencia, el Parlamento Catalán aprobó la Ley 10/2010, de 7 de mayo, de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña (BOE nº 139, de 8 de junio de 2010). Esta ley, pionera en España, no pretende regular el estatuto jurídico del extranjero en Cataluña, de hecho, en la propia exposición de motivos se reconoce que esta ley no amplía ni restringe el catálogo de derechos de los extranjeros, sino que se limita a crear el servicio de primera acogida, para dar asistencia a quienes llegan a Cataluña

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

por primera vez, o a quienes regresan a este territorio, desarrollando para ello un derecho de acceso al servicio de primera acogida, un derecho, definido por la propia ley, como «público subjetivo de naturaleza administrativa». Pues bien, la Defensora del Pueblo en Funciones, planteó el 13 de agosto de 2010 recurso de inconstitucionalidad contra tres apartados del artículo 9 de la Ley, al entender que son contrarios al art. 3 CE, «al consagrar un desequilibrio del régimen constitucional de la cooficialidad, constitucionalmente consagrado en el artículo 3, en perjuicio del castellano e invadir competencias en inmigración atribuidas en exclusiva al Estado, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.2 CE». A juicio de la Defensora la interpretación conforme que el TC hace en la STC 31/2010 del artículo 138.1.a) EA no se compadece con el texto de la ley catalana de acogida contenido en el precepto impugnado, con lo cual, la respuesta que a esta impugnación dé, en su día, el Alto Tribunal en la sentencia que resuelva el recurso de inconstitucionalidad planteado, nos permitirá volver sobre el tema del reparto competencia en relación con las cuestiones migratorias.

Dejando a un lado el polémico Estatuto de Autonomía de Cataluña y la normativa de desarrollo, que se anuncia no menos polémica, el EA de Aragón establece en su artículo 29, bajo la rúbrica del «fomento de la integración social de las personas inmigrantes», que «los poderes públicos de Aragón promoverán las políticas necesarias para la integración socioeconómica de las personas inmigrantes, la efectividad de sus derechos y deberes, su integración en el mundo educativo y la participación en la vida pública», previsión que concreta al referirse a su ámbito competencial estableciendo que es competencia de la Comunidad Autónoma, compartida con el Estado la que afecta a las «políticas de integración de inmigrantes, en especial, el establecimiento de las medidas necesarias para su adecuada integración social, laboral y económica, así como la participación y colaboración con el Estado, mediante los procedimientos que se establezcan, en las políticas de inmigración y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación, en su caso, del contingente de trabajadores extranjeros» (art. 57.6° EA de Aragón).

Por su parte el EA de Valencia apenas apunta en su art. 10.3.3° que la actuación de la Generalitat se centrará, entre otros, en el ámbito de los derechos y atención social de los inmigrantes con residencia en la Comunitat Valenciana, y en su artículo 59.5 que «La Generalitat colaborará con el Gobierno de España en lo referente a políticas de inmigración».

La misma alusión contenida en el art. 10.3.3° EAV, aparece en el art. 16.3 del EA de las Islas Baleares, bajo la denominación genérica de derechos sociales, Estatuto que precisa entre sus competencias la «integración social y

económica del inmigrante» (art. 30.49) y «la inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado» (art. 32.18).

El estatuto castellano leonés reserva un artículo, el 10º, a los derechos de los extranjeros lo cual no significa mucho porque el contenido de este precepto es meramente retórico, al establecer que «1. En el marco de la Constitución y de la legislación estatal aplicable, los derechos que el presente Estatuto reconoce a los ciudadanos de Castilla y León se extenderán a los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad en los términos que establezcan las Leyes que los desarrollen. 2. Los poderes públicos de la Comunidad promoverán la integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León». Junto a ello el art. 70.12º del Estatuto alude a la competencia autonómica en materia de «régimen de acogida e integración económica, social y cultural de los inmigrantes», aclarando que la Junta de Castilla y León colaborará con el Gobierno de España en todo lo relativo a políticas de inmigración, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Por último el nuevo Estatuto extremeño recoge la competencia exclusiva de la CA para desarrollar «políticas de integración y participación social, cultural, económica y laboral de los inmigrantes, en colaboración con el Estado» y para participar en las políticas de inmigración estatales (art. 9.28 EAEx), orientando la ejecución de esas competencias en el principio de lograr la «integración de los inmigrantes» entendido como objetivo común de las políticas públicas regionales, orientado a su vez por los principios de mutuo conocimiento, respeto por las diferencias e igualdad de derechos y deberes.

La Ley Orgánica 2/2009 viene a cerrar el diseño del reparto competencial al que venimos haciendo referencia al recoger, por primera vez, en un nuevo artículo 2 bis, las competencias estatales de manera expresa. Así este precepto dice literalmente que «corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2 CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales».

Junto a ello se reserva una particular competencia de coordinación al establecer en el apartado 3 de este mismo precepto que «el Estado garantizará el principio de solidaridad, consagrado en la Constitución, atendiendo a las especiales circunstancias de aquellos territorios en los que los flujos migratorios tengan una especial incidencia». Esta competencia de coordinación de las Administraciones Públicas viene a concretarse:

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- a) A través de la Conferencia Sectorial de Inmigración, que será el órgano «a través del cual se asegurará la adecuada coordinación de las actuaciones que desarrollen las Administraciones Públicas en materia de inmigración» (art. 68.1 LE);
- b) Haciendo especial hincapié en la necesidad de coordinar al Estado y las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente competencias ejecutivas en materia de concesión de la autorización inicial de trabajo. Esa coordinación es imprescindible para garantizar «la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones necesario para el desarrollo de sus respectivas competencias». Eso sí, esta labor de coordinación deberá realizarse siempre preservando «la capacidad de autoorganización de cada Comunidad Autónoma así como su propio sistema de descentralización territorial» (art. 68.2 LE);
- c) Estableciendo unos datos mínimos que han de aparecer en los informes sobre la integración social del extranjero. Estos informes, que elaborarán las Comunidades Autónomas y excepcionalmente los Ayuntamientos (art. 124 RE) se exigen para poder solicitar las autorizaciones de residencia por motivos excepcionales, más concretamente por arraigo, la renovación de los permisos de residencia temporal, y la reagrupación familiar, y la LE prevé que será el Reglamento la norma que desarrollará el contenido del informe. No obstante la propia norma legal adelanta que el mismo deberá tener en cuenta: «el período de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales» (art. 68.3 LE). Los artículos 51.6, 61.7, 71.6 y 109 RE afirman que los informes servirán para valorar el «esfuerzo de integración del extranjero» y tendrán como «contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados». En un sentido similar, aunque con una formulación no idéntica se pronun-

cia el art. 124 RE, referido a los permisos de residencia por razones de arraigo.

- d) Reconociendo la posibilidad de que el Estado acuda a las Policías Autonómicas para recabar informes. Esta posibilidad se concreta en aquellos casos en que las Comunidades Autónomas hayan asumido competencias en materia de seguridad ciudadana y orden público, y un extranjero que se encuentre en España solicite un permiso de residencia o su renovación. En tales supuestos, respecto de ese extranjero, y en aquellos casos en que se prevea la necesidad de que exista un informe gubernativo, la Administración Central del Estado podrá requerir a las Policías Autonómicas correspondientes un «informe sobre afectación al orden público», informe que se unirá al expediente administrativo al igual que podrá incorporarse un eventual informe de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 68.4 LE);
- e) En materia de Inspección de Trabajo, y sin perjuicio de las facultades de planificación que correspondan a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de ejecución de la legislación laboral, elaborando planes, programas y directrices sobre la actuación de la Inspección de Trabajo previa al procedimiento sancionador destinados especialmente a comprobar el cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación de los trabajadores extranjeros, así como el cumplimiento efectivo de la normativa en materia de autorización de trabajo de extranjeros (art. 67.3 LE).

Por último, y a sabiendas de que la integración de los inmigrantes se trabajará desde acciones vinculadas a competencias que no le son propias, el Estado central se arroja sobre las espaldas la responsabilidad de cooperar con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de los objetivos de plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley. Para ello la Administración General del Estado se compromete a elaborar un plan estratégico plurianual, como los que se vienen aprobando desde hace años, que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados (art. 2 ter LE).

1.4.4. Los entes locales y su intervención directa en la garantía y promoción de los derechos (sociales) de los extranjeros

Si bien la aproximación a las políticas locales en materia de integración

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de las personas inmigrantes no es sencilla, ya que se contempla en el seno de tal análisis una amplia casuística, resulta de un alto interés realizar tal acercamiento en la medida en que los entes locales son titulares de la administración pública más cercana al ciudadano si se hace referencia a las prestaciones sociales, sufren un gran impacto en todos los servicios municipales [especialmente en los referidos a la integración básica como educación, servicios sociales, sanidad y vivienda] a causa de la llegada de personas de origen extranjero, y además son los gestores del padrón, que es un instrumento indispensable para la configuración de las políticas autonómicas y nacionales de integración social de los inmigrantes y para facilitar el acceso de determinados derechos prestacionales a las personas de origen extranjero.

Las acciones desarrolladas por los entes locales en materia de integración de los extranjeros, se realizan sin cobertura constitucional, porque la Carta Magna española no establece en ningún artículo cuáles serían las competencias a asumir por los entes locales, ni en materia de integración social de inmigrantes, ni en ninguna otra. La atribución normativa de competencias a los entes locales ha de buscarse en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LE), en la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) y en los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad, a los que ya hemos hecho referencia.

Así, la LE, se refiere a la actividad que deberán desarrollar los municipios:

- En relación con su actuación sobre el padrón, el artículo 6.4 establece que los «Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos».
- En alusión a su participación en las políticas de integración a las que se refiere el nuevo artículo 2 ter, de la lectura del mismo se deduce que los Ayuntamientos tienen obligaciones en aras a alcanzar los objetivos de integración de los inmigrantes que se contienen en el precepto, obligaciones que han de cumplimentar en cooperación con la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.
- En lo que hace a la certificación de ciertos requisitos para proceder a la reagrupación familiar, el artículo 18 prevé que «las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos informarán sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar».
- En materia de atención a los temporeros, el artículo 42.5 establece que «Las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y los agentes sociales promoverán los circuitos que permitan la concatenación de

los trabajadores de temporada, en colaboración con la Administración General del Estado».

- Y en materia de certificación de la integración social de los inmigrantes, competencia prevista en el artículo 68 LE.

Por su parte el Reglamento de extranjería, recoge en sus artículos 55.2, 124, y 191 la intervención de los Ayuntamientos en los trámites administrativos precisos para la concesión estatal de los permisos de residencia por reagrupación familiar (en cuyo caso los municipios tienen atribuidas competencias en relación con la acreditación de los requisitos relativos a la habitabilidad de la vivienda del reagrupante para proceder a la reagrupación), y de estancia temporal por arraigo social (supuesto en el cual los Ayuntamientos han de realizar el informe de integración social que deviene documento imprescindible para solicitar tal permiso de residencia).

Por lo que hace a la LBRL, además de referirse a las competencias de los Ayuntamientos en relación con el padrón, establece una cláusula general habilitante a los municipios para «promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal» (art. 25.1 LBRL) cuándo éstas se sitúen en la «gestión de sus intereses» y en el «ámbito de sus competencias», competencias que habrán de ejercerse en los «términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas» y en relación con las materias contenidas en los artículos 25 a 28 LBRL. De entre esas materias pueden destacarse, por su potencial relación con el proceso de integración de los inmigrantes, las referidas a la seguridad en lugares públicos; la promoción y gestión de viviendas; los abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa del derecho de los consumidores; la protección de la salubridad pública; la participación en la gestión de la atención primaria de la salud; los cementerios y servicios funerarios; la prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social; las actividades o instalaciones culturales y deportivas; la ocupación del tiempo libre; la participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, así como la intervención en sus órganos de gestión y la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

La anterior legislación básica, habrá de ser completada por aquello que haya dispuesto cada Estatuto de Autonomía en materia de competencias asumibles por sus propios entes locales y, en caso de que se incluyan en el ordenamiento jurídico autonómico, por lo contenido en las leyes municipales y de régimen local autonómicas. De entre los «nuevos» Estatutos de Auto-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nomía, sólo el Estatuto Catalán introduce en su artículo 184, y por primera vez en una norma con rango de ley, «la regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes», como competencia específica de los Entes Locales.

Y de entre las leyes autonómicas de régimen local, la ley municipal y de régimen local de las Islas Baleares, recoge en su artículo 29.a) la competencia municipal en materia de acogida de los inmigrantes, siguiendo literalmente la dicción del Estatuto catalán, al establecer que es competencia de los municipios «la regulación y prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria, y fomento de las políticas de acogida de las personas inmigrantes».

Junto a las disposiciones citadas, sería preciso referirse a las leyes sectoriales que también hacen referencia a ciertas competencias municipales y que, en el fondo, concretan el alcance de las mismas.

Así, por ejemplo, la LOREG⁷² concede a los Ayuntamientos un buen número de competencias en relación con la administración electoral, como las que se vinculan al censo electoral, campaña electoral y celebración de elecciones, y que les otorgan un papel importante en el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo por parte de los extranjeros residentes.

Por su parte la LGS⁷³ otorga a los municipios el control sanitario de edificios y viviendas y lugares de convivencia humana, competencia básica para la concesión, por ejemplo, del certificado de habitabilidad de la vivienda necesario para la reagrupación familiar, y para garantizar unas condiciones de vida y salubridad mínimamente respetuosas con la dignidad humana de los inmigrantes en peores condiciones socioeconómicas. La misma disposición se refiere también a las funciones municipales en materia de control sanitario de bebidas, comidas y demás productos relacionados con el consumo humano (función relevante en relación con algunas costumbres alimenticias de personas de origen extranjero, así como el control sanitario de los cementerios y la policía sanitaria mortuoria), importante también en relación con el control de ritos funerarios propios de culturas no católicas.

En materia de educación la LOE⁷⁴ impone a las corporaciones locales la obligación de coordinarse con el resto de administraciones con competen-

72. Véase LOREG y, por su especial relación con la cuestión que nos ocupa, hágase especial hincapié en los arts. 29, 32.2, 35, 38, 39, 54, 55, 56, 176 y 177.

73. Respecto de las competencias de los Municipios en materia de asistencia sanitaria, léanse con especial atención los arts. 1, 42, 50 y DF 2ª LGS.

74. LOE, en especial los arts. 8 y 67 y las DD AA 15 y 19.

cias educativas para asegurar una mayor eficacia en la asignación, distribución y utilización de los recursos destinados a la educación, y la de colaborar en la formación de personas adultas, haciendo especial alusión a la enseñanza a los inmigrantes de las lenguas oficiales en España.

Por último en relación con las competencias de los entes locales en materia de Seguridad Social y Servicios Sociales es preciso acudir a la LGSS y al artículo 25.2.k) LBRL⁷⁵. En relación con la competencia de servicios sociales los municipios de más de 20.000 habitantes están obligados a prestar el servicio público a ella vinculado (asistencia social), mientras que los municipios menores se pueden agrupar para hacer frente al mismo en mancomunidades de municipios, o pueden delegar en las Diputaciones Provinciales o en las Comunidades Autónomas, según los casos, su efectiva prestación. Por otro lado los servicios sociales son clasificados en servicios sociales básicos y servicios sociales especializados de cara a garantizar o no el acceso a los mismos a los inmigrantes no empadronados, de manera que estos últimos sólo tienen derecho a acceder a los servicios sociales básicos (art. 14 LE). No existen definiciones legales de cuáles sean los servicios sociales básicos o los servicios especializados, pero de una lectura sistemática de la legislación estatal, autonómica y local sobre la materia, podría deducirse que son básicos los servicios de información, orientación y asesoramiento técnico, ayuda a domicilio, cooperación social para impulsar y fomentar la iniciativa social, el asociacionismo y el voluntariado social, y los programas de convivencia y reinserción social. Por su parte serían servicios sociales especializados la atención a la familia, infancia, adolescencia, juventud, toxicómanos, minusválidos, ancianos, minorías étnicas, mujer, y al resto de situaciones de emergencia social entre las que posiblemente podría incluirse a buena parte de los inmigrantes económicos y notablemente a los temporeros, la prevención de la delincuencia y atención a los reclusos y ex reclusos, y la prevención de la discriminación social.

Así pues, de lo dicho se deduce fácilmente que existen algunas previsiones legales respecto de las competencias de los entes locales, especialmente los municipios, en materia de integración social de las personas de origen extranjero. Quizá podría cuestionarse si el reparto competencial es lo suficientemente claro en lo que al reparto entre Comunidades Autónomas y entes locales se refiere, siendo la respuesta a esta cuestión fundamentalmente negativa. En la práctica resulta evidente que las administraciones públicas de uno y otro nivel de gobierno desarrollan políticas asistenciales respecto de

75. En relación con las competencias de los entes locales en materia de Seguridad Social y Servicios Sociales véanse los arts. 41 CE y 7 y 53 a 56 LGSS.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

este colectivo que van en paralelo y que, en buena parte de las ocasiones, se solapan, con la consiguiente pérdida de eficacia y falta de optimización de los recursos.

Ahora bien, más allá del planteamiento referido, es preciso reconocer que la labor de los entes locales en relación con la integración de los inmigrantes es una labor intensa que se desarrolla en muchas ocasiones de forma poco sistemática, atendiendo a necesidades que van surgiendo con arreglo a la disponibilidad económica pero sin que exista necesariamente una idea previa sobre el modelo de integración que se pretende y que sustente las acciones. No obstante otras veces, y especialmente en los entes locales donde el problema de la inmigración se remonta más atrás en el tiempo, la estructuración de la política local es muy clara, y sigue unos principios bien establecidos. El problema es que resulta complicado extraer puntos en común de ambas fórmulas de respuesta al problema.

En la primera de las descritas, los Planes Municipales de inmigración son los instrumentos que estructuran la política local en la materia. Suelen elaborarse con participación de la ciudadanía a través de distintas fórmulas, y por lo general establecen los objetivos, líneas prioritarias de actuación y acciones específicas que han de integrar la política municipal en materia de integración social de los inmigrantes. En ocasiones estos planes son autónomos, y se dedican exclusivamente a las políticas de integración de los inmigrantes, y otras veces, las acciones en el ámbito aludido se engloban en planes más generales, denominados planes de convivencia o planes de inclusión social. Aunque cada plan sigue su propia estructura y su propia filosofía, en la mayoría de ellos se pueden identificar acciones comunes, como las que se refieren a la formación de los profesionales que deberán atender al colectivo inmigrante en el territorio al que se refiere el plan, las relativas al establecimiento de mecanismos destinados a promover la participación de los inmigrantes en la vida social y cultural del Municipio o del territorio de referencia, las relacionadas con la comunicación intercultural o la mediación entre sociedad receptora y colectivo foráneo, y las vinculadas a la sensibilización de la población autóctona hacia la realidad de los recién llegados y hacia valores de convivencia ciudadana.

Junto a los Planes, allí donde existen, o de forma autónoma, las ordenanzas y reglamentos municipales, como instrumento normativo propio de la administración local que actúa la garantía institucional de la autonomía local, podrían hacer referencia directa a la integración social de la población de origen extranjero pero no suelen hacerlo; en la mayoría de los casos es preciso rastrear entre las disposiciones reglamentarias citadas las alusiones más o menos veladas a los inmigrantes, o las regulaciones que, por su contenido,

van a afectar de forma más directa a este colectivo. Dicho de otro modo no es fácil localizar ordenanzas o reglamentos cuyo objeto principal sea la integración de los inmigrantes en las sociedades locales de acogida o la inmigración en sentido más amplio, si bien en las ordenanzas de convivencia ciudadana y civismo, culto religioso, entierros y cementerios, educación, igualdad, mediación, promoción laboral, salubridad, actividades económicas, seguridad, vivienda, etc., se contienen disposiciones de interés para la comunidad de origen foráneo.

Dicho todo lo anterior una observación final respecto a la práctica en la política municipal resulta obligada. Los Ayuntamientos son los órganos administrativos, con capacidad para tomar decisiones y ejercer el poder, si bien sólo a escala local, más cercanos al ciudadano, y por tanto también al ciudadano extranjero. Esto les coloca en una posición tuitiva que bien puede desarrollarse en fórmulas de garantía de los derechos de los extranjeros o en fórmulas coactivas, que limiten el ejercicio de esos derechos, y la adecuada integración en la sociedad de acogida. Y el ordenamiento jurídico ha otorgado a los Ayuntamientos, entre otros, un instrumento peculiar para desarrollar esas fórmulas. Nos estamos refiriendo al padrón municipal que, si bien se define como mero registro administrativo (art. 16.1 LBRL y art. 53 del RD 1690/1986⁷⁶), esta definición legal no refleja de manera completa las virtualidades de este instrumento en manos de los Ayuntamientos, ni muestra la importancia del mismo en relación con el proceso de integración de las personas de origen extranjero. Estas virtualidades y esta importancia sólo se perciben si se ponen de manifiesto las siguientes realidades:

La inscripción en el padrón es una exigencia de cara a la adquisición de la vecindad administrativa en un municipio, y por tanto se convierte en una condición para el acceso a ciertas prestaciones públicas ofrecidas, con carácter preferente o exclusivo, a los vecinos de dicho municipio. Esto significa, en el fondo, que la inscripción en el padrón tiene carácter constitutivo de la relación de vecindad del inscrito⁷⁷, con lo cual condiciona el acceso a ciertos derechos sociales.

En la medida en que la inscripción en el padrón sirve como medio de prueba de la residencia y el domicilio, y de que las certificaciones que el ciudadano solicite al Ayuntamiento sobre los datos de su inscripción en el padrón tienen carácter de documento público y fehaciente, las mismas pue-

76. RD 1690/1986, por el que se aprueba el Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales, en la redacción que, a su título II da el RD 2612/1996, por el que se modifica el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales.

77. ALONSO MAS, 2005, p. 320.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

den convertirse en un medio de prueba inmejorable del tiempo de residencia en España para un extranjero, en el caso de que el mismo afronte un proceso de regularización extraordinaria, por ejemplo, o en el caso de que quiera solicitar el permiso de residencia por arraigo. Junto a lo anterior no cabe perder de vista que la inscripción en el padrón es planteada como una obligación de los habitantes en el Municipio, y no sólo como un derecho, o como un acto administrativo al que puede llegar a asociarse el ejercicio efectivo de determinados derechos.

El volumen de habitantes de un municipio, y por tanto el número de inscritos en un padrón concreto, tiene incidencia directa a la hora de fijar la dimensión del ente local, lo que determinará su modo de financiación y la cuantía de la misma. Además la población también es un dato determinante a la hora de cerrar la distribución de ciertas partidas presupuestarias estatales o autonómicas, especialmente de las destinadas a las prestaciones sociales y, aún con mayor claridad, las que integran el «Fondo de Apoyo a la Acogida e Integración de Inmigrantes y el Refuerzo Educativo». Pero no sólo es una cuestión de financiación, sino de atribución de competencias a los entes locales. Me explico. Según la LBRL todos los municipios han de prestar determinados servicios (alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas), mientras que sólo aquellos con más de 5.000 habitantes tienen la obligación de gestionar lo relativo a los parques y bibliotecas públicas, mercados y tratamiento de residuos, y sólo los que superen los 20.000 habitantes tendrán bajo su responsabilidad la protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público. El del número de habitantes de un Municipio es, por tanto, un dato de sumo interés.

La Administración cuenta con los datos del padrón para conocer el número de personas que residen en el municipio, así como unas referencias mínimas en relación con las mismas. El conocimiento del dato numérico citado y de ese perfil básico es imprescindible de cara a organizar las funciones y servicios que ha de prestar el Ayuntamiento, a gestionar la administración electoral, o a averiguar el domicilio de los administrados. En relación con la presencia de ciudadanos extranjeros en un municipio, esta realidad muestra unos perfiles muy particulares. Por ejemplo, la planificación de los mapas escolares, de la distribución de los centros de atención primaria, la gestión de los planes de acogida de extranjeros exigen conocer de manera adecuada la presencia y distribución de la población inmigrante en el territorio municipal. Y estos datos se consiguen esencialmente a través del análisis de las inscripciones en el padrón.

Dicho de otro modo, la inscripción o la ausencia de inscripción del extranjero en el padrón de habitantes no son neutrales, como bien se demuestra en el informe del año 2007 del SINDIC DE GREUGES DE CATALUÑA sobre *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*. Y no lo son desde una doble perspectiva, la del propio extranjero y la de la Administración. Para el extranjero la inscripción en el padrón se convierte en condición de acceso a determinadas prestaciones sociales y en prueba de su residencia efectiva en España. Para la Administración, el padrón es una fuente de datos indispensable para el diseño de políticas públicas, y para la adjudicación y reparto de fondos públicos que cubran los costes derivados del desarrollo de las mismas. Esa falta de neutralidad ha sido utilizada por algunos municipios para desarrollar su particular política excluyente, poniendo trabas a la inscripción de los extranjeros irregulares en el padrón, allí donde la legislación no establece de forma expresa esas trabas. Esas barreras suponen, *de facto* una limitación de derechos de los extranjeros, en la medida en que la inscripción padronal, como sucede por lo demás en relación con los nacionales, es condición de ejercicio de ciertos derechos. Esas condiciones se resumen en la siguiente tabla:

Situación administrativa	Derechos de que goza en virtud de su inscripción en el padrón.
Extranjeros con residencia legal empadronados	Los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de aplicación. Por tanto los residentes empadronados, gozan de los derechos contenidos en el art. 18 LBRL.
Extranjeros inscritos en el padrón	Derecho a la educación (<i>de facto</i>): Todos los extranjeros menores de dieciocho años, sean o no residentes, tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y a la postobligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas (art. 9 LE). Aunque la ley no establece límites al ejercicio del derecho dependiendo de la inscripción o no en el padrón, la adjudicación de una escuela pasa, de forma habitual, por la necesaria inscripción en el padrón, que va a asociar al niño a un distrito educativo en función de la residencia en que se empadrone, y por tanto a un centro escolar concreto. Es decir el sistema de preferencias en que se basa la adjudicación de plazas en los centros educativos pone como punto esencial en el baremo de adjudicación la proximidad de la

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Situación administrativa	Derechos de que goza en virtud de su inscripción en el padrón.
	<p>residencia familiar al Centro educativo. Siendo prueba de la residencia la inscripción en el padrón.</p> <p>Derecho a la asistencia sanitaria (<i>de iure</i>): Los extranjeros regulares o irregulares que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12 LE).</p> <p>Derecho a las prestaciones sociales básicas (<i>de facto</i>): art. 14.3 LE. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. En este caso tampoco la ley excluye del disfrute de estas prestaciones a los no empadronados, pero también suelen ser las mismas privativas de los vecinos del municipio y por tanto de las personas en él empadronadas. Incluso en ocasiones es la antigüedad de residencia en el municipio la que da acceso a algunas de estas prestaciones, siendo la prueba más fehaciente de la misma la inscripción en el padrón.</p>
Extranjeros no inscritos en el padrón.	<p>Derecho a la asistencia sanitaria en determinados supuestos:</p> <p>Asistencia de urgencia (art. 12.2 LE). Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.</p> <p>Asistencia a menores (art. 12.3 LE). Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.</p> <p>Asistencia a las mujeres embarazadas (art. 12.4 LE). Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.</p>

De lo aquí apuntado se puede deducir con relativa facilidad, que la negativa expresa o encubierta a empadronar a los extranjeros «irregulares» es ilegal, y por cuanto impide de hecho el acceso a la asistencia sanitaria, inconstitucional.

Pero la falta de neutralidad del padrón no termina ahí, sino que se conecta también con la cuestión de la cesión de datos del padrón. El artículo 53 del Real Decreto 1690/1986 establece, como regla general, que los datos

del padrón son confidenciales, rigiéndose el acceso a los mismos por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y en la LPC. Junto a estas garantías relativas al acceso, el padrón está sujeto al ejercicio por parte de los vecinos de los derechos de acceso y de rectificación y cancelación regulados en los artículos 14 y 15 de la citada Ley Orgánica.

Ahora bien, las excepciones a esta regla general están diseñadas de un modo tan amplio, que casi se convierten, *de facto*, en la verdadera regla general. Así, la LBRL (art. 16.3 y DA 7ª) y el Real Decreto 1690/1986 (art. 53) prevén que los Ayuntamientos tienen la obligación de remitir o ceder los datos del padrón, o permitir el acceso a los mismos a otras administraciones públicas que lo soliciten. Los problemas que esta cesión llevan aparejados tienen que ver con el efecto disuasorio de cara a la inscripción que para los extranjeros irregulares pueda tener la sospecha de que los datos de su inscripción en el padrón puedan ser cedidos a la Policía, de manera que la misma pueda localizarles sin problemas y proceder, eventualmente, a su detención y posterior expulsión. Este problema es, sin duda, el que está en la base del Recurso de Inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Vasco (RI 1024/2004) contra el precepto de la Ley Orgánica 14/2003 que introduce la modificación en la LBRL que concluye en esta previsión de cesión de datos.

En la práctica es difícil saber si se está dando o no el acceso a los datos del padrón por parte de las Policías Nacional o Autonómicas o de la Guardia Civil. El estudio del *Sindic de Greuges del año 2007*, sobre el padrón y los extranjeros⁷⁸ ha verificado que no existe un alto número de peticiones o solicitudes formales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a los Ayuntamientos. Pero eso no garantiza que el acceso a los datos no se haya producido por vía de la petición de los mismos a las Policías Locales. Estas tienen acceso directo y sin necesidad de previa solicitud a los datos del padrón en la medida en que son Administración Local (y por tanto la misma que gestiona el padrón), y la colaboración entre Policías permite pensar que la solicitud de datos del padrón por parte de los cuerpos de seguridad autonómicos o nacionales se producirá por esta vía.

2. CONCEPTO

Aunque normalmente hacemos referencia a los inmigrantes como un colectivo, al que generalmente se asocian las características vinculadas a la

78. SÍNDIC DE GREUGES, 2007, pp. 37-44.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

especial vulnerabilidad, en realidad esta asociación no siempre es automática, y lo cierto es que lo único que caracteriza a los extranjeros venidos a nuestro país es el hecho de ser, precisamente, extranjeros, definiéndose como tales los sujetos que carezcan de la nacionalidad española (art. 1.1 LE). Ahora bien, dentro de este gran grupo podemos distinguir tres secciones bien distintas:

- a) La integrada por los ciudadanos comunitarios, a los cuales no se aplicará la legislación de extranjería en sentido estricto, sino «el régimen comunitario», es decir, la legislación de la Unión Europea (art. 1.2 LE). Los ciudadanos procedentes de otros países de la Unión Europea gozarán exactamente de los mismos derechos que los ciudadanos españoles excepto en lo que hace al disfrute del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales y autonómicas, lo que se deduce de la interpretación *a contrario sensu* de lo prescrito por el artículo 13.2 CE que, bajo la cobertura del tratado de la Unión Europea convierte a los comunitarios en electores y potenciales candidatos en las elecciones locales (y por supuesto europeas) que se celebren en cualquier país de la Unión en que tengan radicada su residencia (*supra*, 1.2.1). A todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española se unirían los derechos subjetivos derivados de la ciudadanía europea, estatus configurado y lleno de contenido tras la firma y ratificación del Tratado de Maastricht, esto es los derechos de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales; de recibir protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Hasta las últimas ampliaciones de la UE, este grupo de extranjeros no generaba especiales problemas de integración, fundamentalmente porque procedían de países generalmente más desarrollados que España y en mejores condiciones socioeconómicas, con lo cual su desplazamiento a nuestro país, ni era masivo ni generaba un conflicto notable con la sociedad de acogida dado el

estrato social de procedencia de estos inmigrantes, y el lugar en que, por tanto, se colocaban a su llegada a nuestro país. Esta realidad ha cambiado sustancialmente desde la ampliación del año 2004⁷⁹, y especialmente con la incorporación de Bulgaria y Rumania en el año 2007. Una buena parte de los países del este de Europa de reciente incorporación se hayan en un grado de desarrollo menor al de España, con lo cual los ciudadanos procedentes de los mismos se desplazan, con mayor frecuencia, por razones económicas, es decir, para buscar mejores trabajos y oportunidades de desarrollo personal en otros estados de la Unión. El caso es especialmente paradigmático en el caso de los ciudadanos rumanos, muchos de los cuales eran emigrantes económicos en los países del oeste de Europa antes de la incorporación de su país a la Unión, habiéndose convertido, por arte de tal adhesión, en ciudadanos comunitarios, sin que por ello hayan dejado de ser inmigrantes económicos. Y dentro del colectivo es singularmente precaria la situación de la minoría romaní, que presenta dificultades de integración notables, por tratarse de comunidades con un bajo grado de sedentarización y con niveles socioeconómicos que los sitúan en lo estratos más bajos de las sociedades de acogida⁸⁰.

- b) La que se compone de los extranjeros no comunitarios procedentes de países desarrollados, como los Estados Unidos, Canadá, Suiza o Japón. En este caso, los extranjeros residentes en España no suelen ser clasificados como emigrantes económicos, porque no es la mejora de sus condiciones de vida lo que les ha impulsado a desplazarse. Por regla general tampoco generan problemas de confrontación con las sociedades de acogida.
- c) Y, por fin, la que incluye a los inmigrantes económicos, procedentes de países en vías de desarrollo, especialmente de Latinoamérica, África, algunos países asiáticos, como China, y algunos países integrantes de la antigua Unión Soviética. En realidad éste es el único

79. En la que se incorporaron a la Unión los Estados de Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa.

80. No se puede por más que recordar el episodio de expulsiones de gitanos rumanos de Francia, en otoño de 2010, expulsiones que el Ministerio de Inmigración galo ha denominado como programa de ayuda «à la réinsertion dans leur pays d'origine des ressortissants roumains en situation irrégulière sur le territoire national». Véase el comunicado al respecto de este departamento ministerial en http://www.immigration.gouv.fr/spip.php?page=actus&id_rubrique=254&id_article=2391, y las reacciones del Consejo de Europa institucionalizadas en el documento denominado «Declaración de Estrasburgo», adoptado en esta ciudad francesa el 20 de octubre de 2010: http://www.coe.int/t/dc/files/events/2010_high_level_meeting_roma/default_FR.asp.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

colectivo que, como tal, puede considerarse especialmente vulnerable, puesto que las condiciones de su desplazamiento se vinculan a situaciones de origen precarias, en las cuales la emigración se plantea como vía de salida de esa precariedad, como vía de desarrollo socioeconómico personal y familiar, y en algunas ocasiones incluso de la comunidad local. Son personas que van a integrar los estratos más bajos de las sociedades de acogida, porque llegan en condiciones económicas difíciles (cuando no realmente avocadas a recibir ayuda social para situaciones de urgencia), porque van a desempeñar las labores peor pagadas y con frecuencia situadas en la economía sumergida (al menos en un primer tiempo), porque carecen de redes familiares de apoyo, porque tienen dificultades para acceder a la vivienda, el empleo y la educación de calidad, etc., en suma, porque son vistos como «los extranjeros», y ellos sí, generan sentimiento de rechazo por parte de la sociedad de acogida, sentimientos que se exteriorizan con mayor o menor virulencia pero que, a pesar de que nos declaramos como un pueblo no racista, están presentes a veces en el subconsciente, otras en el consciente colectivo de «los autóctonos».

En realidad el régimen de extranjería, es decir, la legislación que hemos citado con carácter previo, se aplica a los dos últimos grupos, pero cuando hablamos de los inmigrantes como sujetos específicos de los derechos sociales nos referimos sólo al último, como grupo especialmente vulnerable, o «en riesgo de exclusión social», acrecentado por los nacionales comunitarios procedentes en especial de Rumania, y con mayor intensidad la minoría étnica romaní.

Dentro del (indefinible) colectivo inmigrante, se destacan como grupos especialmente vulnerables los constituidos por inmigrantes irregulares, apátridas y refugiados, mujeres, menores, y en especial los menores no acompañados, niños y adolescentes y minorías étnicas, particularmente minoría gitana. En este capítulo nos referiremos sólo a los dos primeros, puesto que las particularidades del resto se estudian, con mayor propiedad en los correspondientes capítulos de esta obra.

3. FUNDAMENTO

Como regla general los españoles gozan de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española y de los derechos subjetivos reconocidos en las demás normas del ordenamiento vigente, salvo que

una sentencia judicial firme o circunstancias excepcionales, en las que no nos detendremos ahora, avoquen a una situación distinta.

Por su parte los ciudadanos comunitarios gozarán de cuanto derecho se reconoce a los nacionales salvo el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales y autonómicas.

Por último el resto de extranjeros puede ver limitado o sometido a condición el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de la actividad del legislador nacional o de lo contenido en tratados internacionales que España pudiera firmar con su país de origen o con un grupo de Estados de la Comunidad Internacional. Eso no significa que los derechos fundamentales de los que son titulares los extranjeros pierdan esa condición, convirtiéndose en derechos de configuración legal o derechos subjetivos. Seguirán siendo derechos fundamentales en tanto que es la Constitución el texto que los reconoce⁸¹, pero derechos fundamentales cuyo ejercicio podrá ser eventualmente condicionado por la ley o los tratados. Además, y como sucede con los ciudadanos comunitarios, tampoco gozarán del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales, autonómicas y, además, europeas.

Estas diferencias evidentes de tratamiento, y por tanto de estatus constitucional y legal, entre quienes son residentes en España, concurren porque no existe en la Constitución Española ninguna prescripción que imponga la igualdad absoluta entre nacionales y extranjeros existiendo, en cambio, un artículo 13.1 CE que permite a la ley o a los tratados establecer términos (condiciones por tanto) de goce de las libertades públicas contenidas en el Título I de la Constitución cuando éstas conformen el estatuto del extranjero. Dicho de otro modo el principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE se proclama exclusivamente respecto de los españoles, así «son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, son iguales ante la ley y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros» (STC 107/84).

Una vez fijada esta posición la duda que surge es la siguiente: ¿todos los derechos fundamentales pueden someterse a cualquier condición cuando se trate de otorgar la titularidad a los extranjeros? Y es al dar respuesta a esta pregunta cuando nos encontramos con los mayores problemas y tensiones entre la realidad de las cosas y lo que las cosas deberían ser. La realidad de las cosas viene dada por la compleja jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a la que ya nos hemos referido (*supra*, 1.2.2) y que establece un planteamiento que se aleja del deber ser que se nos antoja más apropiado,

81. En este sentido SSTC 107/1984, 99/1985, 115/1987, 144/1990, 94/1993, 130/1995, 91/2000, 95/2000, 137/2000, 95/2003, 72/2005 y 236/2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

un deber ser inspirado en un principio de universalidad que partiese de una igualdad de disfrute de derechos de todos cuantos habitan el territorio nacional, una igualdad sólo susceptible de limitación por causas tasadas, contenidas en la ley, y respetuosas con el principio de proporcionalidad y con la búsqueda de objetivos vinculados a la garantía de una sociedad libre y democrática.

Por esa razón no parece apropiado realizar una proclamación general que vaya más allá de la afirmación de que no cabe hacer proclamaciones generales. Es decir las limitaciones del ejercicio de un derecho en concreto, cuando el titular del derecho es un extranjero, han de ser analizadas en relación con ese derecho en particular, buscándose siempre una finalidad a tal limitación o condición, que se integre adecuadamente dentro de un sistema constitucional lo más respetuoso con el principio de universalidad en el acceso a los derechos. No creo que pueda deducirse de aquí un rechazo absoluto a la introducción de condiciones al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros, al contrario, creo, como iré detallando en los apartados posteriores, que es posible, y en ocasiones incluso conveniente, introducir esas condiciones. Pero esa aceptación pasa porque la condición introducida en un sistema de reconocimiento de derechos que, a mi juicio, debe ser expansivo y tendente a la universalidad, se sustente en una finalidad coherente con la garantía de la continuidad del propio Estado social y democrático de derecho.

Y llegados a este punto, corresponde recordar cuál es el tema general de esta obra y preguntarse ¿y todo esto cómo se aplica al disfrute por parte de los extranjeros de los derechos sociales?

Según algunos autores⁸², la fórmula de la vinculación de los derechos fundamentales a la dignidad humana (*infra*, 6), que excluiría la posibilidad de limitar su ejercicio a los extranjeros, no se aplicaría a los derechos sociales, que apenas serían considerados más que como derechos subjetivos. Evidentemente detrás de esta afirmación está la convicción acerca de que los derechos sociales se vinculan en menor medida a la dignidad humana que los derechos y libertades civiles y políticos y que, en el fondo, no son sino derechos de configuración legal, por lo que la libertad del legislador al definirlos en mucho mayor que la que posee al desarrollar los derechos fundamentales en

82. Por todos, AZNAR LÓPEZ, 2001. No obstante el propio AZNAR reconoce que podría intentarse otorgar por conexión el carácter de intangibilidad a algunos derechos sociales por su conexión con derechos que inequívocamente se consideren como inherentes a la persona, como es el derecho a la vida, conectado claramente con el derecho a la salud, al menos en alguna de sus manifestaciones como es la asistencia sanitaria urgente.

sentido estricto. No obstante, ni siquiera el máximo intérprete de la Constitución ha realizado nunca esta asociación, y de hecho ha reconocido en las sentencias 236/2007 y 259/2007 la imposibilidad de limitar el ejercicio del derecho a la huelga⁸³, el derecho de sindicación⁸⁴ y el derecho a la educación⁸⁵ (tres derechos sociales por excelencia) en razón del origen nacional de su titular. Bien es cierto que estos tres derechos sociales se integran en nuestro texto constitucional en el núcleo duro de garantía de los derechos fundamentales (Sección primera del Capítulo II del Título I), pero no es menos cierto que se trata, por su origen histórico y por sus particulares características, de derechos sociales.

En cualquier caso, tampoco nos interesa utilizar la vía de argumentación que encontramos en la jurisprudencia constitucional y que se refiere a la vinculación entre determinados derechos y la dignidad humana. Y no nos interesa porque es una vía técnicamente defectuosa, y teóricamente arriesgada, además de tremendamente manipulable. Desde la teoría general de los derechos fundamentales, todos y cada uno de los derechos reconocidos al ser humano se vinculan de igual modo a la dignidad humana, porque existen, se configuran y se proclaman en virtud de esa estrecha conexión. Por tanto si todos los derechos se asocian a la dignidad humana por igual,

83. La STC 259/2007 establece que el contenido esencial del derecho a la huelga no permite establecer distinciones en cuanto a sujetos titulares del derecho sino que «de manera coherente con su consideración de medio legítimo para la defensa de los intereses de los trabajadores, lo reconoce de manera general a todos ellos», independientemente de que sean nacionales o extranjeros regulares o irregulares.
84. La STC 236/2007, en su FJ 9 establece que «en nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a "todos" los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a "todos" los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales [...] Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo».
85. El FJ 8 de la STC 236/2007 establece al respecto que «de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad. Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones "toda persona tiene" o "a nadie se le puede negar" el derecho a la educación».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

entonces es preciso recurrir al otro eje argumentativo que emplea el TC, es decir a la fórmula de la preservación del contenido esencial de los Derechos, técnica que nos permite llamar a la puerta del artículo 10.2 CE y por tanto recurrir a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España para definir el contenido básico del Derecho en liza. Una vez sea determinado ese contenido esencial, y sin que el mismo pueda verse afectado, se valorarán los límites impuestos por el legislador al ejercicio del derecho por parte de los extranjeros sometiendo esa actividad del legislador a un adecuado *test* de proporcionalidad, test al que, por lo demás, nos tiene muy acostumbrados en sus argumentaciones el Tribunal de Estrasburgo.

Vayamos un poco más lejos: ¿sería justificable un trato desigual pero no ya restrictivo, sino más favorable para el inmigrante en razón de su especial vulnerabilidad?, es decir, ¿nuestra Constitución daría cobertura a acciones a favor de los inmigrantes que supusieran un trato diferenciado respecto de los españoles? Seguramente la respuesta técnica sería afirmativa, porque, en este caso, saldríamos de la órbita del artículo 14 CE, a cuya limitada titularidad ya nos hemos referido, y pasaríamos a la que nos ofrece el artículo 9.2 CE que, al referirse a la igualdad material, insta a los poderes públicos a remover los obstáculos que la impiden, sin incluir en este caso condiciones relacionadas con la nacionalidad de los destinatarios de las políticas públicas encaminadas a promover la igualdad real y efectiva⁸⁶.

Otra cosa es que la sociedad española de esta década esté preparada para asumir políticas de este tipo. Baste observar la polémica que generan las acciones de discriminación positiva destinadas a promover la igualdad de género, polémica traducida en una altísima conflictividad en sede de jurisdicción constitucional⁸⁷, y ello sobre una discusión de fondo mucho menos contaminada políticamente como es la lucha por la igualdad entre hombre y mujer. ¿Qué sucedería si las medidas de discriminación positiva pretendieran lograr la igualdad real entre españoles y extranjeros? y, aún más complicado ¿cómo ser articularían unas medidas dirigidas a un colectivo cuyo único punto en común es el hecho de no ser nacionales españoles, pero que no presentan una estructura homogénea en su seno?. Dicho de otro modo ¿prestarían de este tipo de medidas los alemanes jubilados residentes en España,

86. A este respecto resulta de sumo interés ESCOBAR ROCA, 2010, pp. 675-694.

87. Para muestra un botón: la constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, que contiene clarísimas medidas de reintegración de la igualdad material *ex* art. 9.2 CE, ha sido cuestionada en numerosas ocasiones ante el Alto Tribunal, siendo declarada constitucional en cada una de ellas, y particularmente en la STC 59/2008, replicada en varias Sentencias desestimatorias posteriores (SSTC 164/2009, 166/2009, 167/2009, 178/2009, 201/2009, 202/2009, 203/2009 y 213/2009).

o quienes las precisan son los originarios de países en vías de desarrollo que están en condiciones socioeconómicas precarias en España?... en fin, el planteamiento de todas estas interrogantes sólo pretende abrir la caja de Pandora teórica, pero no es fácil aprehender el problema, y quizá no sea conveniente hacer experimentos precisamente en este período constitucional porque, a mi juicio, las medidas de discriminación positiva han de contar con un respaldo socio-político que estaría ausente en este momento, de modo que la exploración de esas medidas seguramente provocaría un indeseado efecto boomerang.

4. DERECHOS COMUNES

4.1. DERECHO A LOS SERVICIOS SOCIALES

El artículo 41 CE establece literalmente que «los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo». El precepto constitucional no nos dice demasiado con lo cual es preciso acudir a la normativa de desarrollo para saber cuál es la administración prestadora de esos servicios, y cuál es el contenido concreto de este derecho.

Respecto de la titularidad del derecho por parte de los extranjeros las cosas tampoco están excesivamente claras. Y es que lo primero que se exige para determinar dicha titularidad es comprender la distinción (nada evidente) que establece el artículo 14 de la Ley de Extranjería entre los servicios sociales básicos o generales y los especializados o específicos. El precepto dice literalmente, refiriéndose al derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales, que: «1. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles. En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico. 3. Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas».

De la dicción literal del precepto, que haya nueva redacción en la Ley Orgánica 2/2009, se deduce que sólo los servicios sociales básicos se reconocen a todos los extranjeros con independencia de cuál sea su situación admi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nistrativa. Los servicios sociales especializados, así como las prestaciones y servicios de la Seguridad Social, se reconocen en iguales condiciones que a los españoles únicamente a los extranjeros que sean residentes legales en el municipio, a los menores y discapacitados empadronados, y a los menores no acompañados o en situación de riesgo, a quienes no se les ha exigido la residencia legal en España para disfrutar de las prestaciones sociales (art. 10.3 LOPJM). Ahora bien, dado que la legislación estatal no especifica cuáles son los servicios sociales básicos o generales y cuáles los específicos, la concreción de los mismos debe derivarse de los contenidos de la legislación Autonómica y de las regulaciones locales sobre la materia.

En términos generales la prestación de los servicios sociales a inmigrantes se enmarca dentro de los servicios que en tal sentido prestan las diversas entidades territoriales, sin que la condición de inmigrante dé lugar a la obtención de servicios y prestaciones sociales específicos. Con todo, algunas Comunidades Autónomas han promulgado leyes sobre asistencia social en las cuales se da cuenta específicamente de la atención a la inmigración como uno de los focos de acción de los servicios sociales. En este sentido el fenómeno migratorio es reconocido específicamente en la exposición de motivos de la Ley asturiana de servicios sociales y en el articulado de las respectivas Leyes de servicios sociales de la Rioja y de la Comunidad de Murcia. En la misma línea la Ley 12/1998, de 22 de mayo, contra la exclusión social del País Vasco establece que pueden ser destinatarios de la prestación aquellos inmigrantes que estén en situación administrativa regular. Así mismo, las Cartas de derechos sociales del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra han desarrollado algunos aspectos relacionados con los servicios sociales a inmigrantes.

Ahora bien, esta ausencia general de discriminación por diferenciación o de acciones positivas no significa un trato absolutamente igual en todas las circunstancias. De hecho el acceso a los servicios sociales puede estar, en la práctica, diferenciado, según la opción adoptada por las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos de normalizar la prestación de servicios sociales a este colectivo o de abrir una red de atención paralela y específica.

También entra en la esfera de la casuística la amplitud de servicios que cada región o cada ente local incluye en este ámbito de los servicios sociales, en los cuales se contiene desde la orientación y mediación intercultural, hasta la promoción sociolaboral, la asistencia jurídica, la asistencia en la gestión de recursos, la prevención de la exclusión social, etc. En cualquier caso sí podría decirse que la prestación de servicios sociales se convierte en una «macro-competencia» en la que se incluyen un buen número de acciones destinadas a lograr la cohesión social. En este marco, y con la conciencia de

que lo que acabo de apuntar sugiere la dificultad de ser exhaustiva en la descripción, resulta interesante resaltar algunas prestaciones sociales concretas que tienen a los inmigrantes como destinatarios fundamentales:

- a) La acogida. Las acciones de primera asistencia para los recién llegados suelen afrontar dos tipos de contexto: los que exigen una respuesta rápida a situaciones de urgencia, y los que suponen una situación socioeconómica estable de los recién llegados que soportan, no obstante, déficit en cuanto a conocimiento e información de los procedimientos, servicios, ayudas, y trámites existentes en la administración española.

Así pues, y tal y como establece el Plan Estratégico estatal 2007-2010 las políticas de acogida tendrán como objetivo «proporcionar a las personas inmigrantes las herramientas para alcanzar un grado de autonomía suficiente para el acceso a bienes y servicios, ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes en igualdad de condiciones respecto de la población autóctona». Además el Plan, siempre en lo que hace a las políticas de recepción de inmigrantes, presta especial atención a la promoción de la acogida y el asentamiento de inmigrantes en el medio rural, para favorecer, a través de esta vía, la repoblación de zonas rurales que se están viendo abandonadas por los ciudadanos autóctonos, ofreciendo al tiempo una alternativa de integración para ciudadanos de origen extranjero.

En esta línea, las administraciones (autonómica y local especialmente) suelen trabajar en: a) la creación de centros de primera acogida; b) la elaboración de guías de recursos en diversas lenguas; c) la información y asistencia en oficinas propias creadas al efecto o en dependencias municipales en relación con temas como el censo, el empadronamiento, lo relativo al catastro, lo que hace a la Seguridad Social y a los trámites vinculados con la Agencia Tributaria, lo relativo al INEM u organismos asimilables, turismo, trámites judiciales y relacionados con el Registro Civil, Instancias de todo tipo, Policía Local, reglamentos y ordenanzas municipales, etc. Además, en el ámbito relativo a la información, la asesoría en asuntos socio-jurídicos ocupa un lugar destacado.

- b) La mediación y la sensibilización. La mediación es un método de trabajo con la sociedad de acogida y los inmigrantes que pretende, a través de los mediadores (sujetos neutrales y especializados), lograr soluciones pacíficas a los problemas de convivencia que puedan surgir en el entorno local. A su vez la sensibilización social se procura a

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

través de programas de formación que se dirigen esencialmente a la población autóctona. Prácticamente todos los municipios en los cuales se verifica la presencia de inmigrantes desarrollan labores de mediación y sensibilización de forma más o menos institucionalizada. Junto a ello parece de interés resaltar también las acciones destinadas a formar a los funcionarios o trabajadores de los servicios sociales que habrán de ocuparse de atender al colectivo de extranjeros. Pero no son éstas las únicas actividades existentes en materia de mediación y sensibilización. En este mismo grupo habría que incluir todas actuaciones referidas al desarrollo de actividades interculturales, a la educación para la convivencia, a la promoción del trabajo de las asociaciones y voluntariado, interesados en los problemas de mediación y convivencia, etc. En resumen, se incluiría en este ámbito cualquier tipo de actuación destinada a fomentar el establecimiento de foros de encuentro entre la población inmigrante y la población autóctona.

- c) La atención a la infancia y la juventud. Uno de los temas más problemáticos en relación con la atención a la infancia y juventud es el relativo a la asistencia a los menores desamparados. A este respecto ha de recordarse que son las Comunidades Autónomas las encargadas de asumir, en la mayoría de los casos, la tutela de los menores no acompañados, con todo lo que ello supone de asistencia y acompañamiento. Por su parte los municipios han de ejercer competencias relacionadas con la intervención integral sobre el menor, la dotación de educadores de calle especializados, la formación de la policía municipal en relación con este género de situaciones, la organización de servicios de atención primaria, la prestación de servicios educativos, la protección y asistencia en combinación con la Comunidad Autónoma, etc. De hecho son muchos los entes locales que tienen programas específicos de prevención de situaciones de exclusión social para jóvenes inmigrantes, y entre ellos destacan los de las ciudades de Madrid y Barcelona, los de diversos municipios de las comunidades autónomas canaria y andaluza, y los de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.
- d) La atención a los colectivos de atención preferente. A pesar de que el colectivo inmigrante es, por sí mismo, objeto de atención preferente de las políticas asistenciales, la administración reconoce que, dentro de este colectivo, existen subgrupos en situación de especial vulnerabilidad, como pueden ser las mujeres –víctimas o no de violencia de género–, los menores, los drogodependientes, y las mino-

rías étnicas, y son muchos los programas específicos destinados a estos grupos.

4.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

El artículo 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, sin establecer mayores precisiones en cuanto a su titularidad. El precepto se completa estableciendo las obligaciones de los poderes públicos en relación con este derecho, obligaciones que se concretan en la competencia para organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas, prestaciones y servicios que sea menester y a través del fomento de la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio. Junto a ello la Constitución prevé que será la ley la que establezca los derechos y deberes de todos en relación con el acceso a la salud y en relación con las obligaciones de las administraciones públicas de cara a garantizar la protección de la salud.

En desarrollo de esta reserva de ley, el artículo 1.2 LGS atribuye la titularidad del derecho a la salud (no necesariamente su gratuidad) a «los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional». El artículo 3.1.a) LCC⁸⁸, por su parte, remite al artículo 12 LE, que establece, en la nueva redacción prevista por la Ley Orgánica 2/2009, lo siguiente: «1. Los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

Este precepto y la legislación concordante, dibuja, en materia de titularidad del derecho a la salud, el siguiente cuadro:

88. Es importante destacar que seguidamente el art. 3.1 incluye a los ciudadanos comunitarios y a los demás extranjeros (se entiende, en ambos casos si no son residentes en España), entre los «titulares» del derecho a la salud, pero sólo en la medida en que se lo reconozca el Derecho comunitario o los tratados y convenios suscritos. En realidad, esta remisión en blanco nos sitúa fuera del contenido constitucional del derecho: p. ej., si se concede la asistencia sanitaria ante enfermedades no graves a los ciudadanos comunitarios dicha asistencia formará parte del contenido adicional del derecho, careciendo de trascendencia constitucional directa.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- Los extranjeros residente legales (regulares), y que sean trabajadores por cuenta ajena serán beneficiarios del régimen general o especial de la Seguridad Social que les corresponda en razón de su actividad, y de la asistencia sanitaria que corresponda a ese régimen.
- Los residentes regulares sin trabajo, sin cotizaciones a la Seguridad Social y cuya renta anual esté por debajo del salario mínimo interprofesional se beneficiarán de la asistencia sanitaria gratuita (art. 2 del RD 1088/1989, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes)⁸⁹.
- Los residentes irregulares empadronados se acogerán al mismo régimen que los extranjeros residentes legalmente en España y que a los españoles.
- Los residentes irregulares no empadronados no gozarán del derecho a la prestación sanitaria, salvo en tres circunstancias: contracción de enfermedades graves o accidentes, en cuyo caso se tiene derecho a la asistencia sanitaria pública «de urgencia» y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica (RD 63/1995, de ordenación de las prestaciones sanitarias); menores de 18 años, que tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 10.3 LOPJM); y embarazadas, que tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto (cobertura que podría entenderse concedida en relación con el ánimo de protección al menor del art. 24 CDN⁹⁰).

En el panorama comparado esta configuración del derecho a la salud de los empadronados, sea cual sea su nacionalidad y su condición administrativa, puede ser valorada muy positivamente. Sintetizando el cuadro que acaba de presentarse podría decirse que sólo los extranjeros mayores de edad no empadronados, y que no están en situación de precisar asistencia urgente (habría que ver qué contenido se da a esta ambigua expresión⁹¹), quedan desprotegidos. Si se tiene en cuenta que, al menos en principio y como idea general, el acceso al padrón de habitantes es muy sencillo, no parece desproporcionada la condición de acceso al derecho a la salud, ni ilegítima la finalidad de la limitación de acceso que no puede ser otra más que la sostenibilidad de un sistema sanitario con graves problemas de déficit. Dicho de otro

89. En este sentido, GARCÍA VÁZQUEZ, 2007.

90. En el mismo sentido se pronuncia el art. 12.2 CEDAW.

91. MALGESINI, 2002, pp. 289-290.

modo, no parece ser una medida que busque la sanción indirecta de los extranjeros irregulares, sino más bien evitar el «turismo sanitario».

Por su parte la acción de las administraciones públicas no ya en materia de acceso al derecho a las prestaciones sanitarias en sentido estricto, sino en el ámbito de la promoción de la salud es también tremendamente rica. Por ejemplo los municipios están legitimados por lo previsto en los artículos 25 y 28 LBRL, para participar en la gestión de la atención primaria de la salud. Esa actuación se articula a través de lo previsto en el artículo 42 LGS. En este contexto normativo, y como regla general que puede verse alterada por la normativa autonómica en la materia, los municipios ejercerán las siguientes funciones: a) control sanitario del medio ambiente (contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales); b) control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones; c) control sanitario de edificios y lugares de viviendas y convivencia humana, especialmente en centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad física, deportiva y de recreo (esta función es básica para la concesión, por ejemplo, del certificado de habitabilidad de la vivienda necesario para la reagrupación familiar, y para garantizar unas condiciones de vida y salubridad mínimamente respetuosas con la dignidad humana de los inmigrantes en peores condiciones socioeconómicas); d) control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humano, así como los medios de transporte. Esta actividad es relevante en relación con algunas costumbres alimenticias de personas de origen extranjero (*halal*, para los musulmanes o *kasher* para los judíos, fundamentalmente); e) control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria, importante también en relación con el control de ritos funerarios propios de culturas extranjeras; f) desarrollo de programas de promoción de la salud, educación sanitaria y protección de grupos sociales con riesgos específicos, uno de los cuales, evidentemente, es el colectivo inmigrante, en ocasiones con hábitos sanitarios e higiénicos muy distintos y distantes de los de las sociedades de acogida, y en ocasiones con carencias de base –vacunación, educación reproductiva y sexual– que es preciso paliar; g) conservación y mantenimiento de los consultorios locales.

Dentro de este marco normativo, son muchos los entes locales que desarrollan acciones en materia de promoción de la salud a través de la aprobación de Ordenanzas relacionadas con el tratamiento de los alimentos y la salubridad en espacios públicos como por ejemplo en los mercados; a través de la publicación de guías socio sanitarias para inmigrantes (es interesante

la publicada por San Sebastián de los Reyes, Madrid); a través del desarrollo de programas formativos para profesionales de la salud, o para mediadores; a través de la promoción de la participación de la población inmigrante en programas de educación para la salud (en algunos municipios se hace hincapié en la formación en pediatría, prevención del embarazo no deseado y enfermedades de transmisión sexual).

Estas acciones en ocasiones se articulan a través de la Red Española de Ciudades Saludables, asociada a la FEMP y que observa, entre sus actuaciones básicas, el trabajo sobre el entorno sanitario de la población inmigrante.

4.3. DERECHO A LA EDUCACIÓN

Un acceso adecuado al derecho a la educación es clave para lograr la cohesión social. Lo es mucho más cuando son los inmigrantes los que se hallan en riesgo de exclusión social, y por tanto los que amenazan con romper la cohesión por sus dificultades de integración cultural y lingüística, por las dificultades que acompañan su vida laboral, varada en muchas ocasiones en razón de una formación deficiente. Además el acceso a una educación de calidad es el único mecanismo conocido para lograr que las segundas generaciones pasen a formar parte de la comunidad que acogió a sus padres, y que es la suya desde su nacimiento, en términos de igualdad con los hijos de los nacionales. La propia Ley Orgánica 2/2009, reconoce que la incorporación de los inmigrantes al sistema educativo, garantizándose en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del estado, son factores esenciales de la integración (art. 2^{ter} LE).

Partiendo de ese presupuesto sociológico, el marco jurídico constitucional viene dado por lo contenido en el artículo 27 CE, que establece en su apartado primero que *todos* tienen el derecho a la educación, reconociéndose además la libertad de enseñanza, en su apartado cuarto que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita y en su apartado quinto que los poderes públicos garantizan el derecho *de todos* a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

Este reconocimiento, innegablemente amplio del derecho a la educación, se concreta, en el ámbito de la titularidad del derecho tanto en la LOE como en la LE.

Así, respecto de los alumnos extranjeros, la LOE señala que todo lo relacionado con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero

«en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre» (DA 19), con lo cual, el reenvío nos obliga a analizar en detalle el artículo 9 LE. Y ese análisis en detalle nos obliga a repasar los avatares asociados a la redacción del precepto.

La redacción original del artículo 9 LE establecía que: «1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 2. Los extranjeros tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación infantil y superiores a la enseñanza básica y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 3. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes».

Esto es, el artículo reconocía sin ningún tipo de limitación el derecho a la educación de los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, de su edad o del tipo de educación (obligatoria o no obligatoria) al que se estuviera haciendo referencia. Junto a ello el precepto remitía a la normativa pertinente en lo que a libertad de enseñanza se refiere.

Este reconocimiento amplio se ve sustancialmente limitado con las modificaciones introducidas a la redacción de la ley por la Ley Orgánica 8/2000, ya que la misma suprimía el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros entre 16 y 18 años sin autorización legal de residencia en España. Y lo hacía en estos términos: «1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. 3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado ante-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas. 4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural. 5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes».

Esto es, el artículo 9.1 LE garantizaba la igualdad entre los menores españoles y los menores extranjeros sólo en lo que hace a la educación básica, obligatoria y gratuita, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Esto significa que los menores extranjeros comprendidos en la franja de los 0 a los 6 años y de los 16 a los 18 años no veían garantizado su derecho a la educación por ley. Así, verían su derecho a la educación limitado en el caso de no ser residentes legales, puesto que sólo podían acceder a la enseñanza básica obligatoria, y no a las enseñanzas de bachillerato, formación profesional de grado medio, enseñanzas profesionales de las artes plásticas y diseño de grado medio y enseñanzas deportivas de grado medio (art. 3.4 LOE, en relación con la definición de las enseñanzas secundarias postobligatorias).

Este recorte evidente fue abiertamente contestado por algunas administraciones públicas, especialmente por la autonómica catalana. Esa rebelión abierta se puso de manifiesto en el artículo 4.6 del Decreto 188/2001 de la Generalitat, de 26 de junio, sobre los extranjeros y su integración social en Cataluña. Este precepto salvaba de la excepción de acceso al derecho a la educación de los menores con edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, al establecer que «el Departamento de Enseñanza y el Departamento de Bienestar Social adoptarán las medidas necesarias para facilitar el acceso de los extranjeros inscritos en el padrón de cualquiera de los municipios de Cataluña a la enseñanza de naturaleza no obligatoria y a los centros de formación de adultos, respectivamente». Precisamente por salvar la excepción establecida en la Ley estatal, el abogado del Estado interpuso en su día recurso contencioso administrativo contra el artículo citado alegando que la regulación autonómica no respetaba el estatuto jurídico del extranjero diseñado por la normativa estatal, dándole la razón la sección 5ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia nº 1233/2004 de 4 de noviembre de 2004) y procediendo a anular el artículo 4.6 del Decreto autonómico 188/2001.

El otro escenario de la rebelión, fue la interposición de varios recursos

de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2000 planteados por distintas Comunidades Autónomas. De entre esos recursos, el planteado por el Parlamento de Navarra (resuelto por la STC 236/2007) y el interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (resuelto por la STC 262/2007), impugnaron el punto 7 del artículo primero de la Ley 8/2000, que daba nueva redacción al apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000.

Antes de resolverse los recursos, y como tercer escenario en que se escenificó la falta de consenso sobre este tema, el Reglamento de Extranjería aprobado por el Ejecutivo socialista en la legislatura siguiente a la aprobación de la Ley Orgánica 8/2000, en su disposición adicional 14^a preveía que las Administraciones educativas podrían facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza postobligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad. Aparece aquí el requisito de la inscripción en el padrón, pero se incorpora a los irregulares al disfrute del derecho controvertido siempre y cuando las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus propias competencias, estimen pertinente realizar esta extensión del derecho. Dicho de otro modo, el Reglamento, *a posteriori*, venía a avalar la actuación de la Generalitat de Cataluña.

Finalmente el Tribunal Constitucional, al resolver los recursos de inconstitucionalidad a que hemos hecho referencia también avaló la posición «rebelde» frente a la LE y declaró inconstitucional, en la STC 236/2007, el artículo 9.3 de la misma en la redacción que le hubiera dado la Ley Orgánica 8/2000.

La reflexión del Tribunal Constitucional parte de un interesante presupuesto, cual es la consideración de que el contenido del derecho a la educación que está en juego en este asunto, corresponde con la dimensión prestacional del mismo, esto es con su dimensión más evidente de derecho social. Después de plantear la cuestión en estos términos el Tribunal recorre la normativa internacional sobre derecho a la educación, evocando especialmente el artículo 26 DUDH, el artículo 13 PIDESC y el artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH, para afirmar a renglón seguido que «de las disposiciones transcritas se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para "establecer una sociedad democrática avanzada", como reza el preámbulo de nuestra Constitución».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Tras ello, en un salto lógico un tanto acrobático en el que se trae a colación la STC 86/1985, el Tribunal afirma que la dimensión prestacional del derecho consagrado en el artículo 27.1 CE no ha de limitarse a la educación básica, sino que la misma deberán hacerla efectiva los poderes públicos, garantizando «el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza» (art. 27.5 CE), para continuar diciendo que «el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad».

Y concluye el Tribunal su razonamiento con tres párrafos que nos parece interesante transcribir literalmente: «Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones "toda persona tiene" o "a nadie se le puede negar" el derecho a la educación. Según se ha visto, el acceso a los establecimientos escolares y el derecho a utilizar, en principio, los medios de instrucción que existan en un momento determinado, debe garantizarse, de acuerdo con el art. 1 CEDH, "a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante". Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (SSTEDH caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; caso Príncipe Hans Adams II de Lichtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal. La supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador. En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria

postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre».

No vamos más allá en el comentario en este momento, porque nuestra intención es retomarlo inmediatamente. Veamos por qué.

A results de lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia, el legislador, a través de la Ley Orgánica 2/2009, da la siguiente nueva redacción al art. 9 LE: «1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria. Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización. 2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles. 3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social. 4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración».

Lo que resulta de este precepto parece ser lo siguiente, simplificando al máximo un problema realmente complejo:

- La educación básica, obligatoria y gratuita, esto es la comprendida entre los 6 y los 16 años, es reconocida a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa. Si un extranjero ma-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

yor de 18 años está escolarizado aún en algún nivel de la educación básica, también se le reconoce el derecho esté o no en situación de regularidad en España.

- La educación preobligatoria (entre los 3 y los 5 años) también queda reconocida a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.
- La educación postobligatoria (entre los 16 y los 18 años) es reconocida a todos los extranjeros que, efectivamente, sean menores de 18 años independientemente de su situación administrativa.
- La educación postobligatoria de los mayores de 18 años es reconocida sólo a los extranjeros residentes, esto es a aquellos con autorización de estancia o residencia. En ese contexto el sistema público de becas para facilitar el acceso a este tipo de educación se reserva también a los extranjeros residentes.

Simplificando aún más. Ahora el punto de inflexión es la edad del extranjero. Así, los *mayores de 18 años no residentes* no tendrán reconocido el derecho a la educación postobligatoria.

Pues bien, este complejo normativo, y la lectura que el legislador hace de la STC 236/2008, ha generado dos tipos de reacciones diversas en las Comunidades Autónomas, que son las Administraciones encargadas de gestionar, administrativamente, el acceso tanto a las enseñanzas obligatorias como a las postobligatorias.

La primera reacción ha sido la determinación de excluir a los extranjeros mayores de 18 años y no residentes de la educación postobligatoria, esto es aplicar la ley sin mayor consideración. En este sentido la Comunidad Valenciana reactivará mediante Resolución de 22 de diciembre de 2009, la Resolución de 9 de febrero de 2005, del Director General de Enseñanza, por la que se dictan instrucciones para la aplicación de la LE y del RE. Esta Resolución impone a los centros docentes de la Comunidad Valenciana un procedimiento de actuación a la hora de proceder a la matrícula de los extranjeros, estableciendo: 1) que todos los extranjeros menores de 18 años que deseen incorporarse a la Educación Infantil, la Educación Primaria o la Educación Secundaria Obligatoria, podrán hacerlo, según su edad o nivel académico de conformidad con lo previsto en la legislación vigente; 2) que los extranjeros menores de 18 años podrán incorporarse a las enseñanzas postobligatorias no universitarias si cumplen con los requisitos académicos y de escolarización previstos en la normativa vigente y si poseen o bien NIE, o bien certificado de empadronamientos o bien tarjeta de estudiante (o visado de estudios); y 3) que los extranjeros mayores de 18 años podrán incorpo-

rarse a las enseñanzas postobligatorias no universitarias si cumplen los preceptivos requisitos académicos o de escolarización, y si poseen o bien NIE o bien tarjeta de estudiante (o visado de estudios).

Refirámonos a la segunda reacción. La misma viene escenificada por la decisión del Parlamento de Navarra de plantear recurso de inconstitucionalidad (RI 2085 2010) contra el artículo 9 LE en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, al entender que el hecho de que en el mismo sólo se garantice a los extranjeros mayores de 18 años el derecho a la educación postobligatoria si tienen autorización de residencia en España, vulneraría lo dispuesto en el artículo 27 CE, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en la STC 236/2007, es decir, en la misma sentencia que declaró inconstitucional la anterior redacción del mismo precepto hoy de nuevo impugnado, al estimar que el inciso «residentes» del artículo 9.3 LE era contrario a la Constitución.

Aquí el problema ya no es si cabe distinguir entre menores residentes y menores no residentes en el acceso al derecho a la educación, sino que el problema se sitúa en la determinación de si cabe establecer legalmente una distinción entre los mayores de edad residentes y los mayores de edad no residentes en el acceso al derecho a la educación no obligatoria. Y la cuestión que plantea el Parlamento de Navarra es interesante: ¿da respuesta a este problema la STC 236/2007? El recurrente cree que sí, y que tal respuesta conduce indefectiblemente a entender que el nuevo artículo 9.2 es inconstitucional. Ciertamente es que los planteamientos generales volcados en los tres párrafos transcritos anteriormente parecen dar respuesta a la cuestión planteada en el sentido percibido por el Parlamento de Navarra. Así, de lo dicho por el Tribunal Constitucional puede deducirse:

- Que el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE (donde no se introducen matices vinculados a la edad) corresponde a todos, nacionales y extranjeros regulares o irregulares. Esta titularidad expansiva se deriva de la interpretación del sujeto del derecho reconocido en el precepto (*todos*), a la luz de los tratados internacionales firmados por España en los que también se reconoce este derecho y se hace concediendo su titularidad a toda persona, no admitiéndose la denegación del mismo a nadie.
- Que el derecho a la educación así reconocido comprende el derecho de acceso a los establecimientos escolares y a utilizar los medios de instrucción que existan en un momento determinado: esto es, creada una estructura educativa, es preciso permitir el acceso a la misma a todos los que estén bajo la jurisdicción de un Estado, sean nacionales

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- o no nacionales, regulares o irregulares (art. 1 CEDH, interpretado a la luz del art. 14 CEDH por el TEDH en diversos pronunciamientos).
- Este reconocimiento no supone una ventaja del irregular sobre el regular, puesto que los extranjeros irregulares pueden ser expulsados «pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador».
 - En el caso de la estructura educativa creada por España, el derecho a la educación garantizado por el artículo 27.1 CE e interpretado como se ha venido diciendo, comprende el acceso a la enseñanza básica (obligatoria) y el acceso a la enseñanza no obligatoria.

Como puede observarse, el Tribunal no se refiere, hasta aquí, a la cuestión de la mayoría de edad como elemento que pueda introducir algún tipo de diferenciación. Así, sin leer más, podría entenderse que, en la medida en que la estructura educativa creada por España también incluye, por ejemplo, la enseñanza universitaria, el derecho a la educación incluye la misma, y por tanto no es posible impedir el acceso a los extranjeros mayores de edad irregulares a las enseñanzas postobligatorias asociadas a la mayoría de edad de forma evidente, esto es las enseñanzas universitarias. Pero también podría entenderse que el Tribunal no da respuesta a esta cuestión en la STC 236/2007, porque ni siquiera se planteó este problema. De hecho, en el último inciso del FJ 8, el Tribunal restringe su pronunciamiento y afirma que el «derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros *menores de edad* forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor». No cabe duda de que el mismo razonamiento podría aplicarse si habláramos de los mayores de edad, pero quizá el Tribunal debería decirlo expresamente para salvar el resquicio interpretativo al que se ha agarrado el legislador para, tras la STC 236/2007, continuar introduciendo límites al ejercicio del derecho a la educación, en este caso para los mayores de edad no residentes que desean acceder a la educación no obligatoria.

La gran duda es la siguiente: ¿entonces el legislador no puede modular en absoluto el acceso a la educación en ningún nivel a los extranjeros irregulares? ¿es lógica esta imposibilidad, si admitimos que existe, en un contexto en que el extranjero es expulsable? ¿tiene sentido que el Estado «invierta» en la formación universitaria de una persona a la cual devolverá a su país de origen en cuanto tenga ocasión? En fin, todas estas dudas también pueden ser acusadas de plantear un problema eminentemente teórico, y ser por tanto casi retóricas. Y es que debemos imaginar que el supuesto de un mayor de

edad irregular (y no regularizable), deseo de acceder a la formación universitaria superior es altamente improbable. Seguramente un extranjero que desea realizar estudios universitarios en nuestro país, y que está en condiciones de hacerlo, será porque se ha formado en el sistema educativo español, o al menos porque lleva en España el tiempo suficiente como para haber homologado su título de enseñanza secundaria y para haber realizado la correspondiente prueba de acceso a la Universidad, de lo que se deduce que, seguramente estará en condiciones de solicitar la regularización por circunstancias excepcionales, y pasar por tanto de la situación de irregularidad a la de residencia legal.

En cualquier caso el problema teórico persiste ¿existe alguna razón que justifique la limitación que el legislador ha introducido en la reciente ley de extranjería? El Tribunal Constitucional pareciera decir en la STC 236/2007 que el ejercicio del derecho a la educación puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otras circunstancias como la situación administrativa. Bien es cierto que esta afirmación se refiere a los menores, pero tal y como está formulada es perfectamente aplicable a los mayores de edad. Ni el control de fronteras, ni la política de control de flujos parecen ser en este caso razones suficientes para limitar el ejercicio del derecho, puesto que esa limitación no va a favorecer una mejor gestión de esas políticas, ni parecen coadyuvar a la consecución de sus objetivos porque, evidentemente, ni la limitación del derecho permitirá expulsar con más facilidad a estos irregulares, ni favorecerá el control de acceso de futuros inmigrantes. La única razón parece asociarse a la voluntad de no identificar plenamente el estatuto de regulares e irregulares en este ámbito, esto es al deseo de «premiar» a los inmigrantes regulares, y marcar un punto de inflexión en las prestaciones a las que los extranjeros pueden acceder, esto es incidir en la idea del reconocimiento «progresivo» de derechos. La cuestión de si esta razón justifica o no la limitación está por decidir y deberá hacerlo, en su día, el Pleno del Tribunal Constitucional.

Hasta aquí el marco normativo, como vemos terriblemente complejo, y como parece deducirse de las últimas cuestiones descritas, eminentemente abierto. Si nos apartamos, no obstante el interés evidente que presenta, del análisis normativo, podemos adentrarnos en el planteamiento de los problemas que, en el ejercicio de este derecho, genera la presencia de personas inmigrantes. Las necesidades educativas de la población de origen extranjero se polarizan en torno a las cuestiones de la formación de adultos, la formación de jóvenes con problemas de fracaso escolar o de carencias educativas graves, y la integración escolar de los niños de familias inmigrantes (nacidos ya aquí o venidos de pequeños). Y las dificultades de acceso a una educación

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

adecuada en relación con estos polos se manifiestan en la falta de medios para poner en marcha la educación compensatoria que se requeriría, en un marcado absentismo escolar, especialmente entre los niños de determinadas nacionalidades y, sobre todo, en la excesiva concentración de niños de origen inmigrante en determinados centros escolares.

Las soluciones a estos problemas no son sencillas, y sobre todo, en un escenario de descentralización de las políticas educativas, no son uniformes en el territorio nacional. Es cierto que en todas las Comunidades Autónomas se ha articulado –mejor o peor– la necesidad de responder a las necesidades educativas especiales identificadas en la población de origen extranjero, y se ha hecho sobre la base de dos previsiones contenidas en la LOE.

La primera, incluida en los artículos 78 y 79 se refiere a los alumnos que se integran tardíamente en el sistema educativo español, esto es, a los alumnos que por proceder de otros países o, por otros motivos no especificados en la norma, se incorporan al sistema español en la edad de escolarización obligatoria pero no en sus primeros años. En relación con los mismos la LOE prevé que las Administraciones educativas garantizarán que su escolarización «se realice atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico, de modo que se pueda incorporar al curso más adecuado a sus características y conocimientos previos, con los apoyos oportunos, y de esta forma continuar con aprovechamiento su educación». Dicho de otro modo, se prevé que la incorporación a la escuela de los alumnos inmigrantes procedentes de otros sistemas educativos, se realice teniendo en cuenta no sólo su edad, sino sus particulares circunstancias de mérito y capacidad. Junto a ello, el artículo 79 establece un mandato a las Administraciones educativas, y por tanto a las Administraciones Autonómicas, que se traduce en la obligación de las mismas de «desarrollar programas específicos para los alumnos que presenten graves carencias lingüísticas o en sus competencias o conocimientos básicos, a fin de facilitar su integración en el curso correspondiente». Estos programas se desarrollarán de forma simultánea a la escolarización de los alumnos en los grupos ordinarios, esto es no supondrá la apertura de un sistema paralelo de enseñanza para los extranjeros, sino la normalización de los mismos en las escuelas ordinarias.

La segunda previsión se refiere a la educación compensatoria (arts. 80 y ss. LOE), que se prevé, no sólo en beneficio de los inmigrantes, pero que en la práctica se aplica fundamentalmente a los mismos. El objetivo fundamental de la educación compensatoria es hacer efectivo el principio de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación. La propia Ley Orgánica establece que las políticas de educación compensatoria reforzarán la acción del sistema educativo de forma que se eviten desigualdades derivadas de factores

sociales, económicos, culturales, geográficos, étnicos o de otra índole, de modo que parece claro que los mayores beneficios de las mismas se sitúan en el tratamiento de los problemas que hemos identificado más arriba en relación con los alumnos de origen extranjero. Estos objetivos generales de la Ley serán concretados en cada Comunidad Autónoma, y desarrollados con arreglo a las políticas educativas de cada una de ellas.

Así pues la legislación contempla dos problemas y dos soluciones: el problema de los alumnos extranjeros que se incorporan al sistema educativo español avanzado ya el momento de afiliación inicial al mismo (esto es en primero de primaria), y el problema de los alumnos que, sin estar necesariamente en el primer caso, necesitan por razón de su situación socioeconómica o sociocultural, un apoyo educativo. Pero además la LOE atiende a la necesidad de solucionar los problemas asociados a las situaciones específicas descritas sin desatender la calidad de las enseñanzas que recibe el conjunto del alumnado, esto es, trata de dar las pautas para no caer en el problema de la segregación escolar, aunque bien es cierto que lo hace (no puede ser de otro modo) de una forma muy «discreta». Así establece el artículo 87 LOE relativo al equilibrio en la admisión de alumnos que: «1. Con el fin de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, las Administraciones garantizarán una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Para ello, establecerán la proporción de alumnos de estas características que deban ser escolarizados en cada uno de los centros públicos y privados concertados y garantizarán los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo. 2. Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo las Administraciones educativas podrán reservarse hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados. Asimismo, podrán autorizar un incremento de hasta un diez por ciento del número máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía. 3. Las Administraciones educativas adoptarán las medidas de escolarización previstas en los apartados anteriores atendiendo a las condiciones socioeconómicas y demográficas del área respectiva, así como a las de índole personal o familiar del alumnado que supongan una necesidad específica de apoyo educativo».

Ahora bien estas previsiones no han logrado evitar la concentración de alumnado de origen extranjero. Por un lado porque la concentración espacial de los inmigrantes en determinados barrios de determinadas ciudades

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

condiciona la adscripción de sus hijos a las escuelas de esos barrios, por la misma razón que el domicilio de los nacionales condiciona su acceso a determinados centros escolares: la proximidad geográfica. Por otro lado porque las políticas de algunas Comunidades Autónomas (siempre en el ejercicio de sus competencias) han buscado favorecer a los centros concertados «preservándoles» de la presencia masiva de alumnos necesitados de educación compensatoria. No obstante, la mayoría de los déficits identificables en materia de segregación educativa parecen explicarse por la decisión política de realizar la planificación educativa con el objetivo principal de satisfacer la elección de las familias que participan en el proceso de admisión, por encima de la voluntad y el deber de garantizar la equidad del sistema educativo en su conjunto. En este sentido se pronuncia el Síndic de Greuges en su Informe al Parlamento Catalán del año 2009.

En este ámbito es destacable la propuesta de la Ley 12/2009, de 10 julio, de Educación de Cataluña, que prevé en el artículo 48 algunas medidas para evitar la segregación escolar, medidas que el Departamento de Educación de la Generalitat de Cataluña prevé estén implantadas en el año 2011. Estas medidas son las siguientes:

- La Administración educativa debe establecer territorialmente la proporción máxima de alumnos con necesidades educativas específicas que pueden ser escolarizados en cada centro en el acceso a los niveles iniciales de cada etapa y, si procede, la reserva de plazas escolares que, como mínimo, es preciso destinarles. Esta reserva puede mantenerse hasta el final del período de preinscripción y matrícula, que no puede sobrepasar el inicio de curso.
- Para atender necesidades de escolarización derivadas de la atención a los alumnos con necesidades educativas específicas, considerándose también como tales las que se derivan de la incorporación tardía, el Departamento puede autorizar, de forma excepcional y motivada, una reducción y, exclusivamente para atender necesidades inmediatas de escolarización de alumnos de incorporación tardía, un incremento de hasta el 10 % del número de plazas escolares por grupo.
- La Administración educativa debe garantizar la igualdad en la aplicación de las normas de admisión, lo cual incluye el establecimiento de las mismas áreas de influencia para los centros públicos y los centros privados concertados.
- La Administración educativa debe adoptar las medidas de escolarización establecidas en los apartados 1, 2 y 3 atendiendo a las condiciones socioeconómicas y demográficas de las respectivas áreas de influencia.

- La Administración educativa aporta recursos adicionales a los centros que prestan el Servicio de Educación de Cataluña en función de las características socioeconómicas de la zona, la tipología de las familias de los alumnos que atiende el centro.

Junto al evidente protagonismo de la Administración Autonómica en el diseño de adecuadas políticas educativas, tendentes a solventar los problemas educativos del colectivo inmigrante no se puede olvidar la acción de los entes locales. Los municipios, en virtud de lo dispuesto en la LBRL y en los artículos 8.1 y 67 LOE: participarán en la programación de la enseñanza; cooperarán con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, interviniendo en sus órganos de gestión; participarán en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria; y participarán en la educación de personas adultas, especialmente en la enseñanza de las lenguas oficiales en España a los inmigrantes, que podrá realizarse por las administraciones educativas en coordinación con los entes locales.

Pero además, la LOE impone a las corporaciones locales la obligación de coordinarse con el resto de administraciones con competencias educativas para asegurar una mayor eficacia en la asignación, distribución y utilización de los recursos destinados a la educación.

En este punto en concreto, los municipios pueden trabajar para evitar la concentración del alumnado inmigrante en unos pocos centros o aulas (ya que la asignación de centro es responsabilidad municipal), o desarrollando programas para la reducción del absentismo escolar, o colaborando con los centros educativos en la acogida de inmigrantes a través de la cesión de materiales o de personal para facilitar la integración de los alumnos de origen extranjero.

Por su parte las responsabilidades municipales en la formación de adultos, se traducen, por lo que hace al colectivo inmigrante, en la necesidad de colaborar en la formación permanente de personas adultas de origen extranjero, especialmente en lo que hace a la enseñanza del castellano, y en el caso de Comunidades Autónomas en las que existe una segunda lengua oficial de la lengua propia de la Comunidad Autónoma.

Sería conveniente cerrar este apartado con una mención al artículo 15 del Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador inmigrante, de 24 de noviembre de 1977, que establece que los Estados Partes interesados «tomarán medidas de común acuerdo con vistas a organizar, en lo posible, cursos especiales para los hijos de los trabajadores inmigrantes, destinados a enseñarles la lengua materna del trabajador, y a facilitar, entre otras cosas, el

retorno a su Estado de origen». Hasta la fecha la normativa española no prevé este tipo de medidas, sin perjuicio de que en el ámbito de la educación no formal se puedan estar desarrollando programas, por parte de Ayuntamientos y Organizaciones no Gubernamentales en este sentido.

4.4. DERECHO AL TRABAJO

El artículo 35.1 CE reconoce el derecho al trabajo a «los españoles» en los siguientes términos: «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

En desarrollo de las previsiones constitucionales la LE afirma en su artículo 10.1 que «los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente». Esto es, no reconoce el derecho a quienes se encuentren ilegalmente en España.

El mismo precepto reconoce a todos los extranjeros en general la posibilidad de acceder al empleo público en los términos previstos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Esta disposición prevé que los extranjeros residentes podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles, y que su acceso a la condición de funcionario estará limitada a un cierto número de supuestos: que se trate de un ciudadano comunitario, que se trate del cónyuge de un ciudadano español o comunitario, de sus hijos o de los de su cónyuge, que exista una previsión legal eximente específica, o que exista un tratado internacional que de cobertura a la excepción.

Al derecho al trabajo constitucionalmente reconocido puede otorgársele claramente una dimensión de derecho de libertad y una dimensión prestacional. La dimensión vinculada al *droit liberté* implicaría la exigencia a las administraciones públicas de no imponer trabas al acceso a un determinado puesto de trabajo. Esta exigencia se vería claramente incumplida en el caso de los extranjeros, a quienes se les demanda, con carácter obligatorio, una autorización para trabajar.

Si bien este requisito es avalado por la jurisprudencia constitucional (STC 107/1984, FJ 4) el mismo puede ser calificado, sin muchas dudas, como una intervención sobre la libertad de trabajar. Y es que, como dice clara-

mente el artículo 36.1 LE «1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente».

Esta intervención, para ser considerada como constitucionalmente admisible, debe resultar justificada en otros derechos o bienes constitucionales y respetar el principio de proporcionalidad. La justificación puede encontrarse en el art. 40 CE que establece que los Poderes Públicos habrán de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico, ocupándose en especial de realizar una política orientada al pleno empleo. En aras a lograr el pleno empleo, se justifica que el legislador establezca limitaciones destinadas a poner trabas al acceso al mercado laboral, procurando de ese modo que todos (o la mayoría) de los ubicados en el mercado acceden a un puesto de trabajo. Esta justificación, además, se pone de relieve precisamente cuando la LE contempla los supuestos en los cuales no se tendrá en cuenta la situación nacional del empleo para conceder permisos de trabajo. Estas excepciones incluyen:

- Los familiares reagrupados en edad laboral, o el cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como al hijo de español nacionalizado o de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que estos últimos lleven, como mínimo, un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.
- Los titulares de una autorización previa de trabajo que pretendan su renovación.
- Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
- Los que hubieran gozado de la condición de refugiados, durante el año siguiente a la cesación de la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados, por los motivos recogidos en el supuesto 5 de la sección C de su artículo 1.
- Los que hubieran sido reconocidos como apátridas y los que hubieran perdido la condición de apátridas el año siguiente a la terminación de dicho estatuto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- Los extranjeros nacidos y residentes en España.
- Los hijos o nietos de español de origen.
- Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados por la entidad de protección de menores competente, para aquellas actividades que, a criterio de la mencionada entidad, favorezcan su integración social, y una vez acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen.
- Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos.
- Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante dos años naturales, y hayan retornado a su país.
- Los extranjeros que hayan renunciado a su autorización de residencia y trabajo en virtud de un programa de retorno voluntario.
- La cobertura de puestos de confianza y directivos de empresas.
- Los profesionales altamente cualificados, incluyendo técnicos y científicos contratados por entidades públicas, universidades o centros de investigación, desarrollo e innovación dependientes de empresas, sin perjuicio de la aplicación del régimen específico de autorización aplicable de conformidad con la presente Ley.
- Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.
- Los artistas de reconocido prestigio.

Dicho de otro modo, hay supuestos en los cuales el propio legislador estima que el objetivo de lograr el pleno empleo no justifica por sí solo la imposición de barreras de acceso al mercado de trabajo.

Eso sí, esta limitación, que haya forma en la decisión administrativa de conceder o no un permiso de trabajo, no supone que, en el caso de que un extranjero trabaje efectivamente (en la economía sumergida, se entiende), no se le reconozca, eventualmente, el derecho de acceso a determinadas prestaciones contributivas del régimen de la Seguridad Social. La LE lo prevé de este modo en el artículo 36.5: «La carencia de la autorización de residen-

cia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo. Salvo en los casos legalmente previstos, el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero».

Una paradoja más del sistema: los extranjeros sin autorización administrativa para trabajar, evidentemente, no pueden celebrar un contrato de trabajo, lo que no obsta que si trabajan efectivamente por cuenta ajena el contrato entre extranjero irregular y empleador sea válido a los efectos de generación de responsabilidades en materia de Seguridad Social. Esto significa que, si existen convenios internacionales que así lo prevean, el irregular podrá obtener las prestaciones «que sean compatibles con su situación», lo cual es tanto como no decir nada.

Parece evidente que los trabajadores en situación irregular no pueden estar afiliados ni dados de alta en la Seguridad Social, pero ello no impide, tal y como establece la nueva regulación en la que se decanta una rica jurisprudencia previa, que el extranjero pueda obtener ciertas prestaciones, como la prestación por accidente de trabajo y enfermedad profesional, viudedad y orfandad en el caso de que un trabajador fallecido en accidente laboral haya dejado viuda/o y descendencia (STSJ, Sala 4ª, de Madrid, de 11 de octubre de 2004); la prestación por incapacidad temporal (Sentencias de los TSJ de Aragón, 1 de abril de 2004; Madrid de 5 de septiembre de 2002) o la prestación por incapacidad permanente (STSJ Castilla y León de 30 de julio de 2004). En cualquier caso parece que no se reconoce a los extranjeros en situación irregular el derecho a las prestaciones por contingencias comunes, o a la prestación de desempleo asistencial, y no existe jurisprudencia a uní-voca sobre el derecho a la prestación contributiva por desempleo en casos de residencia ilegal en momentos previos a la demanda de la prestación. Es decir, no es incontrovertido el problema del cómputo de tiempo en que se ha desempeñado un trabajo y se ha tenido una relación laboral estando en situación irregular, sucediendo que hay TSJ que estiman que ese tiempo no se computa a la hora de calcular el derecho a la prestación por desempleo (TSJ Valencia de 15 de julio de 2008) y Tribunales Superiores de Justicia que entienden que si ha de computarse, una vez el extranjero ha accedido a la condición de residente legal (TSJ de Cataluña de 8 de julio de 2008).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Este derecho tiene como correlato la obligación del empresario de cotizar por el trabajador, aunque sea irregular (STS, Sala Tercera, de 2 de diciembre de 1998), obligación que se traduce en la práctica en que si un empresario es sancionado por emplear a un extranjero en situación irregular dicha sanción se incrementa en la cuantía de las cuotas de cotización a la Seguridad Social que le hubiera correspondido abonar desde el comienzo de la prestación de trabajo hasta su conclusión.

Es evidente que el gran problema que no resuelve una regulación restrictiva del acceso al mercado de trabajo como la que estamos describiendo es la de la situación de los irregulares. En estos casos el extranjero se haya efectivamente en España, sin permiso para residir y sin permiso para trabajar, lo cual le impide, en principio, acceder en algún momento a la residencia legal: si no se puede trabajar, en principio no se accede a un puesto de trabajo, al menos a un puesto de trabajo «declarado» y si no se posee trabajo no se puede a su vez acceder a la residencia legal, puesto que el permiso de trabajo y el de residencia van indisolublemente unidos en la mayoría de los casos, y dejando a salvo las excepciones previstas en el artículo 41 LE.

Esta situación imposible encuentra salida, en el ordenamiento español, a través de las regularizaciones (ordinarias) por motivos excepcionales. Así el Reglamento de la LE prevé la concesión de permisos de residencia por arraigo (arts. 123 y ss.). En el primer caso podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. En el segundo podrán acceder a un permiso de residencia temporal los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual. En ambos casos, como se puede apreciar, la existencia de una relación laboral, o la expectativa de una relación laboral (esto es del desempeño efectivo de un trabajo) son condición *sine qua non* para poder pasar a la situación de residencia legal.

Por otro lado el trabajo de las administraciones públicas, fundamentalmente las Comunidades Autónomas y los municipios en materia de integración laboral de los inmigrantes es fundamentalmente promocional: por ejem-

plo se incluye a los inmigrantes como colectivo destinatario de las ayudas a la contratación de colectivos en riesgo de exclusión social en el Plan de Empleo de Entidades Locales, y se procura darles formación específica que les ayude en su integración laboral.

Las acciones concretas que conforman los programas de integración laboral de los inmigrantes, y que son desarrolladas por los municipios y las Comunidades Autónomas se centran en: a) fomentar la participación de la población inmigrante en los cursos de formación para el empleo; b) aumentar la concienciación de la población inmigrante en el tema de la prevención de riesgos laborales; c) ayudar a la regularización de los inmigrantes en situación irregular; d) crear una bolsa de trabajo específica para inmigrantes.

4.5. DERECHO A LA VIVIENDA

La Constitución, establece en el art. 47 que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

Ya ha sido descrita en otro lugar de esta obra la compleja problemática que rodea el acceso al derecho a la vivienda digna y adecuada (*supra*, XI). Aquí tan sólo cumple reiterar (*supra*, XI, 5.1.2) que los inmigrantes sufren aún con mayor intensidad que los autóctonos las dificultades de acceso a la vivienda en alquiler y a la vivienda en propiedad. Las razones se localizan en distintos estudios, especialmente el realizado por el colectivo IOÉ⁹² y podrían resumirse así:

- a) El acceso a la vivienda depende estrechamente del poder adquisitivo de las personas, lo que dificulta tal acceso a aquellas personas con un nivel de renta más bajo. Los inmigrantes de países periféricos se encuentran, en principio, en esta situación.
- b) En el mercado se dan condiciones (así ha sido en los últimos años) que colocan en una posición más favorable en la negociación a los propietarios y a los financiadores, con lo cual se pueden permitir escoger a los compradores o los de mandantes de alquiler (a los consumidores y usuarios de vivienda, en suma). Eso perjudica al extranjero frente al autóctono, porque los prejuicios, las condiciones

92. PEREDA, ACTIS y DE PRADA, 2005, pp. 76 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

económicas de los inmigrantes, y las dificultades ligadas a su situación jurídica (precariedad jurídica, irregularidad, ausencia de contratos a tiempo in determinado o de nóminas, etc.) les hacen «menos preferibles» que los ciudadanos nacionales a los ojos de propietarios y financiadores.

- c) A los inmigrantes les faltan muchas veces redes de apoyo, avales, información, lo cual dificulta aún más su acceso a la vivienda.

Las soluciones a que se recurre en España pasan por la adecuación de la planificación urbanística a las necesidades actuales de acceso a la vivienda, de manera que se libere terreno para la construcción de viviendas protegidas (o dicho de otro modo, a precio controlado), y por el desarrollo de una política de ayudas económicas que permita el acceso a la vivienda en régimen de compra o de alquiler.

La LE se centra en este último tipo de medidas al referirse al acceso a la vivienda, como derecho de los extranjeros. Así el artículo 13 (tras la reforma introducida en el mismo por la LO 2/2009) establece que «los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las Leyes y las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles».

Puede comprobarse que la legislación nacional limita a los extranjeros residentes la titularidad del derecho a la vivienda en la dimensión prestacional clara de acceso a las ayudas que las administraciones competentes prevean en materia de promoción de la vivienda. Eso sí, al tiempo establece una condición a la normativa autonómica, a quien compete en su caso desarrollar este derecho, al establecer que en todo caso los residentes de larga duración tendrán derecho a las ayudas para acceder a la vivienda en idénticas condiciones que los españoles.

La normativa autonómica a la que parece referirse la ley estatal toma forma de ley hasta la fecha en tres disposiciones.

La Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobó el 28 de diciembre de 2007 la Ley 18/2007, del Derecho a la Vivienda (DOGC n° 5044 9 de enero de 2008). El objetivo de esta ley se recoge claramente en su exposición de motivos: «La Ley apuesta por la creación de un parque específico de viviendas asequibles que permita atender las necesidades de la población que necesita un alojamiento. [...] La llamada "cuestión urbana", según la cual la segregación de las personas en el espacio en función de sus niveles de renta es uno de los peligros más graves que amenazan a la convivencia en Europa

occidental, es una preocupación a la que la Ley quiere dar respuesta. Para impulsar la creación de un parque específico de viviendas a un precio al alcance de las rentas bajas y medias, la Ley regula del modo más riguroso posible la vivienda de protección oficial en Cataluña, y no solo ésta, sino también otras formas de vivienda asequible que permitan conseguir, a medio y largo plazo, el auténtico parque específico que la sociedad reclama. Es preciso resaltar el objetivo de que, en el plazo de veinte años, el 15 % de las viviendas principales existentes sean viviendas destinadas a políticas sociales. Sin embargo, además de la regulación de este parque específico de vivienda asequible, una ley de nuestros tiempos no puede renunciar a impulsar políticas concertadas con los agentes de iniciativa social o privada que actúan sobre el mercado libre de la vivienda, que es el que, actualmente, responde mayoritariamente a las demandas y necesidades de la ciudadanía. Por este motivo, gran parte del texto está dedicado a la protección de la parte más desfavorecida en las relaciones que se dan en el mercado libre regulando la protección de los consumidores y usuarios de viviendas, la calidad y los requisitos exigidos a las viviendas y las medidas de intervención administrativa en los casos de utilización anómala».

Dicho de forma simplificada, la ley actuará sobre la oferta de vivienda destinada a políticas sociales, en aras a evitar la segregación espacial de las clases más pobres, y sobre los actores del mercado libre de vivienda, para proteger consumidores y usuarios de vivienda (compradores y arrendatarios), que son considerados como la parte más débil de ese mercado.

Y aunque esta disposición normativa no va destinada específicamente a los inmigrantes, sino a todos los residentes en Cataluña, se realizan menciones específicas al colectivo. a) al definirse lo que es la vivienda dotacional pública [art. 3.j)], porque dice que es la vivienda destinada a satisfacer las necesidades temporales de personas con dificultades de emancipación o que requieren acogida o asistencia residencial, como por ejemplo los inmigrantes; b) al referirse al Plan territorial sectorial del vivienda [art. 12.2.f)], cuando establece que dicho Plan debe contener una estimación de las de las necesidades, déficit y desequilibrios en materia de vivienda, estimación que exigirá, entre otras cosas, el análisis de los datos demográficos básicos relacionados con la vivienda, especialmente en relación con los colectivos vulnerables, que incluyen los inmigrantes; c) al definir las viviendas destinadas a políticas sociales (art. 74) que serán todas las acogidas a cualquiera de las modalidades de protección establecidas por la presente ley o por los planes y programas de vivienda, los cuales pueden incluir, además de las viviendas de protección oficial de compra o alquiler o de otras formas de cesión de uso, las viviendas de titularidad pública, las viviendas dotacionales públicas, los alojamientos de acogida de inmigrantes, etc.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En desarrollo de esta disposición legal el Decreto 106/2009, de 19 de mayo, por el que se regulan el Registro de Solicitantes de Viviendas con Protección Oficial de Cataluña y los procedimientos de adjudicación de las viviendas con protección oficial, establece, entre otros, que es requisito para constar en el Registro de Solicitantes de Viviendas y por tanto para tener acceso a una vivienda de Protección Oficial el residir en un municipio de Cataluña. Aclara además la norma reglamentaria que la residencia se acredita mediante el empadronamiento en un municipio de Cataluña y es exigible, como mínimo, a la persona solicitante de la inscripción. Está claro, por tanto, que no se exige la residencia legal y tampoco un período mínimo de empadronamiento para acceder a este tipo de ayudas.

Por su parte la Ley Foral 9/2008, de 30 de mayo, del derecho a la vivienda en Navarra tiene por objetivo garantizar, mediante la introducción de nuevas medidas en la Ley Foral 8/2004, de 24 de junio, de Protección Pública a la Vivienda en Navarra, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada a tenor de lo establecido en la Constitución Española en su artículo 47. Esta ley prevé en su artículo 5, relativo al acceso a la vivienda protegida, que quien desee acceder a la misma ha de contar, en el caso en que sea exigible, con el correspondiente permiso de residencia y, por supuesto ha de estar empadronado en algún municipio de Navarra. En ningún caso se establece un período mínimo de empadronamiento.

Finalmente la reciente Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía, posterior ya a la aprobación de la reforma de la LE que da la redacción que hemos visto al artículo 13, afirma en su art. 1 que «La presente Ley tiene por objeto garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía y al amparo de lo previsto en el artículo 56.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, el derecho constitucional y estatutario a una vivienda digna y adecuada, del que son titulares las personas físicas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía en las condiciones establecidas en la misma». Así la Ley define como titulares del derecho a la vivienda digna y adecuada a las personas físicas con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía.

No está claro que esta previsión se compadezca adecuadamente con la limitación que la ley de extranjería formula en relación con el acceso de los extranjeros irregulares a las ayudas en materia de vivienda. La vecindad administrativa viene definida por la inscripción en el padrón de habitantes, y no por la situación de residencia legal y, de hecho, como ya hemos visto, la inscripción en el padrón de los inmigrantes irregulares está fuera de toda duda. Exactamente en el mismo caso se encuentra la legislación catalana, si bien la misma es anterior a la reformulación del artículo 13 LE.

En el caso de la legislación andaluza se incrementan cuando el artículo 5 de la Ley autonómica, al referirse al derecho de acceso a la vivienda protegida, y por tanto cuando hace específica mención a un tipo determinado de ayuda de acceso a la vivienda, afirma que son condiciones para su ejercicio, junto a otras que no vienen al caso, «contar con tres años de vecindad administrativa en el municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía en cuyo Registro Público Municipal de Demandantes de Vivienda Protegida se encuentren inscritas, salvo que el ayuntamiento, motivadamente, exija un período de empadronamiento menor». Así pues, la legislación andaluza no prevé limitar el acceso a las ayudas en materia de vivienda a los inmigrantes irregulares, estableciendo como única condición del ejercicio del derecho el empadronamiento en una localidad de Andalucía.

5. DERECHOS ESPECÍFICOS

5.1. EL DERECHO DE ENTRADA Y RESIDENCIA

Reiterada jurisprudencia del TC (fundamentalmente las SSTC 242/1994, 53/2002 y 72/2005) afirma que el derecho de entrada en territorio nacional, contemplado por el artículo 19 CE sólo se reconoce constitucionalmente a los españoles mientras que para aquellos extranjeros que estén «de hecho» en España se reconoce el mismo derecho, pero se le califica como derecho de configuración legal, pudiendo por tanto solicitar a los jueces y tribunales su protección, y estando éstos obligados a tutelarlos de acuerdo con las exigencias del artículo 24 CE, precepto éste que sí recoge un derecho constitucional del que son titulares los extranjeros.

Además el extranjero que no ha estado nunca en España, no puede invocar la libertad de residencia para amparar una conducta, el rechazo en frontera, por ejemplo, que se sitúa en el ámbito definido por el tipo de un derecho distinto y que sería el derecho de entrada en territorio nacional (STC 72/2005).

5.2. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Dice el artículo 39 de nuestra carta magna: «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

Este precepto, primero de la sección constitucional dedicada a los principios rectores de la política social y económica, proclama la necesaria protección de la familia y de los niños.

A este derecho se asocia la facultad para que los extranjeros con residencia legal en España puedan reunirse con las familias que dejaron en sus países de origen, trayéndolas a vivir a nuestro país, facultad que se reconoce como derecho subjetivo en los artículos 16 y ss. LE. Dicho de otro modo el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes, que viene reconocido en el apartado 2 del artículo 16 LE (dentro de su Título I «Derechos y libertades de los extranjeros», el Capítulo II se rubrica «Reagrupación familiar»), se configura como un derecho ligado a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16.1 LE)⁹³.

Ahora bien, este derecho a la reagrupación familiar, a pesar de la denominación y sistemática otorgada por el legislador al artículo 16 LE, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal. El derecho a la intimidad familiar es un derecho fundamental, pero el derecho a la reagrupación familiar es un derecho de configuración legal y en consecuencia sometido a límites que la propia LE y el RE pueden establecer⁹⁴.

No obstante es innegable la conexión entre el derecho a la reagrupación familiar y el derecho a la vida privada y a fundar una familia, y si bien aquél no se reconoce como tal en ninguno de los tratados ratificados por España, el derecho a la vida privada y familiar se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8.1 CEDH), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en distintos pronunciamientos en los que se ha visto avocado a manifestarse sobre la conexión entre el derecho a la reagrupación familiar y las previsiones del art. 8.1 CEDH, ha puesto de relieve que:⁹⁵

- En materia de inmigración no se puede interpretar que el artículo 8.1 CEDH implique para un Estado la obligación general de respetar la elección de residencia de las parejas o de permitir la reagrupación familiar en su territorio.
- El alcance de la obligación estatal de admitir en su territorio a familia-

93. SERRANO VILLAMANTA y otros, 2008, p. 1.

94. *Idem*, p. 2.

95. SANTOLAYA MACHETTI, 2005, pp. 499-500.

res de los inmigrantes depende de la situación de los interesados y del interés general.

- De acuerdo con un principio de Derecho internacional absolutamente asentado, los Estados tienen derecho, sin perjuicio de sus competencias internacionales, a controlar la entrada de los no nacionales en su territorio. Es decir, es prerrogativa de los Estados Miembros del Consejo de Europa establecer las condiciones de entrada y permanencia de los no nacionales en su territorio, si bien esta prerrogativa está sujeta a ciertos límites, entre los que están algunos derechos fundamentales de los extranjeros como el respeto a la vida privada o familiar.
- Sólo en los supuestos en los que la vida familiar no es posible en ningún otro lugar por impedimento legal o fáctico podría llegar a actuar el artículo 8 CEDH como límite de la capacidad de los Estados a la hora de establecer su política de reagrupación familiar.

Así pues el Tribunal de Estrasburgo ha reconocido el derecho a la reagrupación familiar con muchas cautelas y casi siempre en aquellos supuestos en que se trataba de evitar una expulsión, porque la misma había de entrañar un riesgo cierto de quebrar la vida familiar preexistente⁹⁶. Ello no impide que, más allá de supuestos de expulsión, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también haya utilizado el derecho a la vida familiar como límite al margen de actuación estatal en el ámbito de la toma de decisiones de no renovación o no concesión de permisos de residencia (que indirectamente suponen la expulsión)⁹⁷, o en el de procedimientos de reagrupación familiar en sentido estricto⁹⁸.

A pesar de esta jurisprudencia europea, jurisprudencia que vincula a España, y a sus jueces y tribunales por la vía de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, nuestro Tribunal Constitucional parece desmarcarse un poco de la posición de Estrasburgo. Así en los FF JJ 10 y 11 de la STC 236/2007, se ha negado a recoger sin condiciones la jurisprudencia de Estrasburgo en este punto, alegando que nuestro artículo 18 CE, relativo a la intimidad familiar, tiene un contenido distinto al del citado artículo octavo del Convenio de

96. SSTEDH *Al-Nashif y otros* contra Bulgaria, de 20 de junio de 2002; *Amrollahi* contra Dinamarca, de 11 de julio de 2002; *Üner* contra Países Bajos, de 18 de octubre de 2006; y *Mublilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga* contra Bélgica, de 12 de octubre de 2006.
97. SSTEDH *Boultif* contra Suiza, de 2 de agosto de 2001; y *Rodríguez da Silva y Hoogkamer* contra Países Bajos, de 31 de enero de 2006.
98. SSTEDH *Abduzaziz, Cabales y Balkandali* contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985; *Gül* contra Suiza, de 19 de febrero de 1996; *Ahmut* contra Países Bajos, de 28 de noviembre de 1996; y *Sen* contra Países Bajos, de 21 de diciembre de 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Roma, alusivo a la vida familiar, y que este derecho, el derecho a la vida familiar, no cabe en nuestro precepto constitucional. Así pues la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal relega el derecho a la reagrupación familiar a la exclusiva condición de derecho subjetivo.

Conviene detenerse en esta jurisprudencia. Al ser preguntado el Alto Tribunal sobre la constitucionalidad de la, entonces nueva y hoy superada, redacción de los preceptos de la LE referidos al derecho a la reagrupación familiar que hacía una remisión a los reglamentos poco compatible, a juicio de los recurrentes, con la reserva de ley asociada a la regulación de los derechos fundamentales, el Tribunal se ve avocado a afirmar que el derecho a la reagrupación familiar no es un derecho fundamental, razón por la cual no le afecta el principio de legalidad que sí le sería aplicable de entender que la reagrupación familiar integra el contenido esencial del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE. El Tribunal dice en el FJ 11 de esta Sentencia: «La denunciada inconstitucionalidad de las remisiones reglamentarias sólo puede apreciarse si previamente se comprueba que los preceptos recurridos versan sobre el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, el cual es objeto de las reservas de ley establecidas en los arts. 81.1 y 53.1 CE, presuntamente infringidos. [...] Este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. [...] En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida [...] El art. 8.1 CEDH establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996, § 52). Sin embargo, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del art. 8 CEDH (SSTEDH caso Abdulaziz, de 28 de mayo de 1985, § 68; caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996, § 67; caso Gül, de 19 de febrero de 1996, §§ 39 43), que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico (SSTEDH caso Sen, de 21 de diciembre de 2001, §§ 28 40; caso Boultif, de 2 de agosto de 2001, §§ 53 56). Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el art. 8.1 CEDH puede actuar como límite a

la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, STEDH caso Dalia, de 19 de febrero de 1988, §§ 39 45, 52 54)».

Si nos quedásemos con la argumentación transcrita podríamos pensar que el Tribunal Constitucional español muestra una posición de franca rebeldía frente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero hay que leer los fundamentos jurídicos de las sentencias en su contexto, y el de éste es un recurso de inconstitucionalidad en el que la pretensión del recurrente era que se reconociese el carácter de fundamental al derecho a la reagrupación familiar. Y seguramente es cierto que no estemos, todavía, en condiciones de reconocer tal cosa.

Además una lectura muy crítica de lo que se dice en esta sentencia, una lectura por lo demás que es la que se repite por parte de la doctrina, deja poco margen de maniobra al Tribunal Constitucional que, seguramente, y salvo que mediase condena expresa de Estrasburgo tendría dificultades para dar un giro copernicano a su jurisprudencia, asumiendo que se equivocó, e incorporar plenamente la jurisprudencia europea en esta materia. Por eso parece más adecuado reconocer que, quizá es cierto que nuestro artículo 18 CE no contiene un derecho a la vida familiar, pero que ello no impide que asumamos que el derecho a la vida familiar es un principio rector de la política social y económica, por su asociación con la protección de la familia y de los hijos contenida en el artículo 39 CE y como tal un valor de relevancia constitucional que ha de ser tenido en cuenta a la hora de otorgar permisos de residencia y trabajo, de conceder permisos de reagrupación familiar o de poner veto a las expulsiones.

De hecho, en este sentido es necesario leer la STC 140/2009. La misma resuelve un recurso de amparo planteado por un extranjero en situación irregular al que se decide expulsar —a resultas de un expediente sancionador abierto a causa de esa situación de irregularidad a pesar de tener familia (mujer e hijos) en España—. El recurrente en amparo no acudió al Tribunal invocando su derecho a la intimidad familiar, sino su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al considerar que tanto la administración como el juez que había revisado su expediente de expulsión no habían tenido en cuenta sus circunstancias personales, con lo cual su decisión estaba insuficientemente motivada. Es preciso recordar aquí que en nuestro ordenamiento la sanción principal para la estancia irregular es la multa, siendo la expulsión una sanción accesoria, razón por la cual la elección de esta última ha de estar convenientemente justificada, pues no depende de la absoluta

discrecionalidad de la Administración⁹⁹. Pues bien, en este caso el Tribunal Constitucional concedió el amparo al entender que, efectivamente, la Administración no había motivado adecuadamente la decisión de expulsar, máxime teniendo en cuenta las circunstancias familiares del extranjero. Y el argumento del Alto Tribunal se expresa, en los FF JJ 5 y 6 en los siguientes términos: «Pues bien, la resolución sancionadora impugnada, que se limita a constatar la mera existencia de la conducta infractora, no contiene fundamentación alguna a partir de la cual puedan conocerse las razones de la Administración sancionadora por la que resulta procedente la expulsión. [...] La ausencia de motivación resulta especialmente evidente en el presente caso, toda vez que el recurrente alegó insistentemente el hecho de tener una pareja estable y cuatro hijos menores de edad escolarizados en Pamplona en favor de la aplicación del principio de proporcionalidad para que no se sustituyera la pena de multa por la de expulsión, recibiendo como única respuesta que las circunstancias personales son absolutamente irrelevantes en este tipo de expedientes. Pues bien, habida cuenta de que el art. 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000 prevé expresamente que para la graduación de las sanciones en materia de extranjería el órgano competente se ajustara a criterios de proporcionalidad, la negativa a valorar dichas circunstancias debe ser considerada una decisión arbitraria, máxime teniendo en cuenta que la situación personal alegada por el recurrente está en conexión con intereses de indudable relevancia constitucional, por lo que su ponderación, si así es solicitado, resulta obligada. En efecto, baste recordar a esos efectos, teniendo presente que por mandato del art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconocen deben ser interpretados de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España, que el art. 39.1 CE establece que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia, y que, en relación con ello, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que en los supuestos de expulsión, tanto cuando son consecuencia de una infracción penal como en aplicación de la normativa administrativa de extranjería, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH; por todas, SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso Boultif c. Suiza, o de 17 de abril de 2003, caso Yilmaz c. Alemania). Igualmente, tampoco cabe

99. Así se deduce de los arts. 50, 55.3, y 57 LE y del art. 131 LPC.

obviar que el art. 39.4 CE establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño (ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE n° 313, de 31 de diciembre de 1990), establece que en todas las medidas que tomen, entre otros, las autoridades administrativas en que puedan resultar concernidas los niños de ser de consideración primordial atender a los intereses superiores del niño».

Quizá esta sentencia sea un pasito del Tribunal en una dirección que le lleve a converger, en un futuro no muy lejano, con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que hace a la protección de la familia en el caso de los ciudadanos extranjeros.

6. LIMITACIONES

Los límites legales al ejercicio de los derechos fundamentales en general y de los derechos sociales en particular vienen impuestos, en este caso, por razón de la nacionalidad del titular del derecho, y serán determinados por la libertad de configuración del legislador. Ahora bien, esa libertad de configuración se ve a su vez limitada por la construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional, que determina hasta donde puede ir el legislador a la hora de definir la titularidad de los derechos de los extranjeros.

Esa jurisprudencia pivota en torno a dos ejes argumentativos relativamente distantes que se sintetizan, para ofrecer un escenario realmente confuso, en las sentencias más recientes sobre la materia¹⁰⁰.

El primero vendría a establecer que existen tres categorías de derechos en nuestro ordenamiento, estructuradas en torno a quienes son los sujetos titulares de los mismos:

- a) Así existirían derechos predicables de todas las personas y por tanto abiertos a su disfrute por parte de los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a las de los españoles. Estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal, por estar asociados directamente a la dignidad humana que contempla el artículo 10.1 CE. La dificultad radica, en este caso, en definir qué derechos «pertenecen»

100. Se realiza este tipo de aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en materia de extranjería y a la síntesis de la misma ofrecida por las sentencias sobre la constitucionalidad de la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, en GÓMEZ y VIANA GARCÉS, 2008.

necen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano», es decir, qué derechos están más vinculados a la dignidad humana. Y ahí el propio Tribunal ha debido reconocer en la STC 236/2007 que no es sencillo establecer la existencia o inexistencia de este vínculo porque lo que caracteriza a los Derechos Fundamentales es, precisamente, su existencia como mecanismo de garantía de la dignidad humana. Además el TC no llega a elaborar nunca un listado exhaustivo de los derechos que se integrarían en este grupo, pero va resolviendo caso por caso, en los asuntos que se presentan a su conocimiento, si un derecho se halla o no en el mismo, concluyendo que lo integran, al menos, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica, a la intimidad, a la libertad y la seguridad, a la no discriminación, a la asociación, a la manifestación, a la reunión, a la tutela judicial efectiva y dentro de ésta, a la asistencia jurídica gratuita¹⁰¹.

- b) En un segundo grupo se incluirían los derechos a los que no pueden acceder en ningún caso los extranjeros porque así lo dispone la propia Constitución. Estaríamos hablando del derecho de sufragio en las elecciones nacionales y autonómicas (*ex arts. 13.2 y 23 CE*) y del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (*art. 23 CE*).
- c) Y el tercero sería el que comprende los derechos de los cuales los extranjeros serán titulares en la medida que establezcan los tratados y las leyes, y por tanto con sometimiento a los límites que las mismas impongan. Tampoco en este caso existe un listado certero, ni siquiera uno suficientemente orientativo, aunque si ha dicho de manera clara que lo extranjeros no tienen derecho de entrada en España, salvo que cumplan los requisitos establecidos en la ley, ni de residencia o desplazamiento salvo que respeten tales requisitos (SSTC 94/1993, 242/94 y 24/2000), y lo mismo sucedería, por ejemplo, en relación con el derecho al trabajo, o con el derecho al acceso a determinadas prestaciones de la Seguridad Social derivadas de la condición de trabajador (STC 107/84), o con el derecho a la asistencia sanitaria (STC 95/2000).

Hasta aquí el primer eje argumentativo. El segundo, que se identifica por primera vez en la STC 144/1990, retoma la jurisprudencia clásica del TC en torno al contenido esencial de los Derechos Fundamentales, estableciéndose que el legislador puede establecer condiciones al ejercicio de los dere-

101. SSTC 107/1984, 99/1985, 144/1990, 137/2000 y 95/2003.

chos por parte de los extranjeros, siempre que esas condiciones no afecten directamente al contenido esencial de los mismos.

En la jurisprudencia más reciente, inaugurada con la STC 236/2007 a la que nos referiremos posteriormente con mayor amplitud, el TC utiliza las dos líneas argumentativas mezclándolas, para resolver así las dudas de constitucionalidad que presentaba la ley. Así, introduciendo una notable confusión en el sistema de interpretación de la titularidad de derechos por parte de los extranjeros el Tribunal establecerá que:

Todos los derechos son inherentes a la dignidad humana, pero existen diversas graduaciones en la conexión entre dignidad y derechos. Así los derechos efectivamente conectados a la dignidad humana no admitirán condiciones que limiten su ejercicio por parte de los extranjeros.

La determinación de ese grado de conexión, deriva del análisis del contenido esencial del derecho, y de su relación con la idea de dignidad. Para realizar tal identificación es preciso acudir a instrumentos hermenéuticos como el análisis de la literalidad del texto constitucional o el recurso a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que sea parte España, es decir, el recurso a la pauta interpretativa apuntada en el artículo 10.2 CE.

Los problemas que genera esta jurisprudencia son fundamentalmente dos. Primero es sencillamente imposible realizar una gradación de la conexión entre dignidad humana y derechos si se parte, como se hace aquí, de un planteamiento universalista de los derechos: todos son igualmente fundamentales para la dignidad humana, sin distinciones y sin graduaciones. Segundo, el recurso al artículo 10.2 CE es tramposo, porque si admitimos que este precepto fuerza la interpretación de los derechos contenidos en la Constitución a la luz de los tratados sobre derechos humanos ratificados por España, es preciso reconocer que esa vinculatoriedad no se refiere sólo al contenido de los derechos, sino también a la proclamación de la titularidad de los mismos, y ese reconocimiento nos obliga a admitir que muchos de los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por España impiden la diferenciación jurídica entre nacionales y extranjeros. Así, siendo coherentes con las implicaciones del uso del artículo 10.2 CE, lo primero que habría que analizar, al acudir a un tratado de este tipo, es si establecen o no, o si admiten o no, la distinción entre nacional y foráneo en lo que hace al disfrute del derecho o derechos reconocidos en el tratado. Este problema, relevado hace ya tiempo, ha sido salvado gracias al argumento de que el criterio exegético del artículo 10.2 CE no es el único de aplicación en relación con el texto constitucional, y que si se aplican el resto (literal, o sistemático por

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

ejemplo) es posible justificar la existencia de límites al ejercicio de ciertos derechos por parte de los extranjeros.

Capítulo XIX

Emigrantes^{*}

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

El derecho a emigrar cuenta con una larga tradición en el constitucionalismo. Este derecho fue proclamado por primera vez en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En nuestro país, el derecho a emigrar se reconoció en la Constitución de Cádiz de 1812. No obstante, la formulación más relevante se encuentra en la Constitución republicana de 1931, que garantizaba que «el derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca» (art. 31). De igual modo, se contemplaba la garantía de las «condiciones del obrero español en el extranjero» (art. 46). Durante el Régimen franquista, el Fuero del Trabajo preveía que «el Estado dictará las oportunas medidas de protección del trabajo nacional en nuestro territorio, y mediante Tratados de trabajo con otras Potencias cuidará de amparar la situación profesional de los trabajadores residentes en el extranjero» (Declaración XIV).

Desde el punto de vista legal, el hito normativo a destacar es sin duda la Ley de 20 de diciembre de 1924, que vino a reconocer formalmente (con determinadas excepciones reglamentarias) la libertad de emigración en nuestro país. Esta legislación se mantuvo en vigor hasta la promulgación de la Ley de 3 de mayo de 1960, la cual se encuadraba en una línea continuista y no tenía en cuenta la existencia de emigrantes en el extranjero, ni se refería a los exiliados. Sin duda, el cambio esencial se produjo con la promulgación de la Ley 33/1971, de 21 de julio de 1971, que se ha mantenido vigente

* Por José Eduardo LÓPEZ AHUMADA.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

durante la vigencia de la Constitución de 1978, hasta la promulgación de la Ley 40/2006, de 14 de diciembre, relativa al estatuto de ciudadanía española en el exterior¹. La Ley 33/1971 reconoció la libertad de emigración e introdujo un gran margen de flexibilidad en la materia. En dicho texto legal se contemplaron acciones a favor de los trabajadores emigrantes, dando lugar a un tratamiento novedoso de la emigración desde el punto de vista social. La Ley de 1971 contemplaba medidas de asistencia social al emigrante, y la posibilidad de que éstos se pudieran acoger a planes, operaciones y programas para facilitar el desplazamiento y el acceso al empleo en el país de acogida. No obstante, seguía sin contemplarse el fenómeno de los exiliados².

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

1.2.1. **Ámbito subjetivo y objetivo de protección del artículo 42 CE**

Sin duda, la referencia en la Constitución Española de 1978 (CE) a los derechos económicos y sociales de los trabajadores emigrantes ha supuesto un avance en la política de emigración. Concretamente, dicha mención a los derechos de los trabajadores emigrantes no figuraba en el Anteproyecto Constitucional³, sino que fue en el Informe de la Ponencia⁴, en cuyo artículo 38 se preveía que «el Estado procurará especialmente la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, mediante acuerdos con los países en que se encuentren, todo ello sin perjuicio de orientar su política hacia el reingreso y reinserción de los trabajadores españoles emigrados»⁵.

1. *Vid.* DD Única de la Ley 40/2006.

2. *Vid.* ARAGÓN BOMBÍN, 1980, pp. 60-69.

3. *Vid.* BOCG de 5 de enero de 1978.

4. *Vid.* BOCG de 17 de abril de 1978.

5. Dicho precepto se modificó más tarde en el siguiente sentido: «el Estado procurará especialmente la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, mediante acuerdos con los países en que se encuentren, todo ello sin perjuicio de la obligación de orientar su política hacia el reingreso y reinserción de los trabajadores españoles emigrados». *Vid.* Dictamen de la Comisión, BOCG de 1 de julio de 1978. Posteriormente, y después de pasar el precepto por el Pleno del Congreso de los Diputados y emitido el Dictamen de la Comisión (BOCG 24 de julio de 1978), el Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado modificó el numeral del precepto, pasando a ser el art. 42, y siendo su contenido el siguiente: «El Estado velará muy especialmente por la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su repatriación y reintegración en la sociedad». *Vid.* Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado (BOCG 6 de octubre de 1978). Dicha redacción se mantuvo sin cambios durante la lectura del texto en el Pleno del Senado. *Vid.* BOCG de 13 de octubre de 1978. Finalmente, la redacción actual del art. 42 del texto constitucional se acordó en la Comisión Mixta del Congreso-Senado. *Vid.* BOCG de 28 de octubre de 1978.

Actualmente, la Constitución Española, dentro del Capítulo III del Título I, dedicado a los principios rectores de la política económica y social, prevé que «el Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno» (art. 42 CE). Este principio rector de la política social y económica está relacionado directamente con el derecho a entrar y salir libremente de España (art. 19 CE) y tiene como misión la protección del emigrante y la promoción de su retorno a nuestro país⁶. Estamos, pues, ante un colectivo que requiere una atención especial por parte de los poderes públicos. Asimismo, el artículo 42 CE está estrechamente relacionado con el artículo 9.2 CE, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Finalmente, el artículo 42 CE concuerda igualmente con la proclamación constitucional del derecho al trabajo (art. 35 CE) y con el principio de promoción del progreso social y económico (art. 40.1 CE).

El artículo 42 CE se refiere expresamente, desde el punto de vista de su delimitación subjetiva, al trabajador español en el extranjero, lo cual indica que solamente se protege la emigración de los trabajadores españoles que por razones laborales han abandonado nuestro país o bien a aquellos emigrantes que desean retornar. De este modo, quedarían excluidas del ámbito subjetivo de este precepto otro tipo de emigraciones motivadas por motivo de exilio político. No obstante, como veremos, la Ley 40/2006 ha ampliado significativamente el ámbito subjetivo de protección de la emigración, abarcando cualquier tipo de desplazamiento temporal y no sólo aquellos que supongan un traslado de manera estable a un país extranjero por motivos de trabajo

Si nos centramos en el contenido objetivo del artículo 42 CE, la doctrina científica entiende que podemos distinguir un doble mandato en este precepto. Por un lado, se prevé la obligación de los poderes públicos consistente en salvaguardar los derechos económicos y sociales de los emigrantes; y, por otro lado, exige a dichos poderes públicos que orienten su actuación hacia

6. En este sentido, se ha indicado que «a diferencia de lo que ocurría en otros tiempos, no tiene como finalidad fomentar la emigración de los españoles, sino que, muy al contrario, considera ésta de una forma desfavorable, centrándose en la protección del emigrante y en el fomento de su retorno» (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 187).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

la consecución del objetivo de su retorno⁷. Por tanto, se determinan cuáles son las actividades a desarrollar por parte de los poderes públicos en materia de emigración y se abstraen los fines esenciales que deben inspirar la legislación en materia de emigración. Y, esta labor de determinación de los fines de los poderes públicos en materia de emigración, se aborda con gran amplitud, sin pormenorizar los cauces y medios concretos que se contemplarán en el correspondiente desarrollo legal del precepto. De este modo, veremos cómo nuestro legislador intenta tutelar efectivamente los derechos sociales para todos los españoles, con independencia del lugar donde residan, entre los que se incluyen los derechos de protección social⁸.

El precepto salvaguarda los derechos sociales de dicho colectivo, lo cual implica, como veremos, la garantía en beneficio de sus titulares de derechos de prestación a cargo de los poderes públicos⁹. Los objetivos de protección se declaran expresamente en el propio precepto constitucional, pero no conocemos los medios concretos para conseguirlos. Dichas medidas serán adoptadas por el legislador para el efectivo disfrute de los derechos económicos y sociales de los emigrantes que se encuentran desplazados temporalmente o que retorna definitivamente. De este modo, se intenta que el trabajador emigrante no sea discriminado por razón de su nacionalidad durante el período que permanece en el extranjero. Al contrario, se permite que reciba un trato igual al que recibiría si hubiese permanecido en nuestro país.

Este precepto constitucional obliga a los poderes públicos a desarrollar una acción positiva orientada a la salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los emigrantes, así como el fomento de las posibilidades reales de retorno. En este sentido, las Administraciones públicas competentes en la materia tienen que ejercer un papel protagonista en la protección de los trabajadores españoles en el extranjero, sin que puedan inhibirse del cumplimiento del citado mandato constitucional. Si bien se ha apuntado que el artículo 42 CE «no impone al Estado una salvaguardia plena y efectiva de los derechos del emigrante, sino unas actividades tendenciales»¹⁰, conviene

7. Vid. ROJO TORRECILLA, 2002, pp. 1531 y ss.

8. En este punto, se ha indicado que esta obligación del Estado tiene que cumplirse «como si se tratara de una responsabilidad por actos propios por la imposibilidad del Estado de garantizar la efectividad del derecho al trabajo de los españoles (la emigración como una imposición económica)» (OLARTE ENCABO, 1999, pp. 1936 y ss.).

9. En relación a la salvaguardia de los derechos sociales de los emigrantes, desde el punto de vista de la delimitación objetiva del art. 42 CE, puede consultarse a PECES-BARBA, 1998, p. 32. En este sentido, se ha subrayado acertadamente que el art. 42 CE es un precepto que fija los fines, pero no los medios para obtenerlos (CORTE HEREDERO, 2008, p. 1063).

10. Vid. GÁLVEZ, 1985, p. 785.

apuntar que el Tribunal Constitucional entiende que los mandatos contenidos en el artículo 42 CE no son meras intenciones o normas sin contenido, sino que se trata efectivamente de reglas de actuación que deben informar todas las actuaciones de los poderes públicos por aplicación del artículo 53 CE¹¹.

Por ello, a pesar de tratarse de uno de los principios de la política social y económica, se trata de un mandato que orientará la actividad de los poderes públicos. Concretamente, el artículo 53 CE dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores reconocidos en el Capítulo III, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen». Ello significa que no estamos ante una mera proclamación o norma en blanco, sino que se trata de una auténtica norma jurídica que contiene derechos subjetivos exigibles en conjunción con las disposiciones de desarrollo que conforma nuestro Estado social y democrático de Derecho¹². Como el TC ha

11. En este sentido, el TC entiende que «desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, F. 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE». *Vid.* SSTC 95/2000 y 19/1982. Asimismo, RIVERA SÁNCHEZ, 2002, pp. 79-80 y KAHLE CARRILLO, 2004, pp. 135 y ss. No obstante, en materia de protección del emigrante, falta en la doctrina del TC pronunciamientos concretos respecto al art. 42 CE. Ello se debe a que dicho precepto «se configura como un principio rector de la política social y económica. Ciertamente, tal circunstancia hace que los trabajadores emigrantes no puedan formular recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra su infracción o incumplimiento». *Vid.* CORTE HEREDERO, 2008, p. 1066. Ciertamente, las sentencias del TC que analizaremos a lo largo del trabajo se basan en recursos de amparo, cuyo fundamento reside en la posible infracción de derechos fundamentales como la igualdad (art. 14 CE), el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) o el derecho a la prueba (art. 24.2 CE).
12. En este sentido, se ha apuntado que estos principios «concretan la vertiente de los derechos fundamentales en calidad de principios objetivos del ordenamiento y actúan los postulados del Estado social y democrático de Derecho» (DE LA VILLA GIL, 2004, p. 698). Igualmente, han sido calificados gráficamente por la doctrina como «derechos aparentes» (JIMÉNEZ CAMPO, 1996, pp. 519 y ss.). Estamos, ante un principio, que puede ser considerado a efectos de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las propias leyes, motivando posibles fallos del TC en la garantía de estos derechos económicos y sociales. Incluso, el propio TC ha afirmado que «no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga posible un examen de este género [...] ni, sobre todo, que el principio rector sea utilizado como criterio para resolver sobre la constitucionalidad de una acción positiva del legislador, cuando ésta se plasma en una norma de notable incidencia sobre la entidad constitucionalmente protegida». *Vid.* STC 45/1989, FJ 4.

señalado, estos principios rectores, a pesar de su mayor o menor generalidad en su contenido normativo, contienen proposiciones de carácter vinculante¹³, aunque ciertamente, en el tema que nos ocupa el artículo 42 CE concede un amplio margen de actuación al legislador.

Como hemos dicho, el objeto de la protección de los poderes públicos comprende expresamente a los derechos de naturaleza económica y social del emigrante. No obstante, como veremos en el análisis del desarrollo normativo del artículo 42 CE, este contenido se entiende superado y abarca a otros derechos civiles de los emigrantes. Por tanto, el legislador vela por la tutela de todos los derechos del emigrante en cuanto su condición de ciudadano español en el extranjero. En este sentido, podemos destacar determinados derechos, como el derecho de sufragio, petición, derecho de asociación en el extranjero, derecho a la asistencia educativa y formación profesional, etc. Con todo, el peso específico de la protección gravita sobre los derechos de contenido económico-social, mediante la organización de servicios asistenciales o la extensión del sistema de Seguridad Social a los emigrantes.

1.2.2. Distribución constitucional de competencias en materia de emigración

Otro de los aspectos importantes de la regulación constitucional es la distribución de competencias en emigración. En esta materia, como en muchas otras, se refleja el carácter complejo de nuestro Estado, en el que están presentes distintas instituciones que pueden actuar en la política de emigración. De este modo, la protección de los intereses económicos y sociales de los emigrantes que residen en el extranjero pueden ser atendidos por varias Administraciones, que concurren en la distribución de las competencias. Con todo, conviene indicar que esta concurrencia competencial está prevista constitucionalmente, distribuyéndose ordenadamente las competencias, aunque, como veremos, existen aspectos en los que puede producirse un cierto solapamiento¹⁴.

Concretamente, la competencia en materia de emigración se atribuye expresamente en el artículo 149.1.2ª CE, donde se prevé que el Estado ostenta la competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y asilo. A su vez, conviene apuntar que si bien es cierto que el artículo 42 CE hace referencia a los «trabajadores emigrantes», como aspecto de carácter laboral, en materia de reparto de competencias entre

13. *Vid.* SSTC 14/1992 (FJ 11), 233/2007 (FJ 7) y 247/2007 (FJ 13).

14. Se entiende que con el fin de «garantizar la correcta convivencia de tales Administraciones se establece un sistema de distribución competencial que no siempre es sencillo de delimitar en sus contornos». *Vid.* GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 189.

Estado y las Comunidades Autónomas, la Constitución aísla de forma nítida la competencia estatal en materia de emigración de la competencia del Estado en el ámbito de la legislación laboral (art. 149.1.7ª CE). Como sabemos, dicho precepto confiere al Estado las competencias normativas sobre la legislación laboral, con exclusión de las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente podrán realizar funciones ejecutivas¹⁵. En cambio, en materia de emigración la competencia se reserva en exclusiva al Estado, en la medida en que dicha política está estrechamente relacionada con otras prerrogativas ostentadas en su totalidad por el Estado, como son las relaciones internacionales u otras materias de proyección exterior.

Por tanto, la distribución de competencias prevista constitucionalmente en relación a la emigración sitúa al Estado como sujeto responsable del cumplimiento de los objetivos del artículo 42 CE. Según el TC, el título competencial de la emigración se configura como una reserva competencial determinada a favor del Estado¹⁶, y ello supone, como ha subrayado la doctrina, la exclusión dentro del término Estado a las organizaciones propias de las Comunidades Autónomas que lo integran¹⁷. Estaríamos, pues, ante una manifestación del principio de territorialidad, que justificaría la reserva estatal de la emigración.

A pesar de la reserva estatal en materia de emigración, ello no quiere decir que las Comunidades Autónomas no tengan nada que decir en la materia, o en otras palabras, dicha reserva no tiene carácter absoluto. En este sentido, las Comunidades Autónomas no están excluidas de las políticas de emigración, sino que podrán implementar acciones a favor de los emigrantes en el ejercicio de sus competencias en materia de asistencia social y promoción de la cultura. La posible acción de las Comunidades Autónomas en materia de emigración se realiza de forma indirecta, en virtud de las competencias en materia de servicios sociales¹⁸ (asistencia social, art. 148.1.20ª CE) o promoción cultural (art. 148.1.17ª CE). En base a estos títulos competenciales del artículo 148.1.17ª y 20ª CE, las Comunidades Autónomas incorporan en sus Estatutos de Autonomía principios rectores en materia de protección

15. En este sentido, debemos destacar que la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación laboral tiene que ser interpretada en sentido amplio, esto es, se refiere tanto a la elaboración de leyes y reglamentos. *Vid.* STC 360/1993.
16. *Vid.* SSTC 35/1982, 154/1985, 165/1994 y 195/1996.
17. *Vid.* CASAS BAAMONDE, 1988, pp. 99-138.
18. En este sentido, podemos destacar la extensión de los servicios sociales en determinadas Comunidades Autónomas, como sucede en el caso de Asturias, cuya Ley 1/2003, contempla determinadas acciones en materia de servicios sociales respecto de los emigrantes asturianos y sus descendientes (SUÁREZ CORUJO, 2004).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de los derechos económicos y sociales de sus emigrantes¹⁹, así como competencias expresas que permiten actuaciones orientadas a la protección de sus emigrantes y a la implementación de medidas que faciliten su retorno.

En cualquier caso, las acciones de las Comunidades Autónomas en materia de protección de los emigrantes tendrán que respetar ineludiblemente las directrices estatales en esta materia asumidas en aplicación de los artículos 42 y 149.1.2ª CE. El ejercicio de las competencias en la materia por parte de las Comunidades Autónomas tiene que respetar la política estatal de emigración, sin incidir en aspectos civiles, laborales o de Seguridad Social.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

Como ha indicado la doctrina, la ordenación de la emigración tiene «múltiples y complejas implicaciones de Derecho Internacional»²⁰. La emigración se regula en distintos textos internacionales. En el ámbito internacional destacamos la regulación de las distintas modalidades de regímenes emigratorios en los siguientes instrumentos: Convenio n° 97 de la OIT y Convenio n° 143 de 1975 de la OIT, ambos sobre trabajadores migrantes, la Recomendación n° 19 de la OIT, de 18 de octubre de 1922 y la Reglamentación de Migraciones, Ginebra, 1928. Asimismo, destacamos el Convenio n° 66 sobre reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los emigrantes, el Convenio n° 97, sobre trabajadores emigrantes, ratificado por España en virtud de Instrumento de 23 de febrero de 1967, el convenio n° 117, sobre normas y objetivos básicos de la política social, ratificado por Instrumento de 19 de febrero de 1972, y convenio n° 143, sobre emigraciones en condiciones abusivas y promoción de igualdad de condiciones y trato de los trabajadores migrantes. Estos convenios se encuadran dentro de una de las líneas especiales de acción de la OIT, y cuya regulación incide en la búsqueda de un estándar de justicia social que ordene el flujo de las migraciones de trabajadores. Debido a los múltiples problemas que los desplazamientos transfronterizos plantean, estos convenios articulan una estrategia conjunta sobre los derechos de los trabajadores migrantes y, en particular, sobre sus condiciones laborales y de protección social, que aspiran a merecer el calificativo de decentes²¹.

19. Así, se prevén cláusulas en los Estatutos de Autonomía relativas a «la participación en la vida social y cultural de la Comunidad Autónoma de que se trate, o la garantía del derecho a vivir y trabajar en la propia tierra, fundamentan la acción de algunas Comunidades Autónomas dirigida a procurar una adecuada atención a sus emigrantes y a fomentar su retorno» (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 190).

20. *Vid.* MONTOYA MELGAR, 1975, p. 8. En este sentido, puede consultarse GONZÁLEZ CAMPOS, 2003.

21. En relación a la interpretación de los convenios internacionales en materia de trabajadores migrantes destacamos los trabajos del Comité de protección de los derechos

De igual modo, es preciso tener en cuenta los tratados y acuerdos internacionales de carácter bilateral en materia de emigración acordados por España con los países de acogida²². Obviamente, en algunos casos, la celebración de convenios bilaterales de Seguridad Social será muy difícil debido a las diferencias sustanciales existentes entre los sistemas de Seguridad Social, que impide la plasmación del principio de reciprocidad (por ejemplo, la imposibilidad de convenio entre España y Cuba). No obstante, el Estado español ha suscrito diversos Convenios internacionales en materia de Seguridad Social, por ejemplo, con Argentina (BOE de 19 de diciembre de 2002), Brasil (BOE de 15 de enero de 1996), Chile (BOE de 25 de marzo de 1998), México (BOE de 17 de marzo de 1995), Federación de Rusia (BOE de 24 de febrero de 1996), etc. Se trata, en definitiva, de una serie de tratados internacionales que tienen como objetivo la coordinación de las legislaciones en materia de Seguridad Social de dos Estados soberanos y son, en la práctica, un instrumento jurídico que garantiza un mayor grado de eficacia en materia de garantía de los derechos sociales. En el caso español, es preciso destacar que estamos ante un ejemplo de uso intensivo de los convenios bilaterales de Seguridad Social, debido a razones sociales, económicas, políticas y, principalmente, por motivos de lazos históricos y culturales con distintos países. Ciertamente, estos convenios son el núcleo originario del Derecho internacional de la Seguridad Social y permiten solucionar distintos conflictos jurídicos de aplicación en materia de protección social en beneficio de los emigrantes españoles.

Por lo que se refiere a la ordenación de la emigración en el espacio europeo, destacamos el Convenio europeo de 24 de noviembre de 1977, sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, ratificado por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1980. Dicha regulación ordena la situación de los trabajadores emigrantes a fin de asegurarles un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida en materia de condiciones de vida y trabajo. De este

de todos los trabajadores migrantes y de sus familias. En especial, La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, Naciones Unidas, Ginebra, 25 a 29 de abril de 2005.

22. En ese sentido, se entiende que por el «carácter internacional, el Estado no se encuentra en condiciones de garantizar la salvaguardia de aquellos derechos que hayan de reconocerse y tutelarse por un Estado extranjero; pero lo que sí puede y deberá exigirse al Estado español es una actitud de diligente intervención diplomática en protección de los derechos del emigrante en los distintos países. Todo ello hay que entenderlo sin perjuicio de la tutela efectiva de los derechos que, por su propia condición, haya de disfrutar el emigrante en el territorio español» (GÁLVEZ, 1985, p. 786).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

modo, el objetivo esencial es facilitar la promoción social y el bienestar de los trabajadores emigrantes y de los miembros de sus familias.

1.4. DESARROLLO CONSTITUCIONAL

Actualmente, el desarrollo normativo del artículo 42 CE se encuentra en la Ley 40/2006, de 14 de diciembre (BOE del 15)²³, relativa al estatuto de ciudadanía española en el exterior. Esta disposición normativa, que ha venido a derogar a la Ley de 21 de julio de 1971²⁴, contempla la regulación de las condiciones básicas que garantizan a los ciudadanos españoles residentes en el exterior el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, en términos de igualdad respecto de los españoles residentes en nuestro país. La Ley 40/2006, dictada al amparo de la competencia exclusiva en materia de emigración (art. 149.1.2ª CE), contiene los principios básicos de la acción protectora del Estado, que velará por la mejora de las condiciones de vida de los españoles en el extranjero (arts. 1 y 3 Ley 40/2006). El Consejo Económico y Social (CES), en el momento de valorar el Anteproyecto de Ley, consideró muy positiva dicha regulación, debido a que contenía el régimen de «derechos y deberes de los ciudadanos españoles que residen en el extranjero, de los que ejercen los derechos de libre circulación en el ámbito de la Unión Europea, de los que se desplazan temporalmente al exterior, así como de los emigrantes retornados y de los familiares de los anteriores. Asimismo, considera[ba] positiva la definición de los principios de una política integral de retorno, en desarrollo del artículo 42 de la Constitución, así como el marco básico de referencia para la cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y, a su vez, la colaboración con los agentes sociales, las organizaciones y asociaciones de emigrantes y retornados»²⁵.

Sin duda, uno de los logros principales de esta Ley es la sistematización en un mismo cuerpo legal de la regulación dispersa existente en materia de emigración, ordenando los derechos y prestaciones sociales en función de su

23. Ley dictada en aplicación del art. 149.1.2ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de emigración.

24. *Vid.* DD Única de la Ley 40/2006.

25. En este mismo sentido, el órgano consultivo entiende que el art. 1, que se refiere al objeto y finalidad de la Ley, debería hacer «mención expresa a que la Ley tendrá como objeto la adopción de las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan hacer efectivos estos derechos y deberes. Además, en aras de un adecuado cumplimiento del artículo 42 de la Constitución, el CES considera que el apartado 2º de este artículo debería aludir a que la acción protectora del Estado debe velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos españoles residentes en el exterior» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, pp. 5 y 7).

naturaleza. Sin duda, ello redundará en beneficio del principio de seguridad jurídica. Sin embargo, dicho texto legal necesita lógicamente de una labor de concreción normativa, en virtud de su correspondiente desarrollo reglamentario, con el fin de hacer efectivos los derechos regulados (DF 3ª)²⁶. La Ley 40/2006 aborda un conjunto de materias de forma interdisciplinar, abarcando aspectos jurídicos de diversa naturaleza. Por ello, esta disposición normativa se encuentra afectada por distintas normas de carácter legal y reglamentario, previas incluso a su entrada en vigor, que iremos citando a lo largo del presente estudio. En este sentido, y en relación a las disposiciones legislativas que concurren con la Ley 40/2006, es preciso señalar la proyección de la LGSS, que contiene distintas previsiones normativas relativas a la protección de los trabajadores emigrantes en el ámbito de la protección social y que tendremos oportunidad de analizar posteriormente²⁷.

No obstante, y sin perjuicio de su posterior estudio detallado, conviene referirse al desarrollo reglamentario más de dicha Ley. En este sentido, vamos a citar dos reglamentos de directo desarrollo. El primero de ellos es el Real Decreto 230/2008, de 15 de febrero, relativo al Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior. Concretamente, dicha norma aborda la ordenación del derecho a la participación de los emigrantes en los órganos consultivos de la emigración y, especialmente, define la naturaleza y atribuciones del citado Consejo, que actúa como órgano de carácter consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Dirección General de Emigración²⁸. Dicho órgano de participación institucional está llamado a garantizar la efectividad del derecho de los españoles residentes en el exterior, influyendo en los asuntos que les conciernen y promover la colaboración de las Administraciones Públicas en materia de atención a la ciudadanía española en el exterior y personas retomadas.

26. Precisamente, ésta ha sido una de las críticas del CES al Anteproyecto de Ley, que a juicio del órgano consultivo adolecía de «una excesiva generalidad en sus planteamientos, incluso para una norma de este carácter, concebida como una suerte de compendio general básico de derechos y obligaciones de los españoles en el exterior. Como se concretará en las observaciones al articulado, ello dificulta vislumbrar el alcance de algunas de sus previsiones, [...] el Estatuto debería precisar con más claridad las situaciones objeto de protección y las condiciones básicas para el ejercicio de los derechos y obligaciones que comprende» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 5).

27. *Vid.* arts. 7, 167, 203, 208, 215, 217 y DA 1ª LGSS.

28. Este órgano consultivo sustituye al Consejo General de la Emigración, cuya regulación está contenida en el capítulo II del RD 1339/1987, sobre cauces de participación institucional de los españoles residentes en el extranjero, modificado por los RR DD 597/1994 y 2022/1997 y desarrollado por la Orden de 3 de junio de 1998.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

El segundo reglamento de desarrollo es el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, regulador de la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados. Dicho decreto desarrolla el capítulo II del Título I de la Ley, que contempla los derechos sociales y prestaciones de los emigrantes y tiene como finalidad garantizar el derecho al acceso a la protección social de este colectivo. De este modo, el reglamento concreta el sistema de protección por razón de necesidad para los beneficiarios que incluye, además de la prestación económica por ancianidad o incapacidad, la protección sanitaria. Concretamente, esta disposición reglamentaria prevé la prestación por razón de necesidad a favor de los residentes en el exterior y retornados, reconociendo una serie de prestaciones sociales: prestación económica por ancianidad para mayores de sesenta y cinco años, prestación económica por incapacidad absoluta para todo trabajo y asistencia sanitaria.

Asimismo, es preciso indicar que algunas Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía referencias a la protección de sus emigrantes, así como la necesidad de velar por su retorno. Siempre, claro está, respetando la competencia estatal en materia de protección económica y social del trabajador emigrante (arts. 42 y 149.1.2ª CE)²⁹. Especialmente importantes son las llamadas a la emigración que se realizan en los Estatutos de Autonomías de Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco, La Rioja, Ceuta y Melilla. Se trata de referencias expresas a la atención solidaria, mediante la promoción de ayudas a los emigrantes en el exterior (art. 254.3 EA de Andalucía, art. 49.1.27ª EA de Valencia, art. 26.1.23 EA de Madrid, art. 7.1 EA de Murcia, art. 8.1.31 EA de La Rioja). Estas declaraciones, recogidas en muchos casos en el apartado de competencias propias de la Comunidad Autónoma, sirven de asiento a la normativa de desarrollo del correspondiente Estatuto de Autonomía y son el fundamento de los planes autonómicos de colaboración en materia de emigración. Igualmente, dichas proclamaciones contienen una obligación por parte de la Comunidad Autónoma de crear las condiciones que faciliten el regreso a la Comunidad Autónoma de sus emigrantes [art. 6.2.i) EA de Extremadura, art. 4.4.e) EA de Castilla-La Mancha, art. 8.3 EA de Castilla y León].

Asimismo, algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes específicas relativas a la atención de los emigrantes en el exterior. Se trata de dispo-

29. Un análisis más profundo del contenido de dichos Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas citadas en materia de emigración puede consultarse en GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, pp. 190 y ss.

siciones normativas de desarrollo de los respectivos Estatutos de Autonomía, que pretenden mantener vivos los vínculos de las distintas Comunidades Autónomas con sus emigrantes. Especialmente, dicho objetivo se asegura mediante coordinación con el Gobierno de la Nación y otras Comunidades Autónomas, la colaboración con las autoridades del país de acogida, así como mediante el fomento de las relaciones con el movimiento asociativo de emigrantes. En este punto, se han constituido distintos registros de comunidades de emigrantes de ámbito de Comunidad Autónoma. En este sentido, destacamos la Ley 6/2009, de 17 de diciembre, del Estatuto de los Extremeños en el Exterior, la Ley 8/2006, de 24 de octubre, sobre el Estatuto de los Andaluces en el Mundo o la Ley 5/2000, de 28 de noviembre, de Comunidades Aragonesas en el Exterior.

2. FUNDAMENTO

2.1. NECESIDADES ESPECÍFICAS DEL COLECTIVO

La finalidad de la regulación constitucional del artículo 42 de la CE es la protección de la persona del emigrante. Si bien es cierto que actualmente España se ha convertido en un país de acogida de inmigrantes, no debemos olvidar la situación de los españoles residentes en el exterior. Como sabemos, la migración responde a determinados factores de carácter histórico, económico y social³⁰. En nuestro país, el proceso de emigración se produjo especialmente en el siglo XX debido a razones políticas, derivadas de las circunstancias inherentes al exilio, o por razones económicas, debido a la necesidad de emigrar para buscar un trabajo digno y mejores condiciones de vida³¹. En

30. Ciertamente, los fenómenos emigratorios se producen como consecuencia de factores económicos y sociales en los Estados de origen. En este contexto es especialmente importante la ordenación jurídica que los Estados dan a estas manifestaciones de la emigración. Como se ha indicado se trata de una constante histórica que rompe cualquier barrera política o jurídica que se quiera interponer (ALONSO OLEA, 1966, p. IX).

31. La Exposición de Motivos de la Ley 40/2006 recuerda que «durante los siglos XIX y XX, en diversos períodos, se produjeron oleadas de exiliados políticos de distintas orientaciones y signos; asimismo, como consecuencia de la Guerra Civil española y de la dictadura, a partir de 1939 comienza a producirse un éxodo de refugiados políticos y una emigración de carácter económico a otros países, motivada por las duras circunstancias de la posguerra que se viven en España, y atraída por las buenas perspectivas de trabajo y el mayor nivel de vida derivado del crecimiento económico existente en esos países». Por su parte, el CES insiste en que «la emigración española ha constituido un fenómeno político, social y económico que ha caracterizado la historia de España, en especial desde la segunda mitad del siglo XIX hasta más allá de mediados del siglo XX. A su vez, a partir de la década de los setenta se produjo un fenómeno de signo contrario al anterior, como es el regreso o retorno de los

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

este sentido, se ha afirmado que la emigración de los años setenta respondía a la necesidad de absorber el excedente de mano de obra de la economía española.

Aun hoy en día la emigración española es sumamente importante³². En este sentido, se calcula que cerca de 1.413.353 de españoles residen en el extranjero, siendo los focos especiales de residencia los países de la Unión Europea (638.419) o de América del Sur (561.041)³³. Estas cifras indican que estamos ante un colectivo muy numeroso que tendrá que ser atendido por las Administraciones públicas competentes, que velarán por el respeto de los derechos de los emigrantes debido a su condición de ciudadanos españoles³⁴. La emigración sigue siendo un fenómeno importante y sigue desarrollándose bajo distintos fundamentos y circunstancias. Actualmente, conviene destacar que las migraciones más significativas se producen en el ámbito de la Unión Europea, debido a la proyección del principio comunitario de libertad de circulación de personas.

Como podemos apreciar, el artículo 42 CE es una norma que se enmarca dentro de los principios rectores de la política social y económica (Tít. I, Cap. 3º), previsión que necesita lógicamente del correspondiente desarrollo legal. Tradicionalmente, se ha destacado el «alcance limitado que en el terreno normativo tienen estos preceptos»³⁵. Sin embargo, conviene apuntar la importancia de una norma como el artículo 42 CE, que viene a fundamentar jurídicamente la adopción de disposiciones normativas que tratan de dar una respuesta equitativa al fenómeno de la emigración, especialmente al supuesto de favorecer las condiciones concretas del retorno.

Ciertamente, el artículo 42 CE obliga a los poderes públicos a proteger a los emigrantes, como veremos, ello va a suponer el reconocimiento de determinados derechos civiles y sociales, así como el reconocimiento de pres-

españoles emigrantes» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 2).

32. *Vid.* DE LUCAS MARTÍN, 2004.

33. *Vid.* Anuario de Migraciones, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2002. Por su parte, el CES estima que «son en torno a 1,5 millones los españoles y sus descendientes que residen fuera de España» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 2).

34. En este sentido, la DA 1ª de la Ley 40/2006 ha creado el Portal de Ciudadanía Española en el Exterior, como espacio de información general en la materia; <http://www.ciudadaniaexterior.mtas.es/>.

35. Ello se deduce del tenor literal del precepto «los poderes públicos promoverán y El Estado velará, respectivamente, que están muy lejos de ser palabras que se utilicen en el lenguaje jurídico para imponer obligaciones. Ello es lógico si se observan algunos de los fines propuestos» (ALZAGA VILLAMIL, 1978, pp. 315-316).

taciones sociales básicas. Ciertamente, en el caso de la emigración a países extracomunitarios el Estado deberá alcanzar acuerdos y convenios internacionales con los países de acogida. Sin embargo, en materia de emigración en el seno de la Unión Europea «los desplazamientos migratorios de los ciudadanos de los países miembros se rigen por las normas relativas a la libre circulación de trabajadores»³⁶, y, en este contexto existe un estándar mínimo en materia de protección social, dada la necesidad de establecer medidas coordinadas entre todos los Estados miembros para canalizar la atención a la emigración (art. 63 TUE)³⁷.

Ciertamente, en el momento de la aprobación de la Constitución, su artículo 42, al referirse a «trabajadores españoles en el extranjero» se estaba refiriendo a un supuesto muy concreto de emigración, que no tienen presente el desplazamiento temporal en el extranjero. En otras palabras, dicho precepto no «está contemplando el supuesto de una presencia ocasional o por motivos extralaborales, sino que repara en los españoles que sean trabajadores fuera del territorio español»³⁸. Esta visión actualmente se ha visto desbordada por el desarrollo legislativo del precepto, que no es más que una evolución que tiene presente el contexto actual del Derecho de la emigración³⁹.

En cualquier caso, es preciso destacar que la Ley 40/2006 se adapta perfectamente al contenido genérico y amplio del artículo 42 de la Constitución, y ha supuesto un avance significativo en la concepción tradicional que el legislador ordinario ha tenido sobre el fenómeno de la emigración. Esta nueva interpretación tiene lógicamente consecuencias jurídicas concretas. El legislador no piensa ya únicamente en los españoles que trabajen en el extranjero. La Ley 40/2006 considera emigrantes a todos los españoles que residan fuera del territorio nacional, a los españoles que ejerzan los derechos a la libre circulación, a los desplazados temporalmente al exterior, a los emi-

36. *Vid.* GALIANA MORENO, 1995, p. 2709.

37. En este sentido, ha sido crucial en materia de emigración en el seno de la Unión Europea la aplicación del Derecho comunitario originario y derivado que garantizan el respeto de la libertad de circulación de trabajadores y la protección de sus familias. Precisamente, se ha afirmado que «los emigrantes españoles en la Europa comunitaria dejaron de ser ciudadanos de segunda clase, decayó la razón de ser de numerosos convenios bilaterales en materia de emigración y de Seguridad Social que se habían suscrito principalmente en la década de los sesenta-, y pasaron a gozar de los mismos derechos y a deber cumplir con las mismas obligaciones que el resto de ciudadanos comunitarios» (ROJO TORRECILLA, 2002, p. 1549).

38. *Vid.* GÁLVEZ, 1985, p. 785.

39. En este punto, se considera que nuestro país tiene una larga experiencia en materia de emigración, y nuestros poderes públicos han prestado una especial atención a la tutela de nuestros trabajadores en el extranjero (RODRÍGUEZ-PIÑERO, 2000, p. 1).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

grantes retornados y a los familiares de los colectivos anteriormente indicados en determinadas condiciones (art. 2). Ciertamente, la configuración de la emigración responde a otras motivaciones, puesto que cada vez con mayor intensidad se cubren mejor las necesidades básicas de los ciudadanos. Como podemos observar, ello supone un cambio sustancial del concepto jurídico de emigrante⁴⁰. Sin duda, se produce una ampliación significativa respecto del concepto de emigración y del contenido subjetivo de protección previsto en la Ley 33/1971, que se refería únicamente a los españoles que se trasladaban a un país extranjero por motivos de trabajo de manera estable, así como a sus familiares a cargo⁴¹. Igualmente se desmarca decididamente del concepto de emigración empleado por el Convenio n° 143 OIT, que se vincula más a la dimensión laboral del fenómeno, ya que se entiende por trabajador migrante a «toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante».

Actualmente, el desplazamiento a otros países responde a otras motivaciones de carácter personal y profesional. Debido a las características de la emigración actual, el legislador ordinario ha ampliado decididamente el ámbito subjetivo del estatuto del emigrante, incluyendo entre los beneficiarios de los derechos y prestaciones reconocidos a todos los españoles en el exterior. Ello supone acoger en materia de emigración tanto a los emigrantes, como a los desplazados y a los familiares de ambos⁴², esto es, a todos los

-
40. Esta regulación conviene confrontarla a título de ejemplo con la prevista en el art. 1.2 de la Ley 23/1971, que como sabemos ha estado vigente durante la etapa constitucional y hasta la promulgación de la Ley 40/2006. En este punto, y en materia de acción protectora del Estado, se referiría «a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo, profesión o actividad administrativa, siempre que en su ejecución o ejercicio hayan de observarse, totalmente o a determinados efectos, disposiciones laborales o de Seguridad Social que rijan en dicho país o en España; b) a los familiares que los emigrantes tengan a su cargo o bajo su dependencia; e) al conjunto o colectividad de españoles, y a cada uno de ellos individualmente considerado, residentes o establecidos, definitiva o temporalmente, en un país extranjero por las causas antes indicadas».
41. En este sentido, la tesis tradicional de emigrante se refería al «traslado de personas aisladas o núcleos reducidos a un país extranjero para establecerse con carácter permanente y viviendo de su propio esfuerzo» (GONZÁLEZ ROTHVOS, 1960, p. 302). En este mismo sentido, se considera que tres requisitos califican la emigración «traslado a un país extranjero, móvil laboral de expatriamiento. sometimiento de la actividad del emigrante al dominio de disposiciones laborales o de Seguridad Social» (GALIANA MORENO, 1975, pp. 17-ss, y 1995, p. 2708).
42. No obstante, a juicio del CES, «no siempre ese propósito expresado en la Exposición de Motivos se traslada al texto del Anteproyecto que, en ocasiones, parece excesivamente orientado hacia la figura del emigrante en su acepción más tradicional» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, pp. 5-6). En este punto, conviene

colectivos que representan el fenómeno migratorio de nuestro tiempo (p. ej., profesionales liberales establecidos en otros países, trabajadores de empresas privadas españolas en el extranjero, funcionarios públicos y trabajadores de las Administraciones en el exterior, cooperantes, etc.)

2.2. LA PROTECCIÓN DEL EMIGRANTE COMO OBJETIVO DE LA POLÍTICA SOCIAL: IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN

Sin duda, nuestra Constitución intenta proteger los derechos económicos y sociales de todos los españoles, incluidos aquellos que se encuentran en el extranjero por distintas motivaciones de carácter personal, laboral o profesional. Ello supone que los derechos sociales y la acción protectora tienen que proyectarse igualmente sobre los españoles en el exterior a los efectos de asegurar el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE). En este punto, se ha afirmado que «la especialidad de la igualdad de trato en el caso de los trabajadores migrantes deriva precisamente de los posibles perjuicios que su condición de extranjero ocasione a ese trabajador»⁴³. Así pues, los poderes públicos tendrán que adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan la eficacia del ejercicio de los derechos y deberes constitucionales de los españoles residentes en el extranjero en condiciones de igualdad con los españoles residentes. Esta protección particular responde a la especial condición y caracteres peculiares de los emigrantes españoles, que justifica un tratamiento específico y diferenciado por parte de los poderes públicos⁴⁴.

El colectivo de trabajadores residentes en el extranjero merece ciertamente una atención especial por parte de los poderes públicos, máxime si tenemos en cuenta que gran parte del fenómeno emigratorio se debe a razones económicas y de índole laboral a las que no da respuesta el propio Estado y que determinan la salida de sus ciudadanos del país. Desde el punto de vista

indicar que en relación al art. 2 de la Ley 40/2006, el CES propuso la agrupación de los colectivos «estableciendo de manera clara que [la Ley] es de aplicación tanto a los españoles residentes fuera del territorio nacional, como a los españoles que se desplazan al exterior» (pp. 7-8 del Dictamen).

43. *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, 1982, pp. 29 y ss.

44. En relación a las diferencias de trato, cabe destacar la STC 34/2004, en la que se cuestiona la diferencia de trato retributiva de un trabajador de nacionalidad española que trabajaba en la Oficina Comercial de España en Belgrado, en relación con los trabajadores yugoslavos que realizaban idéntica función. El TC vino a desestimar la demanda dado que se trataba de diferentes legislaciones aplicables, sin que el demandante aportara información sobre el contenido de las normas respecto de las cuales se derivaba un trato desigual. Ello supone que la diferencia retributiva alegada por el demandante en amparo resultaba desprovista de una justificación objetiva y razonable en observancia del art. 14 CE.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

sociológico, conviene apuntar que generalmente los trabajadores emigrados trabajan por cuenta ajena y minoritariamente por cuenta propia, y si bien es cierto que normalmente ocupan trabajos declarados en el sector de la industria y los servicios, también existen emigrantes empleados en trabajos de economía sumergida, dadas las condiciones particulares de los países de origen. Desde el punto de vista de los niveles de renta, conviene apuntar que generalmente se encuentran en situaciones próximas a la pobreza, siendo el ingreso medio anual de doce mil euros, lo cual dificulta las posibilidades de retorno a nuestro país. Según la tradición española, la mayoría de las familias tiene vivienda en régimen de propiedad, aunque los nuevos jóvenes emigrantes encuentran problemas de acceso a la vivienda, y acuden mayoritariamente al alquiler.

Sin duda, el colectivo de emigrantes encuentra grandes dificultades, por ejemplo, en el caso de la emigración a Iberoamérica. En este punto, conviene indicar que estos países se encuentran actualmente sometidos a procesos de crisis económica y social, sin olvidar un dato objetivo que es el envejecimiento de los emigrantes españoles, que requieren mayores atenciones sociales, que en muchos casos no son atendidas por los Estados de acogida. Concretamente, la mitad de los emigrantes residentes en países iberoamericanos son mayores de sesenta y cinco años⁴⁵. Ello requiere por parte de los poderes públicos una atención especial, así como la necesidad de analizar la situación concreta de los españoles que viven fuera de nuestro país, esto es, es preciso conocer a fondo sus necesidades sociales y sus reivindicaciones prioritarias para el ejercicio en el extranjero de sus derechos como ciudadanos españoles.

En este sentido, conviene indicar que internacionalmente se contempla el principio de no discriminación de los emigrantes como máxima a observar por las legislaciones de los Estados. El Convenio n° 97 de la OIT, en materia de igualdad de trabajo, contempla la obligación de «aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza o religión o sexo, un trato no menos favorable que el que se aplique a sus propios nacionales» (art. 6). La finalidad es conseguir «una equiparación efectiva de los emigrantes con los residentes en el interior y a promover su retorno»⁴⁶. Por su parte, el Convenio n° 143 de 1975 de la OIT, sobre trabajadores migrantes, obliga a los Estados ratificantes a desarrollar y aplicar efectivamente una política nacional que fomente y garantice «la igual-

45. *Vid.* Informe elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados, aprobado en su sesión de 23 de junio de 1998 (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, número 308).

46. *Vid.* ARAGÓN BOMBÍN, 1980, p. 62.

dad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, Seguridad Social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia se encuentren legalmente en su territorio» (art. 10).

Por su parte, el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del trabajador migrante del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977 garantiza «un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida, en todo lo que se refiere a las condiciones de vida y de trabajo». Una vez más, se pretende en virtud del principio de igualdad conseguir un equilibrio en la protección social, que como veremos se traduce directamente en prestaciones sociales a cargo de la Seguridad Social. Ciertamente, se prevé la proyección del principio de igualdad en materia de Seguridad Social, «sin perjuicio de las condiciones que requiere su legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales entre las partes contratantes interesadas». Y en este punto, debemos subrayar que los trabajadores migrantes tienen derecho a «un tratamiento no menos favorable que el que se reserve a los trabajadores nacionales, en virtud de las disposiciones legislativas o reglamentarias, de los convenios colectivos de trabajo o de las costumbres» (art. 16)⁴⁷.

Finalmente, podemos destacar en este epígrafe la prohibición por parte de los poderes públicos de cualquier medida que dé lugar a cualquier tipo de discriminación por razón de género. Los poderes públicos estarán obligados a fomentar e impulsar políticas de emigración orientadas en el principio de igualdad entre mujeres y hombres, de suerte que no se produzca discriminación de género en el acceso a los derechos y prestaciones sociales (art. 16 Ley 40/2006)⁴⁸.

3. DERECHOS COMUNES

3.1. LIBERTAD DE EMIGRACIÓN

Como hemos indicado, la libertad de emigración se contiene implícita-

47. *Vid.* FERRER SANCHÍS, 1977-1978, pp. 241-245.

48. Esta cláusula de no discriminación por razón de sexo se introdujo en el texto legal debido a una recomendación del CES, ya que únicamente en materia de asociación se preveía que la necesidad de evitar cualquier discriminación por razón de sexo en el movimiento asociativo. En este sentido, el CES echaba en falta «una mención a la no discriminación en relación con el resto de los derechos y prestaciones o en relación con la participación en los órganos que la norma contempla (Consejo General de la Emigración, Consejo de Residentes Españoles, Oficina Española de Retorno). Por ello, el CES entiende que convendría añadir un nuevo artículo que contemple la no discriminación con carácter transversal, es decir, en relación con todas las políticas y actividades contempladas en el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudada-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mente en la libertad de circulación (art. 19 CE), ya que presuponiendo dicha libertad de emigración previa el artículo 42 CE proclama un mandato a los poderes públicos para garantizar los derechos de los emigrantes⁴⁹. Por su parte, el artículo 42 CE no se refiere expresamente a la citada libertad de circulación, a diferencia de lo que sucede en otros textos constitucionales desde el punto vista comparado⁵⁰. Sin duda, en nuestro ordenamiento la libertad de emigración tiene autonomía propia aneja a la libertad de circulación, y que tiene proyección no solamente en el fenómeno emigratorio originario, sino también en la propia decisión de retorno a nuestro país⁵¹. Estamos, pues, ante un fenómeno que tiene su espacio propio en el texto constitucional y que presupone la necesidad de un desarrollo normativo posterior que ordene dicha realidad y defina los objetivos de esta acción estatal determinando los medios idóneos para su consecución⁵².

No cabe duda de que el fenómeno emigratorio presupone necesariamente condiciones de libertad del ciudadano para emigrar o retornar a su país de origen⁵³, y ello necesita de un comportamiento positivo del Estado

nos españoles en el exterior» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

49. Desde otra perspectiva, se entiende que el art. 42 CE «no supone la proclamación de la libertad de emigración [...] sino que, partiendo de la misma, establece la obligación de los poderes públicos de salvaguardar a los que la han ejercido» (CORTE HEREDERO, 2008, p. 1062).
50. Desde el punto de vista del Derecho comparado, los sistemas constitucionales italiano y portugués contemplan reglas relativas a la protección de los intereses de los emigrantes. P. ej., el art. 35 de la Constitución de Italia de 1947 prevé el reconocimiento de «la libertad de emigración, salvando las obligaciones establecidas por la ley en pro del interés general y defenderá a los trabajadores italianos en el extranjero». Por su parte, el art. 44 de la Constitución de Portugal de 1976 reconoce el derecho de desplazamiento y de emigración, «se garantiza a todos los ciudadanos el derecho de trasladarse y afincarse libremente en cualquier parte del territorio nacional». Asimismo, «se garantiza a todos el derecho a emigrar o salir del territorio nacional, así como el derecho de regreso».
51. Ciertamente, la conexión entre libertad de emigración y protección del fenómeno es evidente. En este sentido, se entiende que «el artículo 42 de la Constitución Española no proclama expresamente la libertad de emigración, pero la presupone desde el momento en que fija los principios que han de inspirar la acción estatal en materia de emigración. Aunque la libertad que ahora nos ocupa puede incluirse en el ámbito genérico del derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca (art. 19), existen sin embargo unos rasgos específicos susceptibles de cualificar aquella libertad» (GÁLVEZ, 1985, p. 783).
52. *Vid.* SERRANO CARVAJAL, 1966, pp. 115-ss.
53. Lógicamente las opciones de un Estado pueden ir desde la prohibición de la emigración, o el reconocimiento de dicha libertad con la pérdida de los derechos de naturalización y ciudadanía (en cuyo caso tampoco habría libertad de emigración), hasta el reconocimiento absoluto del fenómeno migratorio como sucede en nuestra Constitución.

en cuanto a su protección, debido a la existencia de un auténtico *status civitatis*. Lejos queda esta perspectiva de la regulación de la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 24.4), que contemplaba la pérdida de la nacionalidad española por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español sin comisión o licencia del Gobierno. Ciertamente, deberán existir las condiciones posibles para el ejercicio de la libertad de emigrar o de retorno dentro de los términos establecidos legalmente. Por tanto, se tendrán que articular los mecanismos materiales, por ejemplo, un sistema de prestaciones sociales adecuado, que permita la protección efectiva del emigrante. Todo ello requiere que los poderes públicos pongan en marcha los necesarios instrumentos de cooperación entre las distintas Administraciones públicas competentes.

Especialmente importante en materia de libertad de migración son las consecuencias derivadas del mantenimiento y la posible adquisición de la doble nacionalidad de los emigrantes españoles y sus descendientes⁵⁴. Se trata de un aspecto que permite ejercer el derecho a emigrar sin consecuencias perjudiciales en el estatuto de ciudadano español y, por otro lado, mantiene vivos los vínculos con su Estado natural, permitiendo en su caso el retorno. Concretamente, el artículo 11.3 CE fomenta los sistemas de doble nacionalidad mediante la firma de tratados internacionales. Actualmente, no solamente se protege al ciudadano español, sino que también se prevé el acceso a la nacionalidad española a los descendientes de emigrantes españoles. En este sentido, la Ley 40/2006 señala que «el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley promoverá una regulación del acceso a la nacionalidad de los descendientes de españoles y españolas que establezca las condiciones para que puedan optar por la nacionalidad española, siempre que su padre o madre haya sido español de origen, con independencia del lugar y de la fecha de nacimiento de cualquiera de ellos» (DA 2ª). Precisamente, la obtención de la doble nacionalidad se considera tradicionalmente como un instrumento «que puede eliminar todas las discriminaciones sufridas por nuestros trabajadores en el extranjero»⁵⁵. La doble nacionalidad puede convertir al nacional español en potencial beneficiario de la protección social del país de acogida, evitando, pues, posibles discriminaciones por motivos de nacionalidad; y, por otro lado, como se mantiene la nacionalidad española, el emigrante mantiene la protección social española⁵⁶.

54. Vid. RODRÍGUEZ MORATA, 1991, pp. 386-ss.

55. El reconocimiento de la doble nacionalidad es una institución que protege los derechos de los emigrantes: ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, 1990, p. 153.

56. En los casos de no reconocimiento de doble nacionalidad, que ha ocurrido en algunos países donde la emigración española ha sido tradicional, ello dio lugar a que los españoles perdieran su nacionalidad española, acogiéndose a la nacionalidad del país

3.2. FOMENTO DE LAS CONDICIONES DE RETORNO

El fenómeno del retorno de la emigración española se ha producido desde finales de la década de los setenta debido a la mejora de condiciones de vida de nuestro país y a la crisis de determinados Estados de acogida, sobre todo, de los países de América Latina. Como indica el artículo 42 CE, los poderes públicos deberán orientar su política de emigración hacia el retorno. Por tanto, se trata de organizar por parte de las Administraciones competentes el retorno a nuestro país de los españoles emigrantes. Estaríamos ante un retorno asistido, que deberá remover las trabas económicas que el regreso supone. Esta asistencia se diferencia sustancialmente de la repatriación, que como sabemos, supone el regreso definitivo realizado enteramente bajo la tutela y por cuenta del Estado. Así pues, y como quiera que el emigrante que decide retornar lo tiene que hacer con sus propios medios, la Administración tienen que agilizar ese proceso compensando las dificultades materiales para llevarlo a cabo, programando incentivos y ayudas económicas.

Los emigrantes retornados son beneficiarios de un sistema especial de protección social consistente en ayudas, que percibirán hasta que cumplan los requisitos legales exigidos para tener derecho a una determinada prestación social, por ejemplo, la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva o el subsidio por desempleo. Estas ayudas se aplican garantizando ingresos mínimos de inserción de los extranjeros, las prestaciones sociales asistenciales de ancianidad de la que son beneficiarios los emigrantes, permiten la protección a los emigrantes españoles que retornen a nuestro país, que cumplan los requisitos para tener derecho a una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, a excepción del período de residencia en territorio español exigido legalmente (art. 167.1 LGSS y RD 728/1993, modificado por el RD 667/1999, por el RD 1612/2005, y el RD 8/2008). Asimismo, como veremos, también se contemplan políticas estables dirigidas a la protección de los emigrantes retornados, mediante el fomento del empleo y, en su caso, la posible percepción de la prestación por desempleo en el momento de regreso a nuestro país.

de acogida con el fin de poder beneficiarse de los derechos políticos, económicos y sociales que regían para sus nacionales. Sin duda, las reformas importantes del Código Civil en esta materia son las introducidas por la Ley 51/1982 y por la Ley 29/1995. La reforma del CC por la Ley 51/1982, permitió la posible obtención de la doble nacionalidad. Ello daba lugar a un régimen especial de adquisición de la nacionalidad para los emigrantes, los cuales quedaban dispensados del período de residencia legal de un año en territorio español para solicitarla. Posteriormente, la reforma del CC por la Ley 29/1995, previó la no exigencia de residencia en España para que el emigrante, ni el hijo del emigrante, recuperasen la nacionalidad española.

4. DERECHOS ESPECÍFICOS: EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL EXTERIOR

La Ley 40/2006 contempla de manera transversal un amplio catálogo de derechos civiles y sociales, en concreto, regula las condiciones del ejercicio de los derechos de participación, las prestaciones sociales, el derecho a la educación y cultura y la política integral de retorno. Estamos, pues, ante un claro ejemplo de la incidencia que tiene el fenómeno de la emigración en distintos sectores del ordenamiento jurídico. Precisamente, ello se debe a que la regulación de los procesos emigratorios «tiene un contenido protector que afecta a sectores diversos de la vida del emigrante (trabajo, vivienda, transporte, familia) que resultan especialmente protegibles a causa de su emigración»⁵⁷.

4.1. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Por lo que se refiere a los derechos de participación, como derechos constitucionales a ejercitar en condiciones de igualdad por parte de los emigrantes españoles, se encuentran el derecho a ser elector y elegible, derecho de asistencia y protección de los españoles en el exterior, derecho de petición, derecho a acudir al Defensor del Pueblo y de información, derecho a la participación en órganos consultivos de la emigración, derecho de acción de las organizaciones sindicales y empresariales y derecho de asociación.

En materia de sufragio activo y pasivo, los españoles residentes en el extranjero tienen garantizado en condiciones de igualdad respecto de los españoles residentes en España el derecho a ser electores y elegibles (art. 4 Ley 40/2006). De igual modo, el Estado español fomentará la firma de tratados internacionales en los países de acogida para hacer efectivo el reconocimiento del derecho a ser elector y elegible en su lugar de residencia. Concretamente, en el ámbito de la Unión Europea el Estado velará por que en ningún país se limiten o restrinjan los derechos electorales. Con carácter general, el Estado fomentará la incorporación de españoles residentes en el extranjero en las listas electorales de los partidos, la actualización permanente del censo de ciudadanos españoles en el exterior, la información actualizada en condiciones de igualdad respecto de partidos políticos y el acceso a los medios públicos de comunicación. Finalmente, el ejercicio del derecho de voto con los medios materiales, técnicos y humanos precisos teniendo presente las características de los países de residencia y el número y distribución de españoles residentes en el país de que se trate⁵⁸.

57. *Vid.* GALIANA MORENO, 1975, p. 181.

58. *Vid.* ARNALDO ALCUBILLA, 1995.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Con todo, es preciso destacar los cambios producidos en el ejercicio del derecho de sufragio activo por parte de los emigrantes a raíz de la última reforma de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (art. 75), modificada por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero. Dicha reforma ha venido a suprimir el derecho de los emigrantes a participar en las elecciones municipales y ha endurecido igualmente las exigencias legales para ejercer el derecho de sufragio activo en las elecciones autonómicas, generales y europeas, introduciendo un sistema de voto rogado. Dicho sistema de voto está condicionado a la previa solicitud del voto por parte del emigrante, lo cual reduce considerablemente las condiciones de participación de los emigrantes en las elecciones. La finalidad de la reforma ha sido evitar la incoherencia de que ciudadanos emigrantes que no residen en los ayuntamientos, especialmente en Galicia, y que ni siquiera conocen sus localidades de origen al ser emigrantes de segunda o tercera generación, puedan decidir sobre la composición política de los gobiernos locales.

En relación al derecho de asistencia y protección de los españoles en el exterior, conviene destacar que una de las obligaciones de los poderes públicos es la adopción de medidas para que las dependencias administrativas en el extranjero dispongan de los medios personales, materiales y técnicos precisos para prestar la debida asistencia, protección y asesoramiento a los ciudadanos españoles⁵⁹. En concreto, se hará especial hincapié en la atención a aquellas personas que se encuentren en situaciones de necesidad y a los privados de libertad. En este sentido, uno de los principios de la política de asistencia y protección es la garantía del derecho a la tutela judicial en el extranjero, sobre todo, respecto de aquellos ciudadanos que carezcan de recursos económicos para acceder a la asistencia jurídica gratuita, máxime si en el país de acogida no se garantiza dicho servicio (art. 5 Ley 40/2006)⁶⁰.

59. Múltiples reclamaciones se plantean anualmente al Defensor del Pueblo en relación a la asistencia y protección de los emigrantes en el exterior por parte de la Administración española. Se trata de temas que van desde la atención en situaciones de emergencia a las propias incidencias relativas a la reposición de pasaportes extraviados o información o asistencia consular.

60. Se han planteado numerosas quejas al Defensor del Pueblo sobre las deficiencias de la atención judicial en el extranjero y, principalmente, sobre las ayudas a la asistencia jurídica (gastos de defensa en juicio cuando se carece de medios y no existe defensa de oficio en el Estado en cuestión). Se trata de cuestiones que afectan a procesos penales, que tienen preferencia sobre otro tipo de causas, y donde se exigen responsabilidades penales con penas privativas de libertad o de muerte. Desde el Defensor del Pueblo se ha instado a crear un Servicio de Orientación y Asistencia Jurídico Penitenciaria, que complemente la acción de las oficinas consulares españolas en el exterior. Específicamente, uno de los aspectos esenciales que se reiteran en los informes anuales del Defensor del Pueblo se refiere a la atención y asistencia de presos españoles en el exterior. Todos los años el Defensor del Pueblo se pronuncia sobre las condiciones de cumplimiento de las condenas de españoles en el extranjero.

Dentro de los derechos de participación, el legislador indica expresamente que los españoles residentes en el extranjero podrán dirigirse al Defensor del Pueblo o a la figura equivalente de las Comunidades Autónomas para la defensa de sus intereses legítimos, sin diferencias en su ejercicio por la situación de residencia en el exterior (art. 7 Ley 40/2006). Igualmente, tienen reconocido legalmente el ejercicio del derecho de petición, individual o colectiva, ante cualquiera de las Administraciones públicas españolas (LO 4/2001, del derecho de petición, y art. 6 Ley 40/2006). Este derecho convive ciertamente con el posible ejercicio del derecho de audiencia de los emigrantes, a través de sus asociaciones y organizaciones representativas, con carácter previo a la elaboración de las disposiciones normativas que afecten a sus intereses legítimos. Finalmente, en este apartado, destaca el derecho a obtener información sobre la legislación que afecte a sus derechos e intereses legítimos y al estado de la tramitación de sus reclamaciones en procedimientos administrativos. A estos efectos, la Administración Pública española contará con las nuevas tecnologías y fomentará su utilización (art. 8 Ley 40/2006).

Sin duda, uno de los apartados más importantes es el relativo al derecho de participación y de asociación. La participación de los españoles en el exterior es un elemento clave para el buen funcionamiento de los órganos consultivos de la emigración. Por ello, las asociaciones de emigrantes podrán participar tanto en los Consejos de Residentes Españoles y en el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior o en los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas (art. 9 Ley 40/2006). El Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior⁶¹ es un órgano de carácter consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, donde están representadas las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, así como las federaciones de asociaciones de emigrantes que acrediten la representatividad necesaria (art. 10 Ley 40/2006)⁶². Su función básica, será informar

Principalmente, se trata de prisiones de países iberoamericanos y marroquíes, así como algunos países europeos. En muchos casos se condenan las enormes deficiencias en cuanto a las exigencias mínimas de higiene, salud y alimentación (en el caso de cárceles sudamericanas y marroquíes). Igualmente, el Defensor del Pueblo ha puesto de manifiesto la necesidad de fomentar las condiciones de resocialización de los presos españoles en el extranjero, cuando hayan cumplido sus condenas. De este modo, sería conveniente permitir su acceso a ayudas y beneficios que permitan su inserción social en nuestro país una vez producido el retorno efectivo. *Vid. Informe 2008*, p. 360.

61. En la versión originaria del art. 10 de la Ley 40/2006 se utilizaba el término «Consejo General de la Emigración, que fue sustituido posteriormente por el término Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior». *Vid.* Corrección de errores a la Ley en BOE de 5 de febrero de 2007, p. 5248.
62. *Vid.* el RD 230/2008, que regula el Consejo General de la Ciudadanía Española en

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

anualmente a las Cortes Generales sobre la situación de la ciudadanía española en el exterior, sin perjuicio de sus atribuciones generales relativas a la consulta previa en materia de proyectos legislativos sobre derechos civiles, laborales, de protección social, educativos y culturales que afecten directamente a los españoles en el exterior. Asimismo, se encargarán de la realización de estudios, formulación de propuestas y recomendaciones (art. 11)⁶³.

Por su parte, los Consejos de Residentes Españoles son órganos de carácter consultivo y asesor, adscritos a las Oficinas Consulares de España en el exterior, cuyas funciones esenciales son las siguientes: servir de cauce de comunicación entre los colectivos de emigrantes y las oficinas consulares, mediante la propuesta de medidas e información a las Oficinas Consulares y la difusión entre las comunidades de emigrantes de las medidas adoptadas, y participación en los procedimientos de concesión de ayudas y subvenciones a favor de los españoles en el exterior (arts. 12 y 13 Ley 40/2006)⁶⁴. Estos Consejos actúan al servicio de las Oficinas Consulares en las cuestiones de interés general para la comunidad española de residentes en su demarcación.

el Exterior. En este sentido, la Resolución de 31 de mayo de 2007, de la Dirección General de Emigración sobre el Consejo General de la Ciudadanía en el exterior, establece las normas para la designación de miembros del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior. Asimismo, y en relación al Consejo General de la Ciudadanía en el Exterior, conviene destacar la exclusión de las Asociaciones de Emigrantes Retornados de dicho organismo consultivo. Dichas asociaciones acudieron al Defensor del Pueblo y esta institución dio traslado a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. La negativa de su incorporación al Consejo General de la Ciudadanía en el Exterior se fundamentó en que las asociaciones de emigrantes se integran también en las asociaciones de retornados. *Vid.* DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe 2008*, p. 350.

63. Los precedentes del Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior, esto es, órganos de ámbito nacional y de representación en la cumbre, han sido el Consejo Superior de la Emigración, la Junta Central de la Emigración, el Consejo del Instituto Español de Emigración y el Consejo General de la Emigración. En este último órgano participaban representantes de la Administración Central y Autonómica, de los emigrantes, elegidos por los Consejos de Residentes, y de las Organizaciones sindicales y empresariales.
64. Los Consejos de Residentes se constituirán en todas «las circunscripciones consulares en cuyas listas del Censo Electoral de Residentes ausentes se hallen inscritos, como mínimo, 700 electores, se constituirá por elección un Consejo de Residentes Españoles, como órgano consultivo de la respectiva Oficina Consular en el ámbito de actuación y para las actividades que se regulan en los arts. 2 y 3, respectivamente» *Vid.* RD 1339/1997, sobre Consejos de Residentes Españoles en el extranjero-Consejo General de la Emigración (art. 1). En materia de participación de la ciudadanía española en el exterior, tiene especial relevancia la dinámica de los Consejos de Residentes Españoles. Varios residentes españoles han puesto en conocimiento del Defensor del Pueblo problemas relativos a la constitución de dichos Consejos y a su reconocimiento efectivo por parte de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares. *Vid.* *Informe 2009*, p. 392.

Desarrollan sus actividades en materia de derechos civiles y laborales, acción educativa, social y cultural a favor de los españoles que integran dicha comunidad y su participación en todos los asuntos de su interés. Estos Consejos de Residentes Españoles son una pieza esencial en el sistema de comunicación, y están compuestos por miembros elegidos por los emigrantes, en determinadas demarcaciones consulares⁶⁵. Según los datos del Ministerio de Asuntos Exteriores, actualmente existen hasta un total de treinta y ocho Consejos de Residentes Españoles constituidos en demarcaciones consulares⁶⁶.

No menos importante en materia de emigración es la actuación de las organizaciones sindicales y empresariales, que deberán participar en aquellos asuntos que estén relacionados con la representación y defensa de los intereses de los emigrantes y retornados. En este sentido, se prevé que los sindicatos y las organizaciones empresariales participarán en los órganos de representación de la emigración en la forma que reglamentariamente se determine (art. 14 Ley 40/2006). Concretamente, el CES consideró en su momento que los agentes sociales deberían tener, en base a los objetivos de su reconocimiento constitucional, una labor más intensa en la representación institucional y en el ámbito de las empresas, permitiendo el ejercicio de la libertad sindical y de representación de los trabajadores en el extranjero⁶⁷.

65. Por su parte, los órganos de participación de emigrantes tienen su hito histórico más lejano en las Juntas de Emigración, posteriormente denominadas Patronatos de Emigración. Las Juntas de Emigración actuaban en nuestro país y en el exterior. Tenía, pues, un doble ámbito de funcionamiento. Por un lado, actuaban en España, concretamente eran órganos de carácter local organizados por provincias españolas (Patronatos Locales de Emigración). Y, por otro lado, actuaban en el exterior en el ámbito de las demarcaciones consulares (Patronatos de Emigrados Españoles), más tarde llamadas Juntas Consulares de Emigración.
66. Los Consejos de Residentes Españoles actúan en las siguientes ciudades con sede consultar: Ámsterdam, Andorra, Asunción, Bahía Blanca, Bogotá, Bruselas, Buenos Aires, Caracas, Casablanca, Córdoba, Dusseldorf, Génova, Ginebra, Hamburgo, Hannover, La Habana, La Paz, Lima, Luxemburgo, Méjico, Melbourne, Mendoza, Montevideo, Montpellier, Montreal, Munich, Nueva York, Porto Alegre, Quito, Río de Janeiro, Rosario, Salvador-Bahía, San Pablo, Santiago de Chile, Santo Domingo, Tánger, Toulouse y Zurich.
67. Concretamente, el CES entendió que «en congruencia con el reconocimiento constitucional que los sindicatos y las organizaciones empresariales tienen en nuestro ordenamiento jurídico, el Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior debería recoger el papel que ambas organizaciones pueden y deben desempeñar en la consecución de los objetivos fundamentales de la norma, tanto por lo que hace a la representación institucional como a la representación en las empresas y, en su caso, centros públicos. En la medida que sea de aplicación la legislación española en esta materia, el Estado debe procurar facilitar el ejercicio, por un lado, del derecho de asociación empresarial, y, por otro, de la libertad sindical y de representación de los trabajadores en el extranjero» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, pp. 6-7).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Como hemos indicado, el derecho de asociación es uno de los derechos de participación más importantes en la materia, máxime si tenemos presente que el asociacionismo ha desempeñado tradicionalmente un papel esencial sobre la política emigratoria, «en ocasiones corrector de la carencia pública»⁶⁸ en materia de asistencia y socorro mutuo. En este sentido, el objetivo esencial es estimular el asociacionismo como pieza clave de organización y seguimiento de los colectivos de emigrantes. Dada la importancia de estas asociaciones, la Ley 40/2006 prevé el establecimiento de un censo de asociaciones y centros radicados en el exterior. Las asociaciones organizan a las comunidades de españoles en el extranjero, siendo, por tanto, instrumento que permite articular las actuaciones de asistencia por parte de las Administraciones españolas. Por todo ello, los poderes públicos están obligados a fomentar el movimiento asociativo de españoles en el extranjero, así como el de los españoles retornados (arts. 105 CE y 15 Ley 40/2006). Ello requiere, ciertamente, la coordinación de actuaciones por parte de las Administraciones públicas y el fomento de la agrupación de asociaciones en federaciones⁶⁹. Actualmente, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, convoca mediante el portal de ciudadanía española en el exterior las ayudas y subvenciones dirigidas a contribuir a la financiación de los gastos ordinarios derivados del funcionamiento de las Federaciones, Asociaciones y Centros de españoles en el exterior. Con carácter general, a estas ayudas públicas podrán concurrir las federaciones, asociaciones o centros de españoles en el exterior, que cuenten, al menos, con cincuenta asociados y que desarrollen una labor asistencial a favor de los españoles del exterior.

4.2. RÉGIMEN DE PRESTACIONES Y ASISTENCIA SOCIAL

4.2.1. **Ámbito subjetivo y objetivo de protección**

Con carácter general, el artículo 7.3 LGSS restringe el ámbito de protección mediante las prestaciones no contributivas única y exclusivamente «a los españoles residentes en el territorio nacional», por lo cual los emigrantes no podrían, en principio, ser beneficiarios de estas prestaciones⁷⁰. No obs-

68. *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 40/2006.

69. En relación al derecho de asociación, el CES consideró que la actividad de promoción del asociacionismo realizada por los poderes públicos «deberá centrarse en aquellas asociaciones u organizaciones que así lo requieran en razón de su interés general» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

70. No obstante lo anterior, es preciso hacer una excepción en el ámbito de la Seguridad Social europea, debido a que el Convenio Europeo de Seguridad Social permite percibir las prestaciones no contributivas a los residentes en un Estado distinto del de origen siempre que hayan residido en el mismo durante un determinado período de tiempo que, p. ej., para el caso de solicitar prestaciones por desempleo no podrá

tante, el legislador ordinario permite al Gobierno «establecer medidas de protección social a favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia» (art. 7.4 LGSS)⁷¹. Estamos, pues, ante una facultad gubernamental prevista legalmente con el fin de exceptuar el requisito de residencia en el territorio español para la percepción de las prestaciones no contributivas⁷². Ciertamente, se trata de una materia que requiere de una concreción ulterior por parte del Gobierno, sin que ello incida en la reserva de ley en materia de Seguridad Social, ni atente al principio de igualdad consagrado constitucionalmente, ya que precisamente lo que intenta el artículo 7.4 LGSS es adaptar el régimen general de prestaciones en el nivel no contributivo o asistencial al mandato dirigido a los poderes públicos de proteger los derechos sociales de los emigrantes.

Asimismo, conviene tener presente que la disposición adicional 1ª LGSS, contempla un mandato dirigido al Gobierno relativo a la adopción de medidas necesarias para garantizar la extensión de la acción protectora de la Seguridad Social a los españoles que se trasladen a un país extranjero por motivos laborales, medida que como sabemos, tiene como cauce natural de aplicación mediante la celebración de Convenios bilaterales entre España y los países receptores de la emigración española. El Gobierno deberá, pues, adoptar las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen a un país extranjero por causas de trabajo y a los familiares que tengan a su cargo o bajo su dependencia, a cuyo efecto se tenderá a garantizar a los emigrantes la igualdad o la asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social.

fijarse en más de seis meses con carácter previo a la petición de prestaciones (art. 8.2).

71. Concretamente, conviene destacar el RD 996/1986, sobre convenio especial de Seguridad Social de los emigrantes e hijos de éstos, que posibilita su inclusión en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en tanto presten su actividad laboral en el extranjero, con independencia de que con anterioridad hayan estado o no afiliados a la Seguridad Social española, siempre que el país en el que desarrolle su actividad no tenga suscrito con España acuerdo o convenio de Seguridad Social, o que, aun existiendo, deje sin cobertura alguna de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Esa norma fue modificada por el RD 1203/2003, en el sentido de no exigir la falta de concurrencia de acuerdo o convenio bilateral de Seguridad Social suscrito por el respectivo país con España, ya que tal circunstancia, anteriormente exigida para la suscripción del convenio, no garantizaba por sí sola la protección del emigrante.
72. En definitiva, estamos ante una posibilidad que se configura, «como algo excepcional y subsidiario». Ciertamente, ello va en contra de la aplicación del principio general de territorialidad, ya que se trata de trabajadores que ni residen ni trabajan en España (OLARTE ENCABO, 1999, p. 1937).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Se trata de la adopción de las medidas necesarias para garantizar a los emigrantes la igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción en materia de Seguridad Social, directamente o a través de los organismos intergubernamentales competentes, así como mediante la ratificación de convenios internacionales de trabajo, la adhesión a convenios multilaterales y la celebración de tratados y acuerdos con los Estados receptores. Igualmente, en los casos en que no existan convenios o, por cualquier causa o circunstancia, éstos no cubran determinadas prestaciones de la Seguridad Social, se establece que el Gobierno extienda su acción protectora en la materia tanto a los emigrantes como a sus familiares residentes en España. Por último, conviene indicar que la Disposición Adicional Primera de la LGSS dispone que los accidentes y, en su caso, enfermedades, que se produzcan durante el viaje de salida o de regreso de los emigrantes en las operaciones realizadas por la Dirección General de Migraciones, o con su intervención, tendrán la consideración de accidentes de trabajo, siempre que concurren las condiciones que reglamentariamente se determinen.

Tradicionalmente la normativa española en materia de prestaciones de Seguridad Social ha prestado especial atención a la jubilación y al desempleo, básicamente en su modalidad no contributiva o asistencial. Recientemente, el catálogo de derechos sociales y prestaciones ha sido sistematizado por la Ley 40/2006. En este sentido, se reconoce el derecho a la protección de la salud, derechos en materia de Seguridad Social y prestaciones por razón de necesidad, servicios sociales para mayores, acciones de información sociolaboral, orientación y participación en programas de formación profesional ocupacional y derechos en materia de empleo y ocupación⁷³. Ello supone ciertamente una clara voluntad política de mejorar los medios de protección social existentes, y un claro ejemplo de ello, es la incorporación de la prestación por razón de necesidad.

Concretamente, en materia de derechos relativos a la protección social, la Ley 40/2006 se refiere al derecho a la salud de los españoles en el exterior para conseguir la equiparación a las prestaciones del Sistema Nacional de

73. En realidad, como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley 40/2006, se trata de «derechos y prestaciones que [...] estaban en alguna medida establecidos, si bien su regulación se encontraba en normas dispersas y de rango inferior, por lo que con el presente Estatuto se pretende consolidar su ejercicio, dotándoles de una dimensión real y efectiva al elevarse el rango normativo que los ampara». Ciertamente, se trata de una normativa dispersa que intenta proteger situaciones concretas de necesidad, ejemplo de ello es la Ley 3/2005, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

Salud (art. 17). En este punto, se prevé la posibilidad de que el Estado suscriba convenios con entidades públicas o, en su caso, privadas para garantizar la efectividad de tal derecho. De igual modo, el Estado garantizará que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causas de trabajo y a los familiares de los mismos en los términos establecidos en la legislación aplicable, mediante el reconocimiento de la igualdad o asimilación respecto de los nacionales del país de recepción, el mantenimiento de los derechos adquiridos y las expectativas de derecho, mediante la firma de convenios internacionales (art. 18).

4.2.2. Las prestaciones por necesidad

Sin duda, una de las novedades más importante es el reconocimiento de las prestaciones por necesidad (art. 19 Ley 40/2006). Dicho precepto contempla el derecho a «percibir una prestación a los españoles residentes en el exterior que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de rentas o ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas, de acuerdo a la realidad socioeconómica del país de residencia»⁷⁴. La prestación por necesidad se regula siguiendo como ejemplo a las actuales pensiones asistenciales de ancianidad y de incapacidad para emigrantes, que han sido sustituidas por esta nueva modalidad protectora⁷⁵. De igual modo, debemos destacar que en la prestación por necesidad se incluye la asistencia integral de la salud y los servicios sociales.

Concretamente, el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados⁷⁶. Dicha prestación comprende a la prestación económica por ancianidad, la prestación económica por incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y la asistencia sanitaria. En este sentido, serán beneficiarios

74. Respecto de la situación de necesidad, a juicio del CES, «el riesgo de necesidad que constituye el objeto de estas prestaciones puede darse también en otras circunstancias distintas de la vejez o la incapacidad, convendría efectuar una reflexión general sobre la oportunidad de que el Anteproyecto establezca ayudas extraordinarias dirigidas a paliar otras situaciones de necesidad, en línea con las que ya existen en la actualidad» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 6).
75. En este sentido, conviene indicar que la DD única del RD 8/2008 deroga expresamente el RD 728/1993, que contemplaba la regulación de las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de los emigrantes españoles.
76. Asimismo, conviene tener en cuenta el RD 1493/2007, relativo a la concesión directa de ayudas destinadas a atender las situaciones de extraordinaria necesidad de los españoles retornados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de la prestación por razón de necesidad los españoles de origen nacidos en territorio nacional que, por motivos económicos, laborales o de cualquier otra naturaleza, salieron del país y establecieron su residencia en el extranjero. Igualmente, los españoles de origen no nacidos en España que acrediten un período de residencia en nuestro país de 10 años previo a la presentación de la solicitud de la prestación, siempre que ostentaran durante todo ese período la nacionalidad española (art. 2 RD 8/2008)⁷⁷. Nuestra legislación garantiza mediante la prestación por razón de necesidad una cobertura mínima de subsistencia para los españoles emigrantes que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carecen de recursos económicos⁷⁸. Se trata, sin duda, de un mecanismo de protección social de los emigrantes que ampara a un número considerable de emigrantes beneficiarios de estas prestaciones⁷⁹.

El Real Decreto 8/2008 contempla los requisitos concretos de acceso a la prestación, y garantiza el derecho a percibir la prestación a los españoles residentes en el exterior, que habiéndose trasladado al exterior por razones laborales, económicas o cualesquiera otras y habiendo cumplido 65 años de edad o estando incapacitados para el trabajo, se encuentren en una situación de necesidad por carecer de recursos suficientes para cubrir sus necesidades. La protección, a su vez, se configura como un sistema integral, ya que la protección por razón de necesidad garantiza a los beneficiarios el disfrute de la prestación económica por ancianidad, incapacidad absoluta para todo tipo de trabajo y asistencia sanitaria. Por otro lado, conviene destacar la am-

-
77. En este sentido, conviene decir que éste es un de los aspectos criticados por el CES, ya que «con independencia de futuros desarrollos reglamentarios, el Anteproyecto debería fijar o delimitar el concepto de situación de necesidad que se aplica específicamente a estas prestaciones, en las que, por razones de equidad, además del nivel de rentas o ingresos resulta determinante la relación entre el nivel socioeconómico del país de residencia y el de España». En este mismo sentido, hubiera sido conveniente disponer una definición legal sobre de incapacidad para el trabajo, que como sabemos es la situación de necesidad que da derecho al disfrute de la prestación.
78. Igualmente, los emigrantes españoles han manifestado el retraso en la percepción de las pensiones asistenciales por razón de ancianidad. En la mayoría de los casos se trata de cónyuges de los beneficiarios, que reclaman pensiones devengadas y no percibidas. En este sentido, el Defensor del Pueblo advierte de la especial vulnerabilidad de este colectivo, personas de edad avanzada residentes en el exterior y con una situación económica desfavorable. Igualmente, el Defensor del Pueblo ha anunciado que mantendrá una especial vigilancia durante los próximos años en relación a la gestión de estas prestaciones. *Vid.* muy especialmente, *Informe 2008*, p. 349.
79. El Defensor del Pueblo ha recibido formalmente quejas sobre la percepción de las prestaciones asistenciales previstas para los residentes españoles en el extranjero. El Defensor del Pueblo ha puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración la imprevisión de la situación objetiva y subjetiva protegida, y que a pesar de los avances realizados, siguen existiendo problemas de aplicación. *Vid.* *Informe 2009*, p. 392.

pliación del ámbito subjetivo de protección, ya que se equipara a los cónyuges o parejas de hecho de los emigrantes al mismo nivel de protección, sin que éstos tengan la mera condición de familiares.

El Decreto homogeniza los requisitos de reconocimiento de la prestación económica que permite el acceso a la prestación, que podemos resumir en los siguientes: a) tener sesenta y cinco años de edad en la fecha de la solicitud de la prestación económica por ancianidad o para la prestación económica de incapacidad, ser mayor de dieciséis y menor de sesenta y cinco años y estar en situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo en la fecha de la solicitud; b) Residencia legal en aquellos países donde la precariedad del sistema de protección social justifique la necesidad de esta prestación y c) carencia de rentas o ingresos suficientes (arts. 3 y 5 RD 8/2008). Asimismo, el Decreto contempla las reglas en materia de base de cálculo y cuantía de la prestación económica, que se aplicarán en función del país de residencia del interesado, tomando como índices la renta per cápita, salario mínimo interprofesional, salario medio de un trabajo por cuenta ajena y pensión mínima de Seguridad Social. Ello supone la determinación de un estándar mínimo de protección teniendo en cuenta la realidad socioeconómica del país de residencia (art. 7 RD 8/2008)⁸⁰. La cuantía de esta prestación por razón de necesidad será fijada con carácter anual por parte del Ministerio de Trabajo y será compatible con las ayudas otorgadas por las Comunidades Autónomas en materia de retorno⁸¹. En esta materia, el Estado deberá regular los instrumentos de coordinación o colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, en función de sus correspondientes competencias en la materia.

4.2.3. La jubilación

Un apartado especial merece la protección en el supuesto de los españo-

80. Estamos, pues, ante una materia que precisa un estudio casuístico respecto de las realidades socioeconómicas de cada país de residencia. P. ej., se puede consultar una queja formulada por un español (castellano leonés) residente en Cuba respecto del límite de edad exigido por la legislación española. Según el art. 167.1 LGSS la edad de sesenta y cinco años es uno de los requisitos que da derecho al acceso a la pensión asistencial de jubilación. En este punto, se propuso al Defensor del Pueblo la posibilidad de modificación del RD 728/1993, permitiendo el acceso a la mencionada prestación cuando el beneficiario hubiese cumplido la edad de jubilación forzosa prevista por el sistema de protección social del Estado de residencia. Ello se debe a que la edad de acceso a la jubilación en Cuba es a los cincuenta y cinco años. Un comentario en profundidad de este supuesto puede consultarse en el siguiente trabajo (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, pp. 202-203).

81. Por su parte, las tres disposiciones adicionales de la Ley 40/2006 se refieren a los efectos del silencio administrativo en los procedimientos de tramitación, la revisión de oficio de las resoluciones y la caducidad del derecho al cobro de estas pensiones asistenciales por ancianidad.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

les de origen retornados. Por lo que se refiere a la pensión asistencial por ancianidad, podrán ser beneficiarios los españoles de origen residentes en el extranjero al retornar a España, si en función de la precariedad del sistema de protección social del país de residencia se acreditan las condiciones de acceso a la prestación por razón de necesidad. En este caso, tendrán derecho a la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva del sistema español de Seguridad Social, cuya cuantía será la fijada en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Se trata, pues, de una protección frente a los problemas económicos inherentes al retorno a nuestro país, y que afecta principalmente a los mayores de sesenta y cinco años (y sus familiares) [arts. 161.1.a) y 167.1 LGSS], los cuales una vez desarrollado su período de actividad laboral en el extranjero, regresan a nuestro país en situación de jubilación. Estamos, pues, ante una excepción a los requisitos legales para percibir las prestaciones no contributivas de jubilación e invalidez; nos estamos refiriendo a la necesidad de acreditar residencia legal en territorio español y cómo mínimo los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión para facilitar el disfrute de estas prestaciones no contributivas por los emigrantes retornados. En síntesis, los emigrantes retornados que reúnan las condiciones para el acceso a la pensión de jubilación no contributiva (básicamente carencia de rentas en los límites previstos legalmente), podrán tener derecho a la prestación sin cumplir los requisitos de residencia exigidos en el art. 167.1 de la LGSS. Esta protección es compatible con la dispensada por las Comunidades Autónomas, que aplican ayudas económicas que compensan los gastos derivados de la instalación. De este modo, se atienden los gastos más urgentes y necesarios, y se conceden otras ayudas que compensan la carencia de ingresos económicos hasta el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva⁸².

Desde el punto de vista del desarrollo reglamentario conviene destacar la aplicación del Real Decreto 728/1993, de 14 de mayo (modificado por el RD 1612/2005), que regula las pensiones asistenciales por ancianidad como un mecanismo de protección que garantiza un mínimo de subsistencia para los españoles de origen residentes en el extranjero, que emigraron de nuestro país y que, habiendo alcanzado la edad de jubilación, carecen de recursos.

4.2.4. La incapacidad

La determinación de la incapacidad dentro del contenido de la presta-

82. Vid. IGLESIAS CABERO, 2003, pp. 51 y ss., y GÓMEZ ÁLVAREZ, 2003, pp. 51-72.

ción por necesidad supone un cambio importantísimo, ya que anteriormente se consideraba como una mera ayuda asistencial, y actualmente se configura como un derecho a prestación. La situación de incapacidad se refiere a las «deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que les inhabiliten por completo para toda profesión u oficio» (art. 19.1 RD 8/2008).

Asimismo, dicho precepto contempla el procedimiento para su valoración y revisión de la situación que da acceso a la protección social. En concreto, se tendrá que proceder a la evaluación de la concreta situación de incapacidad, labor que será realizada por los médicos facultativos de la entidad que gestione la correspondiente asistencia sanitaria a los beneficiarios de la prestación por necesidad⁸³. En el proceso de valoración se tendrán igualmente en cuenta factores como la edad del beneficiario, así como sus posibilidades reales y efectivas de integración en el mercado de trabajo del país de residencia (art. 19.2 del RD 8/2008). Una vez valorado el grado de incapacidad, la entidad aseguradora expedirá un informe, que acreditará la situación concreta de incapacidad del solicitante de acuerdo con la valoración efectuada. En su caso, se hará constar la necesidad de revisión de la situación de incapacidad y el plazo para realizar la nueva valoración. A estos efectos, la Dirección General de Emigración y las Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales de las Embajadas, o, en su defecto, los Consulados o Secciones consulares de las Embajadas podrán instar en todo momento la correspondiente revisión de la situación de incapacidad del beneficiario de la prestación (art. 19.3 y 4 RD 8/2008).

Por otro lado, y en relación a la dinámica de la prestación por incapacidad, conviene destacar que cuando el beneficiario cumpla la edad de sesenta y cinco años (edad ordinaria de jubilación en nuestro país) se producirá automáticamente la transformación de la prestación de incapacidad en una prestación por ancianidad, aplicándose desde ese mismo momento su corres-

83. Especialmente importante en materia de incapacidad es el uso de documentos proporcionados por sistemas de salud extranjero, que reconocen el grado concreto de discapacidad. En algunas ocasiones estos documentos no son traducidos y se aportan directamente por el interesado ante la Administración española. En este punto, la STC 45/1996 se pronunció sobre un recurso de amparo por vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba, al no haberse tenido en consideración por el juez español los documentos en lengua alemana aportados por la demandante relativos a su incapacidad. Dichos documentos no fueron valorados ni tenidos en cuenta por el órgano juzgador, debido a que la demandante tuvo que haber soportado su carga procesal de aportarlos traducidos o instar su traducción. En esta misma línea, el TC desestimó el recurso de amparo dado que el órgano juzgador determina la norma aplicable a la causa y, especialmente, señaló que la traducción del documento no se realiza en todo caso de oficio, sino a petición de parte.

pondiente régimen jurídico. En cualquier caso, la transformación sobrevenida de la prestación originaria en una prestación por ancianidad no supondrá modificación alguna respecto del importe de la prestación que viniese percibiendo el beneficiario (art. 20 RD 8/2008).

4.2.5. El desempleo

La protección por desempleo se regula en nuestro ordenamiento en los arts. 203 y ss. de la LGSS. Por lo que se refiere a la acción protectora por desempleo de los emigrantes retornados, éstos figuran expresamente entre los posibles beneficiarios del subsidio por desempleo y de la renta activa de inserción. Respecto de la protección en su modalidad no contributiva, el emigrante que «habiendo retornado de países no pertenecientes al Espacio Económico Europeo»⁸⁴, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo⁸⁵, acredite haber trabajado como mínimo doce meses en los últimos seis años en dichos países desde su última salida de España, y no tenga derecho a la prestación por desempleo» [art. 215.1.c) LGSS]⁸⁶. El emigrante retornado no podrá ser beneficiario de otras prestaciones en el país donde haya cesado su actividad y dicho cese se deberá haber producido por causas no imputables a su voluntad (art. 208.5 LGSS)⁸⁷. Otro supuesto de

84. *Vid.* NUÑO RUBIO, 1986, pp. 7-50.

85. En relación a la prestación asistencial de desempleo tras retornar a España, la STC 77/1995 se pronunció sobre el acceso a dicha protección que dependía de la previa cotización de dos años en los últimos ocho, dada la inexistencia en aquel momento de convenio bilateral de Seguridad Social entre España y Méjico, que permitiera computar las cotizaciones efectuadas en el país extranjero en el que el interesado desarrolló su actividad laboral. El TC considera que la inclusión en el sistema de Seguridad Social viene determinada en general por el criterio de territorialidad. No obstante, la protección alcanza también a «los españoles que por causas de trabajo se trasladan a un país extranjero mediante diversos instrumentos de Derecho internacional que tratan de garantizar una igualdad o asimilación con los nacionales del país de recepción o, en su defecto, técnicas normativas internas que, como excepción al principio de territorialidad, implican una unilateral extensión de la propia legislación nacional». De este modo, la reivindicación del «cómputo de las cotizaciones ingresadas por trabajadores españoles a la Administración de la Seguridad Social de un Estado extranjero, prescindiendo de cualquier otro dato diferencial no constituye un idóneo término de comparación a efectos del juicio de igualdad».

86. Por lo que se refiere a la modalidad contributiva de la prestación por desempleo, si la emigración se realizó a un país extracomunitario, las cotizaciones ingresadas en el país de residencia –siempre que exista acuerdo con España para la totalización de los períodos a efectos de desempleo– se tendrán en cuenta para el acceso a la prestación por desempleo. Ello se producirá una vez que el español retornado vuelva a trabajar al regresar a nuestro país, y tendrá derecho a la prestación contributiva una vez se produzca la situación legal de desempleo en España por causa no imputable a su voluntad.

87. La STC 153/1994 se pronuncia sobre los efectos para causar el derecho a percibir el subsidio por desempleo, ya que el RD 625/1985 disponía que se consideraban como

acceso al subsidio asistencial por desempleo se produce cuando el emigrante retornado haya cumplido los cincuenta y dos años, siempre y cuando haya cotizado durante seis años a lo largo de su vida laboral y acredite que cumple todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la pensión contributiva de jubilación (art. 215.3 LGSS)⁸⁸. Igualmente, el emigrante retornado podrá ser beneficiario, por aplicación del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, del programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo [art. 2.2.b)].

Especial situación en materia de subsidio de desempleo se produce respecto de un emigrante retornado de algún país perteneciente al Espacio Económico Europeo o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo. Este colectivo podrá percibir su prestación de acuerdo con la legislación vigente y en aplicación de los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social o los Convenios correspondientes. Los emigrantes retornados de algún país perteneciente al Espacio Económico Europeo, o con los que no exista convenio sobre protección por desempleo, están excluidos de la protección del artículo 215.1.c) de la LGSS⁸⁹. No obstante, dicho cambio normativo ha sido criticado debido a que las normas comunitarias sobre desempleo establecen unos requisitos que no cumple una gran mayoría de los emigrantes retornados del espacio económico europeo, ya que se les exige tener cotizaciones en España después de retornar. Asimismo, la normativa comunitaria contempla el pago de la prestación y del subsidio por desempleo del país donde se cotizó y que se abonará en España solamente durante un período máximo de tres meses, produciéndose, pues, un gran perjuicio para este colectivo. Por su parte, el Gobierno justificó la medida legislativa en el hecho de que los emigrantes retornados de países comunitarios podrían beneficiarse de la renta activa de inserción (que tiene la misma cuantía que el subsidio por desempleo). Sin embargo, únicamente podrán ser beneficiarios de la renta activa de inserción los mayores de cuarenta y cinco años. Ello

trabajadores retornados los que hubieran trabajado como mínimo seis meses en el extranjero y en el caso de trabajadores liberados de prisión por libertad condicional o cumplimiento de condena superior a seis meses. El hecho de imponer una duración mínima de la estancia en el extranjero condicionada a la privación de libertad del emigrante no resultaba discriminatorio, ya que la exigencia de un mínimo de duración de la situación de la que deriva el derecho a prestaciones es un dato normativo prototípico en nuestro sistema de Seguridad Social.

88. *Vid.* IGLESIAS CABERO, 2003, pp. 51 y ss.; FERNÁNDEZ DE MATA, 1997, pp. 249-349; y ROJAS CASTRO, 1998, pp. 389-428.

89. En su versión posterior por aplicación de la Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

supone que muchos emigrantes retornados de países comunitarios estarán excluidos por no alcanzar dicha edad⁹⁰.

Conviene indicar que la cuantía del subsidio asistencial por desempleo equivale al ochenta por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en cada momento (art. 217.1 LGSS). En el caso de acceso a la prestación por desempleo cuando el emigrante retornado tienen cumplidos los cincuenta y dos años, y cumple con los requisitos del artículo 215.3 LGSS, la cuantía del subsidio se determinará durante los seis primeros meses de su percepción en función de sus responsabilidades familiares. En este sentido, la cuantía será del ochenta por ciento cuando el trabajador tenga uno o ningún familiar a su cargo, ciento siete por ciento si tienen dos familiares a su cargo o ciento treinta y tres por ciento si tiene tres o más familiares a su cargo (art. 217.3 y 2 LGSS)⁹¹.

4.2.6. Fomento del empleo

En materia de fomento del empleo, se refuerzan los instrumentos de información, orientación y formación, respecto de los españoles en el exterior y retornados, dando una mayor atención a aquellos colectivos que encuentran especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, esto es,

90. La Ley 40/2006 prevé que el Estado adoptará las medidas necesarias para que la acción protectora de la Seguridad Social se extienda a los españoles que se trasladen al exterior por causa de trabajo y a sus familiares. No obstante, en este punto, el CES apuntó que «debería examinarse si los emigrantes retornados de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo o con los que exista convenio sobre protección por desempleo, tienen el mismo nivel de protección respecto a la percepción del subsidio por desempleo que el resto de los retornados y, en caso contrario, deberían revisarse los requisitos de acceso al subsidio para ser incorporado a este aspecto al Anteproyecto» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 6). Precisamente, se ha apuntado que «la exclusión de los trabajadores emigrantes retornados de determinados países, entre ellos los retornados del EEE, que son una gran mayoría, está pensada en favor exclusivo de la Seguridad Social Española, que se ahorra no sólo el pago del subsidio por desempleo a miles de emigrantes retornados durante 18 meses, sino el pago del subsidio por desempleo para los emigrantes retornados mayores de 52 años hasta los 65 años, e incluso el pago de la pensión de jubilación» (ROJAS CASTRO, 2002).

91. En materia de desempleo, podemos destacar la STC 262/1988, que se planteaba el tema relativo al cómputo del plazo para solicitar la prestación por desempleo ante la Administración española, esto es, si éste comenzaba a contar desde la expedición de la autorización de regreso del emigrante o desde su notificación efectiva. El TC vino a declarar, en aplicación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que la expedición de la autorización de regreso a España sólo podía surtir efectos para el interesado desde el momento en que le fuera notificada la resolución administrativa, ya que dicha formalidad supone que la persona conoce efectivamente el acto administrativo y puede, pues, optar a la prestación por desempleo.

jóvenes, y mujeres con problemas de inserción laboral. Concretamente, se apuesta por la mejora del sistema de información a través del Sistema Nacional de Empleo. A dichos efectos, se promoverá el acceso a la información necesaria que permita a los españoles demandantes de empleo en el exterior y a los retornados, la búsqueda de trabajo y la mejora de sus posibilidades de ocupación (arts. 21 y 22 Ley 40/2006)⁹².

Estamos ante una medida que ya se preveía expresamente en la Ley de Empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre. En este sentido, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas fomentarán el desarrollo de acciones de información y orientación al empleo en el extranjero, así como programas de ayudas o convenios con entidades públicas o privadas. De igual modo, en materia de fomento del empleo la Ley 40/2006 prevé la aplicación de un plan de promoción de empleo e incorporación laboral de los emigrantes retornados y de sus familiares. A tal efecto, se prevé la posibilidad de que se les considere colectivo prioritario en los Planes Nacionales de Acción para el Empleo. Ello se ajusta a las directrices de la Estrategia de Lisboa, que presupone la necesidad de abordar un enfoque integrado de las directrices de empleo en un único programa nacional. El Estado se compromete a velar por las condiciones del desplazamiento de profesionales españoles por empresas radicadas en el exterior, a facilitar la contratación de trabajadores españoles residentes en el exterior y a establecer visados de búsqueda de empleo para hijos o nietos de españoles de origen.

4.2.7. Asistencia sanitaria

En materia de asistencia sanitaria en casos de retorno, se reconoce este derecho siempre que no lo tuviesen por otro título, derecho que se extiende a los pensionistas españoles de origen residentes en el exterior en sus desplazamientos temporales a nuestro país. Asimismo, se garantiza la asistencia sanitaria para los trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente a España y a los familiares a su cargo (art. 26 RD 8/2008)⁹³.

92. En este sentido, el CES considera que «más que establecer derechos en materia de empleo y ocupación, se recogen compromisos de actuación de los poderes públicos en esta materia» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

93. *Vid.* La Resolución de 25 de febrero de 2008, conjunta de la Dirección General de Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por la que se regula el procedimiento para acceder a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y para pensionistas y trabajadores por cuenta ajena españoles de origen residentes en el exterior que se desplacen temporalmente al territorio nacional.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Los beneficiarios de la asistencia sanitaria en el extranjero serán aquellas personas que carezcan de la cobertura de asistencia sanitaria en el país de residencia o cuando su contenido y alcance sean insuficientes (art. 21 RD 8/2008). Concretamente, se asegura el coste total de la asistencia, sin incidir en la prestación económica, lo cual supone un cambio sustancial respecto de la situación anterior en la que el interesado debía costear personalmente la asistencia sanitaria total o parcialmente⁹⁴. De igual modo, el Real Decreto 8/2008 contempla el procedimiento para garantizar la cobertura de la prestación a los beneficiarios residentes en el exterior y establece un sistema de evaluación de la protección que se dispensa por parte de las entidades que prestan la cobertura de asistencia sanitaria (arts. 21-24 RD 8/2008).

En relación al acceso a la asistencia sanitaria de los emigrantes españoles, cuya actividad productiva se desarrolle por cuenta propia, es preciso señalar que reglamentariamente se contemplan normas específicas relativas a su especial situación jurídica. En concreto, el régimen a observar se determina en el Real Decreto 1564/1998, de 17 de julio, regulador de la cobertura de la prestación de asistencia sanitaria de los emigrantes españoles trabajadores por cuenta propia en el exterior, en los supuestos de estancia de los mismos y sus familiares en territorio español o de residencia de estos últimos en el extranjero.

Finalmente, en materia de asistencia sanitaria, conviene tener presente la Resolución de 25 de febrero de 2008, de la Dirección General de la Emigración y de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre asistencia sanitaria para emigrantes retornados y residentes españoles en el exterior temporalmente desplazados en España.

4.2.8. Asistencia y ayudas sociales

Asimismo, podemos destacar otras medidas de carácter asistencial convocadas periódicamente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Se trata de ayudas de índole asistencial a favor de los emigrantes retornados y sus familiares que persiguen igualmente la aplicación directa del objetivo constitucional del retorno. Estas ayudas se aplican en ejecución de programas asistenciales en beneficio de los españoles emigrantes no residentes en España (Orden TIN 2378/2009), siendo necesario, con carácter general, haber trabajado en el exterior durante un determinado período de tiempo y que

94. En este punto, se tendrá la cartera de servicios comunes del SNS regulada en el RD 1030/2006, que establece las prestaciones sanitarias y farmacéuticas garantizadas en España a los beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

el retorno se haya producido recientemente⁹⁵. Estas ayudas junto a la compensación total o parcial de los gastos extraordinarios derivados del retorno, también contemplan ayudas que favorecen el autoempleo o el trabajo asociado (estatales o autonómicas, según los casos), ayudas para el desarrollo de acciones de información sociolaboral y orientación a favor de emigrantes españoles retornados, programas de formación profesional de carácter ocupacional para emigrantes retornados, etc.⁹⁶.

Asimismo, destaca la promoción de la red de servicios sociales para mayores o personas en situación de necesidad que residen en el exterior. En este sentido, los poderes públicos deberán apoyar a los centros y asociaciones de españoles en el exterior y retornados en el Estado español que cuenten con infraestructuras adecuadas para la atención de personas mayores o en situación de dependencia. Y, asimismo, se desarrollarán medidas específicas, especialmente de carácter asistencial, sanitario y farmacéutico, encaminadas a la consecución del bienestar integral (art. 20 Ley 40/2006).

4.3. DERECHOS RELATIVOS A LA EDUCACIÓN Y A LA CULTURA

El catálogo de derechos relativos a la educación y a la cultura se traduce en los derechos a la educación, homologación, convalidación y reconocimiento de títulos y estudios extranjeros, así como el acceso a las lenguas y culturas españolas. Se trata, en definitiva, de una serie de derechos que tienen con el fin de mantener vivos los vínculos culturales con los españoles residentes en el extranjero. Así, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el acceso a la educación en sus distintos niveles en los países de residencia, fomentando el acceso al sistema educa-

95. De igual modo, podemos destacar las ayudas asistenciales de carácter extraordinario a favor de emigrantes, que cubren la asistencia sanitaria de españoles residentes en el exterior, las ayudas asistenciales para emigrantes españoles incapacitados para el trabajo residentes en Iberoamérica y Marruecos, las ayudas de carácter educativo, cultural y a favor de instituciones y asociaciones convocadas por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

96. P. ej., en materia de asistencia sanitaria en los supuestos de retorno a nuestro país, conviene indicar que si la emigración se realizó a algún país de la Unión Europea y si era titular de una prestación en ese Estado que le permitía el disfrute de la asistencia sanitaria, dicha atención también estará cubierta para el emigrante y sus familiares al fijarse la residencia en España. Si se emigró a un país extracomunitario con los que existe convenio de Seguridad Social, que contempla la exportación de la asistencia sanitaria en residencia habitual, de igual modo se reconocerán las prestaciones sanitarias una vez realizado el retorno a nuestro país (así, Convenios con Marruecos y Principado de Andorra). En caso de ausencia de convenio internacional, o si bien éste no incluye la exportación de prestaciones sanitarias, los emigrantes retornados tendrán que firmar un convenio especial de asistencia sanitaria con la Seguridad Social española para tener acceso a la misma (GETE CASTRILLO, 1996, pp. 1341-1347).

tivo español y la creación y mantenimiento de centros educativos en el extranjero. De igual modo, se promoverá la realización de estudios universitarios en España mediante la concesión de becas o mediante el acceso a la universidad de forma no presencial gracias al uso de las nuevas tecnologías, así como la adopción de iniciativas que permitan la simplificación y agilización de los procedimientos de homologación y reconocimiento de títulos y estudios extranjeros (arts. 23 y 24 Ley 40/2006)⁹⁷.

Sin perjuicio de los derechos en materia educativa, especial mención merece el fomento de la lengua y las culturas españolas. En este sentido, los poderes públicos están llamados a «facilitar a los descendientes de españoles residentes en el exterior el conocimiento del castellano y podrá adoptar, en colaboración con las Comunidades Autónomas, las medidas precisas para favorecer el conocimiento de sus lenguas cooficiales», mediante programas adaptados a las circunstancias del país de acogida que cuenten con beneficios de acceso y garantías de continuidad. De igual modo, los poderes públicos realizarán las labores de divulgación tanto de la diversidad cultural española como del patrimonio cultural común, en colaboración con las asociaciones de españoles en el exterior (art. 25 Ley 40/2006).

5. DEBERES DE LOS PODERES PÚBLICOS EN MATERIA DE RETORNO

Como hemos indicado, en las últimas dos décadas los emigrantes están retornando a nuestro país de forma incesante. Precisamente, el propio artículo 42 CE se aprueba en un contexto normativo en el que ya era una realidad el retorno de emigrantes a nuestro país. Tal es la importancia de la política de retorno que incluso la doctrina se cuestiona qué aspecto prevalece en el mandato contenido en el artículo 42 CE, esto es, si pondera la tutela de los intereses económicos y sociales de la emigración o bien la protección y potenciación del retorno de los emigrantes⁹⁸.

Por ello, el legislador ordinario ha prestado especial atención a este fenómeno, previendo la necesidad de que el Estado en colaboración con las

97. Uno de los problemas más importantes que afectan a los trabajadores emigrantes en el exterior es la convalidación y homologación de sus títulos profesionales, que les permiten ejercer su profesión en el Estado de acogida. Se trata, sin duda, de un aspecto puesto de manifiesto por el Defensor del Pueblo, y que afecta a profesionales que incluso en sus propias especialidades disponen de los correspondientes permisos de residencia y trabajo, y que encuentran especiales condiciones adversas de desarrollo de su profesión a título individual, sufriendo incluso despidos y sanciones. *Vid. Informe 2007*, p. 437.

98. *Vid. Rojo TORRECILLA*, 2004, p. 1531.

Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las Asociaciones de Emigrantes Retornados lleven a cabo una política integral que tutele el regreso de los emigrantes a nuestro país (art. 26 Ley 40/2006). Muy importante, y ciertamente novedosa, es la referencia a una «política integral» en materia de retorno. En este sentido, es especialmente importante el calificativo «integral», que sin duda se refiere al objetivo de unificar y coordinar el conjunto de aspectos inherentes al retorno del emigrante, sobre todo, en materia de integración social y laboral, para lo cual se deberán coordinar las distintas actuaciones de las Administraciones competentes. Ello permitirá que el retorno se realice con una asistencia más eficaz por parte de las autoridades administrativas⁹⁹. Por tanto, la actuación administrativa en fomento del retorno del emigrante no es más que una manifestación del principio de igualdad, de suerte que los poderes públicos deberán adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que dificulten el regreso de los españoles y sus familiares que deseen retornar a nuestro país. En este sentido, se deberá permitir a los españoles retornados el acceso a las prestaciones y beneficios sociales, en las mismas condiciones que los españoles residentes, llamando especial atención a la promoción de políticas que faciliten el acceso a la vivienda de los emigrantes retornados (art. 9.3 CE)¹⁰⁰.

El instrumento administrativo para impulsar las actuaciones en materia de retorno es la «Oficina Española del Retorno», órgano administrativo adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Su finalidad básica es facilitar, orientar y asesorar a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de materializar su efectiva inserción social y laboral en España. De igual modo, conviene subrayar que la Oficina Española del Retorno, como órgano de la Administración General del Estado, convivirá con las agencias propias de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, lo cual requerirá evidentemente la cooperación necesaria en el intercambio de información sobre acciones y necesidades del colectivo. Igualmente, estos objetivos

99. Ciertamente, se ha subrayado la necesidad de la actuación coordinada de los poderes públicos para facilitar el retorno de los emigrantes españoles, ya que la armonización de las diferentes actuaciones permitirá una mejor atención al emigrante retornado. Ello supone la posibilidad de intervención de todas las instancias con capacidad de intervención, a saber, Administración central, autonómica, local e interlocutores sociales. La preocupación por la coordinación administrativa se puede encontrar ya en los trabajos del Consejo General de la Emigración. *Vid.* Informe presentado al Parlamento, 1998.
100. En este sentido, el CES considera que se debería prestar «especial atención a evitar la discriminación de la mujer que retorne sin recursos propios para que pueda acceder a determinadas prestaciones o ayudas aunque no acredite períodos de trabajo en el exterior» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 4).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

necesitan lógicamente de la cooperación necesaria con las asociaciones y centros en el exterior, así como con las asociaciones de retornados. Se trata, en definitiva, de permitir la presencia de las Administraciones Públicas españolas a los efectos de facilitar la programación del retorno a España (art. 27 Ley 40/2006).

Como hemos destacado, el aspecto más importante en materia de retorno es el fomento del trabajo del emigrante y el acceso a las prestaciones sociales a la llegada a nuestro país. Por ello legalmente se anuncia la necesidad de realizar reformas normativas que permitan la acción protectora de la Seguridad Social y el fomento del empleo. El ingreso al mercado de trabajo de los emigrantes retornados que lo deseen es una pieza esencial de la integración del colectivo en España. El objetivo sería fomentar las posibilidades de empleo y mejorar las condiciones que permitan la ocupabilidad del emigrante retornado. Por ello «el Estado y las Comunidades Autónomas promoverán el desarrollo de un servicio específico, que planifique acciones de información, orientación y asesoramiento encaminadas a facilitar la inserción social y laboral de los españoles retornados, a través de los correspondientes programas de ayudas o de convenios con entidades públicas o privadas que tendrá como objetivo su inserción en el mercado de trabajo» (art. 28 Ley 40/2006). Entre las medidas de estímulo al empleo está la inclusión en el Plan Nacional de Reformas de los emigrantes españoles retornados y sus familiares, así como el impulso de iniciativas de inserción laboral, proyectos de empleo y autocupación por parte de las distintas Administraciones competentes en la materia.

Finalmente, una de las materias relacionadas con el objetivo de estimular el retorno es el reconocimiento de los estudios realizados en el extranjero, especialmente de aquellos que habiliten para el ejercicio de una profesión. Como hemos indicado en materia de derechos educativos, en esta materia lo ideal sería ir progresivamente reduciendo las trabas formales existentes en los procedimientos de homologación de titulaciones académicas y profesionales obtenidas en los países de acogida.

6. RELACIONES ENTRE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Como hemos indicado, la Administración estatal ejerce con mayor intensidad, en virtud del reparto de competencias constitucionales, la acción de tutela de los derechos económicos y sociales de los emigrantes. No obstante, ello supone la exclusión de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales, que intervienen en la materia en menor grado en ejecución de las previsio-

nes legales y estatutarias (en el caso de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social o promoción cultural, art. 148.1.17ª y 20ª CE).

Como sabemos, La Ley 40/2006 ordena el marco de cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 1.2 y 3). En realidad, estamos básicamente ante un deber de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en colaboración con la Administración Local, los agentes sociales y las organizaciones y asociaciones de emigrantes, exiliados y retornados (art. 29 Ley 40/2006). Las Administraciones competentes, agentes sociales y organizaciones deberán, pues, intercambiarse la información a los efectos de alcanzar la coordinación en las actuaciones y programas de ayudas respecto de los emigrantes y retornados.

La Administración estatal ejerce sus competencia en materia de emigración en materia de protección social y económica de los emigrantes y retornados, sin perjuicio de las prestaciones otorgadas por el sistema de Seguridad Social, anteriormente analizadas. La Administración interviene concediendo ayudas convocadas de forma regular por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para los emigrantes retornados. Se trata de ayudas asistenciales de carácter extraordinario que se conceden a los emigrantes retornados, con el fin de facilitar su integración laboral o encaminadas a remover los obstáculos que impidan su participación en programas de formación para el empleo (Orden TIN 2378/2009, de 28 de agosto).

Como sabemos, algunas Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía referencias a la protección de sus emigrantes y a la necesidad de velar por su retorno, siempre, claro está, respetando la competencia estatal en materia de protección económica y social del trabajador emigrante (arts. 42 y 149.1.2ª CE)¹⁰¹. Por ejemplo, determinadas Comunidades han asumido órganos *ad hoc* encargados de la emigración, como en Galicia (Secretaría General de Emigración adscrita a la presidencia de la Xunta) o en Asturias (Agencia Asturiana de Emigración), o en Canarias (Viceconsejería de Emigración), que gestionan las actuaciones relativas al bienestar de los emigrantes y retornados.

Las Comunidades Autónomas convocan programas especiales a favor de los emigrantes residentes y retornados. Se trata de ayudas asistenciales de carácter individual, o ayudas y subvenciones para la promoción asistencial,

101. En este punto, destacan los casos de Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco, La Rioja, Ceuta y Melilla (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, pp. 190 y ss.).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

social y cultural¹⁰². Las medidas de las Comunidades Autónomas se aplican con carácter complementario, por tanto, sin sustituir a la protección estatal ejercida en base a su competencia exclusiva (arts. 42 y 149.1.2ª CE). Por su parte, determinadas Entidades Locales (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales), que cuentan con un gran colectivo de emigrantes, se han ocupado puntualmente de sus necesidades. A diferencia del carácter estable e institucional de las acciones estatales y autonómicas, las ayudas locales se caracterizan por su carácter complementario y ocasional¹⁰³.

Como quiera que debido al reparto de competencias ya analizado la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas son las piezas claves de la política de emigración, se prevé la necesidad de celebrar convenios de colaboración, muy especialmente en materia de retorno (art. 30 Ley 40/2006). Esta posibilidad de suscribir convenios de colaboración se están implantando progresivamente, aunque hasta el momento se trata de un mecanismo de acción administrativa pendiente aún de desarrollo, que permitiría ciertamente articular la actuación administrativa en esta materia. Asimismo, sería deseable que las Administraciones territoriales competentes diseñaran planes y programas conjuntos de actuación relativos a la emigración y al retorno. Ciertamente, este último supuesto supondría un claro ejemplo de eficacia, que evitaría la duplicidad de programas en materia de apoyo a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados (art. 31 Ley 40/2006). Por ello, en materia de cooperación entre las Administraciones territoriales en la política de retorno, la Ley 40/2006 prevé la necesidad de coordinación de las distintas actividades públicas para conseguir un aprovechamiento eficaz de la financiación pública, lo cual propiciará condiciones de regreso a nuestro país más favorables. En este sentido, se plantea la creación de una comisión específica, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la que formarán parte representantes de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y, en su caso, representantes de la Administración Local (art. 29.2 Ley 40/2006).

102. Como quiera que «diversas Comunidades Autónomas cuentan con diferentes medidas de acción social a favor de los emigrantes y retornados [...] es necesario garantizar tanto la cooperación sectorial como la existencia de mecanismos de coordinación entre las distintas Administraciones territoriales competentes, que permitan visualizar el conjunto de ayudas y dispositivos existentes, a fin de garantizar la eficacia y la eficiencia en la protección dispensada por el conjunto de las Administraciones Públicas a estos ciudadanos» (CES, Dictamen 10/2005, de 21 de diciembre de 2005, sobre el Anteproyecto de Ley del Estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior, p. 8).

103. En este sentido, se ha indicado que «Las notas fundamentales que caracterizan estas acciones de las Entidades Locales en favor de los emigrantes son su falta de regularidad y su carácter discrecional» (GARCÍA ÁLVAREZ y GARCÍA LÓPEZ, 2006, p. 193).

La colaboración entre Administraciones se produce esencialmente entre la Administración estatal y las Comunidades Autónomas. Esta cooperación se desarrolla en el ámbito de diferentes programas de actuación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a favor de los emigrantes españoles, así como de los programas de ayudas de las Comunidades Autónomas de origen de la emigración española al extranjero. En este sentido, han proliferado distintos acuerdos de colaboración, en los que se establecen medidas de acción social a favor de los emigrantes y retornados. Se trata de acuerdos entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y distintas Comunidades Autónomas (p. ej., Extremadura, Cataluña, Galicia, etc.) relativos a la coordinación de la acción social en materia de emigrantes. Dichos acuerdos intentan racionalizar los programas públicos de ayuda social y económica dirigidos a estos colectivos. En esta materia está presente el hecho de que las ayudas de las Comunidades Autónomas son desiguales cuantitativa y cualitativamente, de forma que el Estado viene a realizar una función de análisis de las ayudas promovidas y, a partir de ahí, intenta paliar determinadas situaciones en virtud de convenios.

Capítulo XX

Homosexuales*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

Es bien conocida, a lo largo de la historia occidental (por lo menos a partir del Código de Justiniano), la condición trágica e infamante de la homosexualidad. Antes de 1869 no existía la palabra «homosexualidad», momento en que apareció en un panfleto de Kart Maria Kertbeny dirigido al ministro alemán de justicia a modo de carta pública en el contexto de elaboración del nuevo Código Penal de la Federación del Norte de Alemania. La idea de que la atracción sexual de algunos individuos por personas de su mismo sexo sería un aspecto inherente de su personalidad era nueva porque hasta ese momento no existía una clasificación por los *actores* sexuales, sino por los *actos*. El nuevo concepto de la *Homosexualität* sienta las bases para reprimir «científicamente» el fenómeno durante casi un siglo¹. La condena del «crimen abominable que ni siquiera debe mencionarse entre cristianos»², aparejada a graves castigos corporales e incluso a la pena de muerte, ha sido una constante histórica.

DANTE ALIGHIERI, situaba a los homosexuales en uno de los lugares más profundos del Infierno, el círculo VII, el mismo de los tiranos, los suicidas, los impíos y los usureros. DANTE lo hace con más pena que desprecio pues encuentra entre los sodomitas a miembros de estamentos sociales altos («sabe, en suma, que fueron clerecía y escritores de fama celebrada a los que igual pecado envilecía», Libro I, Canto XV, 105 y ss.), e incluso a uno de sus

* Por Fernando REY MARTÍNEZ.

1. MONDIMORE, 1998, p. 21.

2. *Herring v. State* (1904), del Tribunal Supremo Federal norteamericano.

propios maestros, Brunetto Latino³. Por cierto que el Juez Scalia del Tribunal Supremo norteamericano, en su voto discrepante a la Sentencia *Romer v. Evans*, de 20 de mayo de 1996, también se va a referir al desproporcionado poder político e influencia de la minoría homosexual, aunque mordazmente, para intentar justificar la licitud de una enmienda constitucional del Estado de Colorado destinada a prohibir la concesión de tratamientos jurídicos específicos y favorables para los homosexuales («la enmienda entre nosotros... es un modesto intento de... preservar costumbres sexuales tradicionales contra los esfuerzos de una minoría políticamente poderosa para revisar aquellas costumbres a través del derecho»).

Terrible pedigrí histórico el de la homosexualidad: primero *pecado*, más tarde *enfermedad* y *anomalía psiquiátrica*, y casi siempre *delito*⁴. Como «pecado», ha observado TOMÁS Y VALIENTE⁵ que la sodomía (homosexual, pero también la heterosexual) fue, sobre todo en los siglos XVI y XVII el pecado-delito, dentro de los relativos a la moral sexual, «que más horrorizaba y escandalizaba». Era «el crimen contra el orden natural», «el pecado nefando contra natura», pues se trata de un tipo de sexualidad estrictamente hedónico, sin capacidad procreativa. Es «cosa que pesa mucho a Dios con él», como decían las Partidas. La pena aparejada, según la Pragmática de los Reyes Católicos de 22 de agosto de 1497, era la hoguera (TOMÁS Y VALIENTE relata varios casos que demuestran la efectiva aplicación de estas leyes). Legalmente esta interpretación duró hasta el siglo XIX.

La homosexualidad también ha sufrido una larga consideración de «enfermedad», siendo eliminada del influyente Manual de estadística y diagnóstico de los trastornos mentales de la Asociación Americana de Psiquiatría (DSM) en su tercera edición, de 1976 y por la Organización Mundial de la Salud de la lista de enfermedades aún más tarde, el 1 de enero de 1993. Esta visión de la homosexualidad como enfermedad (como «inversión sexual») fue típica durante el siglo pasado, el siglo de la apoteosis del «mundo desencantado» en el sentido weberiano, que no entiende el lenguaje moral como lenguaje científico y transforma, con la misma intención estigmatizadora pero con una formulación mucho más aceptable para la sensibilidad positivista de la época, el lugar moral en concepto médico y antropológico. La psiquiatría sustituyó a la Iglesia como árbitro supremo de la normalidad se-

3. Es observable algún matiz misógino en la lectura de DANTE ya que achaca el origen de la homosexualidad de uno de ellos, Iácoppo Rusticucci, al carácter arisco de su mujer: «Mi mujer desabrida me ha hecho más daño que cualquier otra cosa» (Libro I, Canto XVI, 44).

4. PÉREZ CÁNOVAS, 1996, pp. 13 y ss.

5. TOMÁS Y VALIENTE, 1992, p. 226.

xual. Últimamente, un sector significativo de la opinión pública identificó, al menos durante la primera fase de expansión de la pandemia, el SIDA como una especie de «castigo biológico» de la homosexualidad masculina, lo que contribuyó a reforzar aún más los estereotipos contra ella.

La homosexualidad se catalogó, pues, como «enfermedad mental». El libro clásico de referencia es de KRAFFT-EBING, *Psychoptia Sexualis* (1886). Tras un análisis de casos (entre ellos el de Jack «el Destripador»), este autor concluye que los homosexuales serían «asténicos, superficiales, supersexuados, incapaces de mantener relaciones maduras y proclives a la enfermedad mental⁶». FREUD mantuvo diversas opiniones sobre la homosexualidad a lo largo de su vida, pero también la veía como un desarrollo «anormal» de la sexualidad humana; no una «neurosis» (cuya causa es la represión excesiva de la libido durante la infancia), sino una «perversión», esto es, «un control incorrecto de la libido⁷».

Y, finalmente, para reprimir la homosexualidad, se utilizó el arma más poderosa disponible en el arsenal de medidas sociales, la penal. En España, hubo que esperar hasta el Código penal de 1822 para que desapareciera la homosexualidad como tipo penal, aunque siguió castigándose en la legislación militar y, con carácter general, a través de los delitos de escándalo público y de faltas contra la moral y las buenas costumbres. Ni en los períodos dictatoriales se volvió a introducir como tipo autónomo, aunque en la de Primo de Rivera (Código Penal de 1928) se configuró como agravante de los delitos de abusos deshonestos y de escándalo público y en la de Franco se castigó en la Ley de Vagos y Maleantes (reforma de 1954). Sólo muy recientemente y sólo en algunos ordenamientos la homosexualidad está perdiendo su clásica condición de epígrafe de manual de Derecho Penal. El punto de partida del movimiento contemporáneo a favor de los derechos de los homosexuales se suele situar en el conflicto sostenido contra la policía anti-vicio en el bar de ambiente *gay* Stone Wall Inn, del Greenwich Village de Nueva York el 27 de junio de 1969. Como con otros asuntos que, apenas observados por las grandes ideologías del XIX, han llegado sin embargo a ser centrales en nuestras sociedades de fin de siglo (medio ambiente, derechos de las mujeres, de los enfermos psiquiátricos, de los consumidores, etc.), emerge a la conciencia colectiva con la contracultura (genéricamente llamada de «mayo del 68») la «cuestión homosexual». Pero incluso en estos países, entre los que podemos incluir al nuestro, el prejuicio que está en el origen de la discriminación contra el homosexual es de primer grado, únicamente comparable al racial.

6. MONDIMORE, 1998, p. 58.

7. RUSE, 1989, p. 38.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

El art. 14 de la Constitución proclama la igualdad entre «los españoles» y prohíbe su discriminación por ciertos rasgos *sospechosos* como la raza o el sexo. La «orientación sexual» no se recoge expresamente entre ellos, pero la lista es abierta y el Tribunal de Estrasburgo primero y el Tribunal Constitucional español después han considerado que se aloja allí de modo implícito. Por supuesto, otros principios y derechos constitucionales guardan también relación con la protección jurídica de la homosexualidad: los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), el derecho a no sufrir tratos degradantes (art. 15 CE), el de libertad ideológica (art. 16.1 CE), el de intimidad personal (art. 18.1 CE) o la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

Hasta hace poco, y como en el resto del mundo, la homosexualidad ha resultado en España un asunto tabú, casi *invisible* para el Derecho, como demuestran su magro atractivo como objeto de estudio para la literatura, al menos para la constitucionalista, y la escasa litigiosidad que ha suscitado. Tan sólo dos Sentencias del Tribunal Constitucional aluden a ella. La primera, la STC 13/1982, de modo tangencial además. El Tribunal sostuvo que se había violado el derecho a la presunción de inocencia del actor pues el órgano judicial ordinario había otorgado, en un proceso de separación matrimonial, la guarda y custodia de sus dos hijos a la madre exclusivamente a causa de la sospecha de homosexualidad del padre. La segunda Sentencia es un caso más reciente y mucho más interesante de discriminación directa. La STC 41/2006, en efecto, otorga el amparo a un trabajador de Alitalia por haber sido discriminado por su homosexualidad al ser despedido de su empresa por este hecho. Más allá del supuesto clarísimo de este asunto, esto es, de que la empresa no logra desvirtuar los indicios aportados por el trabajador de que la verdadera razón para su despido pluricausal había sido su homosexualidad (despreciativamente comentada por su superior) y que, por tanto, se trata de una evidente (aunque oculta) discriminación directa, lo más interesante y permanente de esta Sentencia parece ser que, por primera vez y con cita abundante del Derecho europeo antes mencionado, el Tribunal sitúa «indubitadamente» el criterio de la «orientación sexual» entre los rasgos que contempla de modo implícito la lista abierta del artículo 14 CE. La razón es clara: la homosexualidad compartiría con los rasgos expresamente mencionados en el art. 14 (raza, sexo, etc.) «el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de las personas que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría».

Por su parte, el ATC 446/1984 declaró constitucional el precepto penal militar que, por entonces, sancionaba al militar que cometiera «actos deshonestos con individuos del mismo sexo», ya que no habría de ningún modo equiparación entre las relaciones homosexuales y las heterosexuales. El ATC 222/1994 alberga una doctrina más permanente: «los miembros de una pareja del mismo sexo biológico ni son una institución legalmente regulada, ni tienen un derecho constitucional a su establecimiento; todo lo contrario del matrimonio entre hombre y mujer que es un derecho constitucional (art. 32.1 CE) que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes».

La tutela de la homosexualidad, a pesar de no ser aludida explícitamente por nuestra Constitución, se ha convertido en un asunto constitucional *central*, y no sólo porque afecta, como cabe suponer, a un número de personas no fácilmente determinable, pero sin duda significativo, sino, sobre todo, por la concurrencia de dos argumentos cualitativos, uno relativo al valor de la libertad y otro al de la igualdad. En la pregunta sobre el marco constitucional de la homosexualidad está en juego, desde luego, la libertad, porque el corazón del asunto es la orientación sexual de las personas⁸, es decir, una de las claves de la existencia humana y, por tanto, de su libre desarrollo de la personalidad, central para la vida familiar, el bienestar colectivo y el desarrollo de la personalidad individual. Pero también la igualdad está implicada, porque nuestra Constitución, como dijera el Juez Harlan de la Constitución norteamericana en su *dissent* a la Sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896), «ni conoce ni tolera clases entre los ciudadanos».

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

En España conviven simultáneamente cuatro sistemas de protección de derechos fundamentales, el constitucional, internacional general, el del Consejo de Europa y el de la Unión Europea. Además de los ámbitos de eficacia propios como derecho interno aplicable, los tres últimos tienen el valor añadido, *ex* artículo 10.2 CE, de ser fuentes de interpretación del primero, del sistema constitucional. Por ello las conclusiones que arroje su análisis son particularmente valiosas a la hora de concretar el sentido y alcance del pro-

8. La discriminación por orientación sexual es una expresión más restrictiva en el lenguaje jurídico que en el natural porque no alude a toda preferencia sexual (heterosexual, bisexual y homosexual), sino sólo a estas dos últimas. Si se adoptara una perspectiva más amplia se podría subsumir bajo este epígrafe todo tipo de tendencia sexual de cualquier individuo, lo cual, naturalmente, no se acepta como conducta permitida en ningún ordenamiento jurídico del mundo. El objeto de este capítulo se ceñirá a la homosexualidad, pero no a la transexualidad, que es un fenómeno diferente y tiene, consecuentemente, un régimen jurídico parcialmente distinto.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

blema en examen. Y lo es más aún en la medida en que el texto constitucional español no aborda expresamente este «nuevo derecho» (o, quizás más precisamente, esta nueva dimensión de derechos ya existentes). La invocación de estas fuentes ocupa un lugar privilegiado, por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado, de 16 de diciembre de 2004, y en el Estudio del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de enero de 2005, sobre la reforma del Código Civil en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo. Analizaremos en primer lugar el Derecho del CEDH y después el estado de la cuestión en el Derecho de la Unión Europea.

1.3.1. La homosexualidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

De entre todos los aspectos relativos, desde el punto de vista jurídico, a la homosexualidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de referirse a tres: a) el de la compatibilidad o no de su criminalización con el derecho al respeto de la vida privada del artículo 8.1 CEDH⁹; b) la valoración de la prohibición de acceso de personas homosexuales al Ejército; y c) en el marco del Derecho de familia, la privación de un derecho de custodia filial o la relación de la prohibición de la discriminación por razón de orientación sexual con el derecho de subrogación arrendaticia del supérstite de una pareja homosexual y con la posibilidad de adoptar por parte de una persona homosexual.

A. Homosexualidad y vida privada

Desde la Sentencia *Dudgeon* contra Reino Unido, de 22 de octubre de 1981, el TEDH no ha desfallecido en sostener que la tipificación penal de la homosexualidad masculina voluntaria y en privado, siempre que no se refiera a prácticas sado-masoquistas, vulnera el derecho a la vida privada enunciado en el Convenio. La Sentencia *Laskey, Jaggard y Brown* contra Reino Unido, de febrero de 1997, se refiere a la criminalización de las prácticas sexuales sado-masoquistas por parte de homosexuales varones. En el curso de una investigación rutinaria, la policía británica descubre varias películas de vídeo referidas a encuentros sado-masoquistas que implicaban a los tres demandantes (y a otros cuarenta y cuatro varones homosexuales), en base a las cuales fueron procesados y condenados por un delito de *assault*. Los actos, que tuvieron lugar durante diez años, eran voluntarios, se celebraban en privado en habitaciones especialmente equipadas («cámaras de tortura») y sin otro propósito aparente que la gratificación sexual; consistían en maltrato de los genitales, golpes ejecutados de forma ritual con instrumentos específicos, etc. Las

9. «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

relaciones se grababan en vídeo y las copias se distribuían exclusivamente entre los miembros del grupo. Los demandantes alegaban que los participantes eran adultos que practicaban ese tipo de sexo voluntariamente y en privado; que la admisión era muy restrictiva; que nunca se produjo ningún daño físico, infección o necesidad de tratamiento médico; y que pensar que tal actividad indujera a corrupción moral era especular, debiendo más bien ver en ella un asunto de expresión sexual más que de violencia. El TEDH falló, sin embargo, que las autoridades británicas están legitimadas para considerar que la persecución y condena de los recurrentes eran necesarias en una sociedad democrática para la protección de la «salud» (que es uno de los límites previstos en el art. 8.2 CEDH para el derecho al respeto de la vida privada del art. 8.1 CEDH). Y, por tanto, que no se violó dicho derecho (art. 8.1 CEDH) de los demandantes. La Sentencia tuvo en cuenta que: 1) aunque el respeto a la vida privada incluye la vida sexual, en el caso era discutible que la actividad fuera «privada» porque intervenían muchas personas, existían varias cámaras especialmente equipadas y se editaban vídeos que se distribuían entre todos los miembros. 2) Uno de los roles que el Estado está legitimado para desempeñar es la regulación, a través del Derecho penal, de actividades que impliquen la causación de daño físico, tanto si ocurre en el curso de una conducta sexual como si no; la determinación del nivel de daño que debe ser tolerado por el Derecho en situaciones donde la víctima consiente es, en primera instancia, un asunto del Estado. El TEDH advierte que las actividades sado-masoquistas de los demandantes entrañaba un grado significativo y no fugaz de daño corporal (aunque no hubiera sido efectivo, bastaba con que fuera daño «impredecible»). Y esto es lo que distingue este caso de los otros en los que el TEDH examina la compatibilidad de la homosexualidad masculina con el derecho al respeto a la vida privada (art. 8.1 CEDH). Es decir, el fallo del Tribunal no se basa en la orientación homosexual de los participantes, sino en la naturaleza extrema de las prácticas sado-masoquistas. Dado su carácter «extremo», no sirve como antecedente la doctrina de la *Court of Appeal Criminal Division* en *R. contra Wilson* (1996). En este asunto, un hombre fue acusado de *assault* por haber grabado sus iniciales con un cuchillo al rojo vivo sobre las nalgas de su esposa, con el consentimiento de ésta; el Tribunal británico afirmó que «la actividad consensual entre hombre y mujer, en la privacidad de su hogar matrimonial, no es, a nuestro juicio, un asunto propio para la investigación penal». 3) Las sanciones penales impuestas a los demandantes tampoco fueron, en opinión del TEDH, desproporcionadas: aunque las prácticas tuvieron lugar durante más de diez años, sólo se tuvieron en cuenta algunas de ellas y en apelación la condena fue reducida.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En la Sentencia *Dudgeon* el TEDH formula los criterios exegéticos de aplicación general en este tema:

1. La legislación establecía un límite permanente y directo en el derecho del demandante, el Sr. *Dudgeon*, al respeto de su vida privada (que incluye el respeto a su vida sexual): pues o bien respetaba la ley y se abstenía de realizar actos homosexuales con otro adulto, de modo voluntario y en privado, hacia los que estaba inclinado, o bien realizaba dichos actos y entonces se convertía en un sujeto susceptible de sufrir una persecución penal. En el caso *Dudgeon* y en el caso *Norris*, las legislaciones de Irlanda del Norte y de Irlanda analizadas eran idénticas (sendas leyes, con origen británico, de 1861 y 1885): incriminaban la sodomía (definida como «intercambio sexual por el recto de un hombre con un hombre o con una mujer o con un animal») y los actos de «burda indecencia» con otro hombre, sin distinguir ni la voluntariedad de la acción ni la edad de los sujetos en ningún caso. En el asunto *Modinos*, la legislación en examen fue el Código penal de Chipre, que también tipificaba la conducta homosexual masculina, aunque fuera voluntaria, entre adultos y reservada.
2. El *punctum dolens* reside, por tanto, en la determinación de si la legislación impugnada es, y en qué medida, «necesaria en una sociedad democrática» para preservar los bienes previstos en el artículo 8.2 CEDH, admitido que el derecho al respeto a la vida privada no incluye la garantía de todo tipo de práctica homosexual. En efecto, el TEDH constata que no puede negarse que algún tipo de regulación jurídico-penal de la homosexualidad pueda justificarse como «necesaria en una sociedad democrática» a fin de preservar el «orden público y la decencia» o de proteger frente a «la explotación o corrupción de los demás», como, por ejemplo, la conducta homosexual que se pueda practicar en público; o la que pueda realizarse en privado con personas «particularmente vulnerables» debido a «su juventud, debilidad física o espiritual, inexperiencia o estado de dependencia física, oficial o económica». En este sentido, el TEDH concluye que las razones aportadas por el Gobierno, aunque importantes, no son suficientes: a) En primer término, el TEDH se enfrenta a la justificación ofrecida por el Gobierno de Irlanda del Norte según la cual la opinión pública de su país era especialmente conservadora respecto de la homosexualidad. Reconoce el Tribunal que «el clima moral y social» en lo que afecta a los temas sexuales de una importante mayoría de la sociedad de Irlanda del Norte es uno de los parámetros que las autoridades nacionales pueden tener en cuenta, pero también ob-

serva que, con carácter general, la tendencia en los Estados miembros del Consejo de Europa es a la despenalización de la homosexualidad y que, en la propia Irlanda del Norte, no se venían aplicando en los últimos años los tipos penales sobre actos homosexuales voluntarios entre mayores de veintiún años. No habiéndose demostrado tampoco que ello resultara ofensivo para los estándares morales en Irlanda del Norte o que hubiera algún tipo de demanda pública para una aplicación más estricta del Derecho penal en este punto. De modo que, concluye el Tribunal, no puede sostenerse que haya una «necesidad social importante» que justifique tipificar penalmente dichos actos.

b) Respecto de la proporcionalidad, el TEDH considera que aunque una parte de la sociedad pueda entender la homosexualidad como una conducta inmoral, ofensiva o perturbadora, mantener en vigor la legislación impugnada resulta más lesivo para las personas con dicha orientación. «Despenalizar» no significa «aprobar».

Los Votos particulares que acompañan a la Sentencia *Dudgeon* son de un extraordinario interés. Se aportan argumentos discrepantes formales y de fondo. Entre los primeros, destacamos dos: 1) que Mr. *Dudgeon* no había sido «víctima» de ninguna violación de derechos fundamentales, pues la acción policial que está en el origen del caso tenía como finalidad buscar estupeficientes, no reprimir la homosexualidad, y el asunto fue archivado: el 21 de enero de 1976 la policía entra en el domicilio de Mr. *Jeffrey Dudgeon* en relación con un asunto de tráfico de drogas; durante el registro domiciliario, se encuentra una cierta cantidad de *cannabis* y también documentos personales en los que se describían actividades homosexuales; por ello, se solicitó a Mr. *Dudgeon* que acudiera a Comisaría, donde fue interrogado durante hora y media sobre su vida sexual; se consideró que podría existir un delito de «burda indecencia entre varones»; sin embargo, el Director del Departamento de Acción Pública decidió que no había interés público en la persecución de dicho delito; se le puso en libertad y sus documentos le fueron devueltos; y 2) que el TEDH tendría que haber entrado a examinar la posible vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CEDH) que había alegado el demandante. Concretamente, Mr. *Dudgeon* señalaba como términos de comparación discriminatorios a las lesbianas (cuya actividad sexual no se penalizaba) y a los homosexuales varones de otras partes del Reino Unido (donde se había ido progresivamente despenalizando la homosexualidad). Sin embargo, el TEDH, tras estimar la violación del derecho a la vida privada, decidió no entrar a examinar la posible vulneración de este otro derecho, por no considerarlo necesario. Los jueces García de Enterría y Evrigenis sostienen, por el contrario, en su voto discrepante

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

que «parece una clara discriminación de trato la diferencia que existe entre homosexuales varones y mujeres y entre los varones homosexuales y heterosexuales» (por cierto que en el sentido contrario se pronuncia el Juez Walsh). Por lo que dice a las discrepancias de fondo, tenemos que referirnos a los razonamientos de los Jueces Zekia, Matscher y Walsh. A juicio de Zekia, no ha existido violación del derecho a la vida privada del Sr. Dudgeon por las siguientes razones: 1ª) Tanto la religión cristiana como la musulmana condenan las relaciones homosexuales; en gran medida, las concepciones morales se fundamentan en creencias religiosas. 2ª) Todos los países civilizados penalizaban hasta hace poco la sodomía; en particular, en Irlanda del Norte o en Chipre (país del Juez Zekia) ello se justifica en orden a garantizar el orden público y la moral de la mayoría. 3ª) La gran mayoría de la población contraria a la homosexualidad también debe ser respetada en sus creencias religiosas y morales (arts. 8, 9 y 10 CEDH) y en el derecho a educar a sus hijos en las propias convicciones. El Juez Zekia recuerda la interpretación del TEDH sobre «la protección de la moral» como límite de cualquier derecho en el ámbito interno de los Estados: el concepto de moral cambia con el tiempo y el espacio, no existe un concepto europeo uniforme de moral y por tanto, las autoridades nacionales están mejor situadas que el Juez internacional para opinar sobre los criterios éticos predominantes en su país; por ello mismo, las autoridades nacionales están también mejor situadas para valorar el ámbito en el que la legislación nacional debe restringir los derechos del Convenio de Roma a efectos de proteger la moral. Las sociedades democráticas se rigen por el principio de la mayoría; por eso, el Gobierno estaba legitimado para mantener en vigor tales normas penales. 4ª) La escasa aplicación práctica de las normas cuestionadas puede indicar no la indiferencia e incluso la tolerancia de la población hacia las conductas homosexuales (como afirmaba la Sentencia), sino justo lo contrario: la escasa frecuencia de los delitos homosexuales perpetrados y también la absoluta falta de necesidad de derogar dichos delitos.

La opinión del Juez Matscher descansa sobre la idea de que el derecho al respeto a la vida privada no exige en modo alguno que una sociedad estatal considere la homosexualidad como una variante equivalente a la heterosexualidad y que, por tanto, su legislación trate de modo idéntico a una y a otra. Mr. Dudgeon no pedía «organizar a su gusto su vida privada» (pues la legislación antisodomía no se aplicaba), sino la derogación de la legislación, es decir, «una declaración que asegure la homosexualidad como una variante equivalente a la heterosexualidad»: pero esto no es ciertamente lo que exige el artículo 8 CEDH.

Por su parte, el Juez Walsh, además de coincidir con el Juez Zekia en

que el Estado tiene derecho a aprobar aquellas leyes que considere válidas para prevenir la corrupción y la preservación de la moral, destaca que no toda actividad que se realice en privado está protegida por el derecho al respeto de la vida privada, al contrario de lo que parece suponer la mayoría en la Sentencia. Esta misma idea es formulada por el Juez Pettiti en su voto discrepante a *Laskey, Jaggard y Brown* contra Reino Unido: el derecho a la vida privada no es aplicable en el caso (criminalización de actividades sadomasoquistas homosexuales) porque el concepto de «vida privada» no puede abrirse indefinidamente. El hecho de que se realicen en privado no asegura una completa inmunidad e impunidad. No todo lo que se hace detrás de la puerta cerrada es aceptable. «La protección de la vida privada significa la protección de la dignidad e intimidad de una persona, no la protección de sus bajezas o de la inmoralidad criminal». Además de coincidir con el Juez Zekia en que el Estado tiene derecho a aprobar aquellas leyes que considere válidas para prevenir la corrupción y la preservación de la moral. «La justificación última del Derecho es la de servir a fines morales» y el legislador nacional está mejor situado que el TEDH para apreciar eso. Hay que tener en cuenta la naturaleza peligrosa u ofensiva de la actividad y también que pueda implicar, como es el caso de la homosexualidad, a más de una persona.

En los asuntos *Norris* contra Irlanda, de 30 de noviembre de 1987, y *Modinos* contra Chipre, de 22 de abril de 1993, el TEDH reitera la doctrina y el fallo *Dudgeon*. Del asunto *Norris* cabe retener una peculiaridad llamativa: la legislación vigente en Irlanda era la misma que había sido declarada contraria al derecho al respeto a la vida privada (art. 8.1 CEDH) en *Dudgeon*, pero Mr. Norris, el demandante, un profesor del *Trinity College* de Dublín y Senador de su país, participó en un programa de televisión en el que confesó su homosexualidad, negando que fuera una enfermedad; se presentó una querrela contra la emisión del programa por apología de las relaciones homosexuales. Esta querrela no prosperó; de hecho, gran parte de la Sentencia y, sobre todo, de los votos particulares, gira, como los votos discrepantes en *Dudgeon*, en torno al concepto de «víctima» en el sentido del artículo 25 CEDH porque el Mr. *Norris* ni siquiera sufrió una investigación policial, ni fue detenido, ni acusado, ni encarcelado, etc. Lo que cuestiona el demandante es la propia existencia de la legislación antisodomía que, aunque no era muy aplicada en la práctica, el TEDH entiende que constituye un límite permanente e intolerable del derecho al respeto de la vida privada de Mr. *Norris*. Aunque la Sentencia no reparara en ello, este hecho es indicativo de cómo la legislación penal antisodomía limita también al derecho fundamental a la libertad de expresión.

En el asunto *Modinos*, la legislación penal enjuiciada por el TEDH (y

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

también estimada contraria al Convenio) había sido, no obstante, declarada previa y explícitamente por el Tribunal Supremo de Chipre conforme con el derecho al respeto a la vida privada del artículo 15 de la Constitución y del artículo 8.1 CEDH. Fundando la argumentación, precisamente, en el Voto discrepante del Juez del TEDH Zekia en el asunto *Dudgeon*. Por su parte, el Gobierno chipriota basó su defensa de la legislación en el pobre argumento de que estaba en desuso, es decir, en que no se aplicaba en la práctica.

En *ADT* contra Reino Unido, de 31 de octubre de 2000, el TEHD falló que se había violado el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CEDH) de un señor al que se había detenido en posesión de varias cintas de vídeo en las que aparecía con otros varones practicando sexo (la legislación británica criminalizaba las prácticas homosexuales en grupo). El Gobierno británico intentó que se aplicara el precedente de la Sentencia *Laskey, Jaggard y Brown*, pero no lo consiguió porque el Tribunal estimó que tales vídeos eran estrictamente privados y no estaban destinados a su difusión pública. El demandante no logró, sin embargo, que el Tribunal se pronunciara en contra de la legislación británica que sanciona penalmente la práctica homosexual de más de dos personas, aunque sean mayores de edad, lo hagan voluntariamente y en privado. No es casual que el Estado demandado por antonomasia en materia de discriminación por razón de orientación sexual haya sido Reino Unido, un país de tradición anglosajona, tradicionalmente más intolerante que otras, incluida la latina, hacia la homosexualidad. Recuérdesse que en *Bowers v. Hardwick*, de 30 de junio de 1986, el Tribunal Supremo de Estados Unidos sostuvo la constitucionalidad de una ley de Georgia que penalizaba la sodomía sobre la base de que no existe un derecho constitucional a la homosexualidad.

Tampoco encontró el TEDH, en *LV* contra Austria, de 9 de enero de 2003, suficientes razones de peso para que la legislación penal austriaca tipificara los actos homosexuales voluntarios con adolescentes masculinos de entre 14 y 18 años y no hiciera lo propio con los actos heterosexuales ni homosexuales con mujeres de esas edades. Una regulación así viola la cláusula antidiscriminatoria del CEDH (art. 14) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8).

Según doctrina constante del TEDH, por tanto, la incriminación de las relaciones homosexuales voluntarias en privado (a salvo de las prácticas que, como las sadomasoquistas, ocasionan daño corporal) constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada del artículo 8.1 CEDH.

Una conclusión semejante alcanza, aplicando ese mismo derecho reco-

nocido por el artículo 17.1¹⁰ PIDCP, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en su Comunicación de 25 de diciembre de 1991, *Toonen* contra Australia. Los hechos del asunto *Toonen* son similares a los de *Dudgeon*, *Norris* y *Modinos*. El Sr. Nicholas Toonen cuestionaba dos artículos del Código Penal del Estado australiano de Tasmania que tipificaban las relaciones homosexuales voluntarias entre hombres y en privado. Aunque en la práctica la policía no había detenido a nadie en relación con estos delitos durante años, Mr. Toonen observaba que, debido a su larga convivencia con otro hombre y su actividad política en favor de los derechos de los *gays*, su libertad y su vida privada estaban permanentemente amenazadas por el Código Penal. También argumentaba que la penalización le impedía expresar abiertamente su sexualidad y hacer públicos sus puntos de vista, así como que le perjudicaba laboralmente. El Comité examina la proporcionalidad de la prohibición penal de la homosexualidad en relación con los dos fines alegados por el Gobierno tasmano (curiosamente, el Gobierno de Australia aceptó en todo momento que esa prohibición penal era contraria al derecho al respeto de la vida privada del Sr. Toonen y de todos los homosexuales): la salud pública y la moral mayoritaria. Su conclusión es negativa: 1) La criminalización de la homosexualidad no puede considerarse un medio razonable o proporcionado para prevenir la difusión del SIDA, pues no ha sido demostrada relación alguna entre dicha criminalización y el control de la enfermedad e, incluso, podría deducirse que precisamente la penalización tiende a lo contrario, a impedir que los programas de salud pública lleguen a colectivos cada vez más marginados y ocultos para rehuir la sanción penal. 2) En relación con el argumento de la moralidad pública, el Comité no acepta que las cuestiones morales sean exclusivamente un asunto de índole doméstica; y observa que las leyes que penalizaban la homosexualidad han sido derogadas en Australia (salvo en Tasmania), que incluso en ese Estado es manifiesto que no existe consenso sobre si debían derogarse o no los preceptos penales en examen, y, finalmente, que esos preceptos no se están aplicando en la actualidad, por lo que «no están siendo juzgados como esenciales para la protección de la moral en Tasmania» (como se recordará, éste es uno de los argumentos principales del TEDH en *Dudgeon*).

B. Acceso al ejército

En relación con la prohibición de acceso de las personas homosexuales al Ejército, las Sentencias *Lustig-Prean* y *Beckett* contra Reino Unido y *Smith y Grady* contra Reino Unido, ambas de 27 de diciembre de 1999, han conside-

10. «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

rado que la expulsión del ejército británico de los demandantes a causa de su homosexualidad es una violación del artículo 8 CEDH. El Gobierno británico no discutía que los homosexuales fueran menos capaces o valientes que los heterosexuales, o que los demandantes hubieran tenido algún problema de conducta antes de conocerse su condición. Pero alegaba que los intereses de la seguridad nacional estaban en juego, así como que admitir homosexuales en las fuerzas armadas tendría un significativo y negativo efecto sobre la moral de las fuerzas armadas. El Tribunal no acepta que fueran éstos los auténticos argumentos legítimos para limitar el derecho al respeto a la vida privada de los demandantes. La verdadera razón de su expulsión del ejército estaría, más bien, en una «actitud negativa» hacia su homosexualidad. En su Voto Discrepante, el Juez Loucaides argumenta que el problema de la diferente acomodación de los homosexuales sí es razonable para limitar el acceso a los homosexuales a las fuerzas armadas (acceso que, recuerda, no está garantizado como derecho fundamental por el Convenio). También estima que el alegado interés de la seguridad nacional amplía el margen de apreciación de las autoridades nacionales.

C. Derecho de familia

En la arena del Derecho de familia se han dictado algunas Sentencias significativas en lo que a nosotros respecta. En *Salgueiro da Silva Mouta* versus Portugal, de 21 de marzo de 2000, un caso de discriminación directa flagrante, el Tribunal ha fallado que se ha violado el derecho al respeto a la vida privada del demandante (art. 8.1 CEDH) por parte de la autoridad judicial portuguesa que, en un caso de divorcio, otorgó la custodia de una hija a la madre y no al padre exclusivamente sobre la base de la homosexualidad de éste. Esta Sentencia es importante porque en ella el Tribunal por primera vez halla «la orientación sexual» entre los rasgos de discriminación prohibida que la lista abierta del artículo 14 CEDH contiene sin enumerarlos expresamente.

En *Kerner* contra Austria, de 24 de julio de 2003, el TEDH analiza si la normativa austriaca que no extendía el derecho de subrogación arrendaticia al miembro superviviente de una pareja homosexual era compatible con el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 CEDH) en relación con el derecho al respeto de la vida privada (art. 8.1 CEDH). Cuando se da una diferencia de trato por razón de orientación sexual, el TEDH exige que las autoridades nacionales aporten una justificación especialmente intensa: «*particularly weighty or serious reasons*», «*particularly convincing and weighty reasons*». En otras palabras, el TEDH verifica el estándar más astringente de control, el principio de proporcionalidad (y no de simple

razonabilidad) o *strict scrutiny test*, que equivale a una suerte de *microscopio judicial*. El Tribunal acepta que la protección de la familia en el sentido tradicional es, en principio, una razón legítima de peso que podría justificar una diferencia de trato, pero en las circunstancias del caso el Gobierno austriaco no ha aportado argumentación alguna para mostrar que para conseguir esa finalidad haya que excluir a las personas que mantienen una relación homosexual estable del mismo derecho que tienen las parejas heterosexuales. Por ello encuentra violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH.

En la Sentencia *Fretté* contra Francia, de 26 de febrero de 2002, sin embargo, el Tribunal, aun reiterando su doctrina sobre la orientación sexual como rasgo de discriminación prohibida por el artículo 14 CEDH y, en consecuencia, la exigencia de justificación estricta de todo trato distinto y perjudicial por este motivo, concluye que las decisiones estatales sobre adopción por parte de una persona homosexual gozan de un amplio margen de apreciación. Se trata de una Sentencia de eficacia interpretativa directa respecto del arduo problema de la posibilidad y límites jurídicos de la adopción por personas homosexuales. A una persona homosexual se la denegó de modo «decisivo» por este motivo una solicitud de adopción de un niño. El Tribunal comienza recordando que el Convenio de Roma no incluye el derecho a adoptar, y que el «derecho al respeto de la vida familiar (art. 8 CEDH) presupone la existencia de una familia y no protege el simple deseo de fundar una». Pero la decisión de las autoridades francesas se ha fundado en la orientación sexual del señor Fretté, por lo que es aplicable el artículo 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH. El Gobierno francés alegó que, en materia de adopción, el principio fundamental es el interés superior del menor («los derechos del niño limitan el derecho a tener el niño») y que, aun en el caso de que el motivo para denegar la adopción hubiera sido la homosexualidad del solicitante¹¹, subsisten dudas en la comunidad científica especializada y en las sociedades democráticas sobre «el impacto potencial» sobre «el desarrollo psicológico» del menor en el caso de las adopciones por homosexuales y, por ello, los Estados deben gozar de un amplio margen de apreciación. El Tribunal hace suyo este argumento: «es indisputable que no hay común acuerdo sobre esta cuestión» y, en consecuencia, es «natural», dejar un amplio margen de apreciación estatal porque las autoridades internas

11. El órgano administrativo francés había encubierto su decisión razonando, con las fórmulas «ausencia de un rol maternal estable» y «estilo de vida elegido», que el solicitante no garantizaba el cuidado del niño desde el punto de vista psicológico. El Tribunal estimó desde el primer momento, sin embargo, que la homosexualidad del solicitante, implícito en la fórmula «estilo de vida elegido», había sido el rasgo decisivo para la denegación.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

«están mejor situadas» que el Tribunal para «evaluar las necesidades locales y las condiciones». En su opinión discrepante, los jueces Bratza, Fuhrmann y Tulkens, consideran, no obstante, que aunque no haya un derecho a adoptar (y menos por un *single*), el derecho al respeto de la vida privada ampara esta posibilidad (porque la noción de «vida privada» es abierta y comprende el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos) y, sobre todo, que las autoridades francesas habrían incurrido en discriminación prohibida por el artículo 14 del CEDH en relación con el artículo 8.1 CEDH.

La doctrina *Fretté*, cuyo sentido dilatorio se enmarca (a mi juicio, correctamente) en el contexto de auto-contención propio del TEDH, no impide que un Estado pueda conceder el derecho de adopción a los homosexuales (de modo individual o conjunto), pero tampoco sostiene que su reconocimiento se trate de una obligación derivada del Convenio de Roma. En este amplio margen de configuración estatal, subsiste, creo, como idea a tener en cuenta, el argumento de la falta de consenso científico y político sobre la materia (y, de ahí, la prudencia ante un eventual reconocimiento del derecho) que no sólo vale para el Tribunal europeo sino, obviamente, también para las autoridades nacionales.

La doctrina *Fretté* ha sido, sin embargo, revocada por la Sentencia *EB* contra Francia, de 22 de enero de 2008. A una mujer francesa, que convivía establemente con otra mujer, se la denegó la solicitud de adopción (recordemos que Francia permite la adopción individual) porque su «estilo de vida» no satisfacía los requisitos necesarios para adoptar un niño. Ella alegó que había sido víctima de una discriminación por razón de su orientación sexual (art. 14 del Convenio, en relación con el derecho al respeto de su vida privada, art. 8, que incluye la decisión de solicitar o no una adopción). La Sentencia observa las similitudes de este caso con la decisión *Fretté*, pero también sus diferencias (la demandante vivía con otra mujer de modo estable). En cualquier caso, el Tribunal no apreciará ahora la doctrina del margen estatal de apreciación en torno a una cuestión científicamente controvertida (la adopción de menores por homosexuales), como sí lo hiciera en *Fretté*. La Sentencia valora, en primer lugar, las dos razones aportadas por las autoridades nacionales para denegar la solicitud de adopción. Encuentra a una de ellas, el escaso compromiso de la pareja de la demandante ante la solicitud de adopción por parte de ésta, razonable. En efecto, sostiene que la actitud de la pareja estable, aunque sea de hecho (como en el caso), de cualquier solicitante ante la adopción puede ser un elemento a tener en cuenta por las autoridades nacionales a la hora de valorar el superior interés del menor. Pero la segunda razón invocada para la denegación de la solici-

tud, la carencia de un referente maternal o paternal, sería inválida según el Convenio de Roma porque impediría la adopción por parte de *singles*, porque en el caso la solicitante convivía de modo estable con otra mujer y porque el Gobierno no ha aportado información estadística que probara de qué modo esa carencia es o no perjudicial. Pues bien, a juicio del Tribunal, esta invalidez «contaminaría» la corrección de la decisión. El Tribunal va más allá. Aunque no se había alegado la homosexualidad de la demandante como la causa para denegar su solicitud de adopción y aunque el argumento del escaso compromiso de su pareja podría ser válido (y hubiera podido justificar la tesis de que en el caso no se produjo una discriminación por orientación sexual, si no hubiera sido invalidada por la «contaminación» del argumento de la carencia de modelo paternal o maternal), el Tribunal, tras una lectura atenta del procedimiento administrativo seguido, constata que la homosexualidad sí había sido un factor determinante, aunque de modo implícito y no explícito, para rechazar la solicitud. Concretamente, el Tribunal se apoya en las afirmaciones de un psicólogo que participó en el procedimiento según las cuales la demandante «tenía una actitud inusual de rechazo hacia los hombres» y que un niño necesitaba un modelo de madre y otro de padre. En consecuencia, el Tribunal concluye que se discriminó por razón de orientación sexual a la demandante, lanzando el mensaje de que no se puede denegar la solicitud de adopción de una persona a cuenta de su homosexualidad, ya sea de modo explícito, ya de modo implícito (porque este caso sería, técnicamente, aunque el Tribunal no lo califica así en ningún momento, un supuesto de discriminación directa, pero «oculta»). Estrasburgo ha roto los diques jurídicos que, hasta el momento, impedían a los homosexuales (al menos de modo abierto) adoptar. En este sentido, la Sentencia EB contra Francia es una decisión que marca un cambio de criterio y que está llamada a convertirse en un *leading case* en la materia.

1.3.2. La homosexualidad en el ordenamiento jurídico comunitario

La tutela contra la discriminación homosexual está desde hace algunos años en la agenda de la Unión y llegó a reconocerse en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, aprobado el 29 de octubre de 2004. El artículo I.2 fundamentaba la Unión, entre otros, en el valor del respeto de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la no discriminación. El artículo I.3.3 identificó como objetivo de la Unión el combate contra la exclusión social y la discriminación y el artículo II.81 prohibió toda discriminación y en particular la ejercida por razón de «orientación sexual». El artículo II.67 reconoció el derecho al respeto de la vida privada y familiar de toda persona. El artículo III.118 estableció que «en la definición

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

y ejecución de las políticas y acciones [...] la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de [...] orientación sexual». Se reconoce, por tanto, en el Derecho comunitario originario la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en la línea apuntada ya por el artículo 13 TCE, introducido por el Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, que concedía poderes específicos a la Comunidad para combatir la discriminación por este motivo, entre otros. Las instituciones de la Unión ya habían venido otorgando protección contra la discriminación por orientación sexual. Es destacable, en este sentido, el denominado «paquete de medidas contra la discriminación» aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, con fundamento en el citado artículo 13, y que dio lugar a la emisión de varias normas¹², entre ellas la del Consejo de 27 de noviembre de 2001, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se refiere a las discriminaciones por razón de «religión o convicciones, discapacidad, la edad y la orientación sexual» (art. 1) en el ámbito laboral.

El Parlamento europeo ha sostenido una postura más incisiva aún a favor de la tutela de las personas homosexuales. La lista de «ámbitos de discriminación» es larga. No existía todavía en ningún Estado miembro una protección jurídica contra la discriminación en el lugar de trabajo por causa de la orientación sexual; en algunos Estados se deniegan prestaciones de seguros de enfermedad o la inclusión en el seguro a hombres homosexuales porque se teme la posibilidad de una infección por VIH; existen aún disposiciones penales discriminatorias en lo que se refiere a la conducta sexual y la edad mínima; son víctimas de humillación en los medios de comunicación; el trato policial vejatorio hacia los homosexuales no es infrecuente; en muchas cárceles reciben agresiones por parte de otros internos; se está produciendo un inquietante incremento de los ataques violentos contra homosexuales (sobre todo desde grupos de extrema derecha); no es raro que las autoridades públicas de los Estados miembros almacenen e intercambien información sobre orientación sexual de los ciudadanos, etc. El Informe de 26 de enero de 1994¹³ muestra, aun reconociendo progresos, la preocupante situación de

12. La Directiva 43/2000, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (REX, 2003, pp. 91 y ss.), la reforma, el 23 de septiembre de 2002, de la importante Directiva 76/207 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y la Decisión 2000/750 del Consejo por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).
13. Informe de la Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores sobre la igualdad jurídica de los homosexuales en la CE (A3-0028/94).

los homosexuales en los Estados miembros de la Comunidad, asunto que retoma en otras resoluciones posteriores, como, por ejemplo, la dictada sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea del año 1998, o en la de 15 de enero de 2003, en la que recomienda a los Estados que reconozcan el matrimonio entre personas del mismo sexo. En la Resolución de 16 de marzo de 1998, párrafos 65 a 69, el Parlamento pide a todos los Estados miembros «que reconozcan la igualdad de derechos de los homosexuales, especialmente mediante el establecimiento, donde aún no sea el caso, de contratos de unión civil, con vistas a suprimir todas las formas de discriminación de las que aún son víctimas los homosexuales en particular, en materia de Derecho fiscal, regímenes patrimoniales, derechos sociales, etc., y que contribuyan, mediante la información y la educación, a luchar contra los prejuicios de que son objeto en la sociedad» (p. 67).

1.4. MARCO LEGAL

1.4.1. Derecho penal

Ante el Tribunal Supremo únicamente dos han sido, desde la transición, los escenarios típicos de conflicto: los derogados delitos de escándalo público (art. 431 Código Penal de 1973) y el delito contra el honor militar por realización de actos deshonestos con individuos del mismo sexo (art. 352 Código Justicia Militar, transformado desde 1985 en causa de responsabilidad disciplinaria).

El delito de escándalo público fue suprimido mediante la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio; el Código Penal vigente tampoco lo contiene. Los tipos semejantes en la actualidad son los delitos de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185 y 186). Antes de la reforma se discutía si los actos de homosexualidad masculina eran lícitos o no, es decir, si podían subsumirse y bajo qué condiciones en el tipo del escándalo público, que prohibía las ofensas contra la moral sexual colectiva (art. 431 CP). La doctrina del Tribunal Supremo (cuyo resumen puede encontrarse, p. ej., en la Sentencia de 13 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2476]) señalaba las siguientes pautas: si los que practicaban la homosexualidad eran adultos que consentían voluntariamente y procedían «con recato, sigilo y sin atisbo de exhibicionismo, difusión o divulgación», dichos actos «pertenecían a la intimidad de los sujetos, siendo producto de una libertad sexual que no se detiene ante lo desviado o anormal del comportamiento de que se trate» y, por tanto, serían atípicos e impunes. Si no concurría alguna de estas condiciones, habría un delito de escándalo público. El Tribunal se cuida de subrayar que esto no constituye una discriminación por razón de sexo, prohibida por el artículo 14 CE, pues

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

«sería igualmente predicable respecto a relaciones heterosexuales practicadas en público, libremente y sin la discreción acostumbrada». Si la conducta homosexual involucraba a algún menor incuriría automáticamente en escándalo público. La justificación que aportaba el Tribunal es un buen ejemplo del estereotipo del homosexual como corrupto (especialmente, el «vicioso», el que elige ser homosexual –a quien se distingue del que tiene la «tara» de ser «constitucionalmente» homosexual–) y, sobre todo, como corruptor: «La moral sexual colectiva se conduce y lesiona cuando un homosexual, sea constitucional o sea vicioso o depravado, llevado de sus apetencias sexuales desbocadas y de la desviación y extravío de su "libido" a quienes se hallan todavía en una fase de indiferenciación de su vida y de su apetito sexual [...] les arrastra a la práctica de actos de la referida índole y les determina e induce a tomar una senda equivocada, ejerciendo sobre ellos una funesta influencia proselitista y transmitiéndoles y propagándoles su propia tara o desviación, que les apartará en el futuro de una sana y normal sexualidad». En la Sentencia *LV* contra Austria, de 9 de enero de 2003, el TEDH desaprueba expresamente el prejuicio del homosexual como *reclutador* de adolescentes.

El delito contra el honor militar por realizar actos deshonestos con individuos del mismo sexo (art. 352 Código Justicia Militar) fue derogado por el vigente Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985. En varias Sentencias de la Sala de lo Militar (entre otras, la de 11 de diciembre de 1985 [RJ 1985, 6618] y de 30 de abril de 1986 [RJ 1986, 8017]), el Supremo había sostenido, no obstante, que la existencia de este delito no era contraria «a la tendencia a la no discriminación de los homosexuales ni al art. 14 CE» por «la imprescindible organización jerarquizada del Ejército en la que el honor, la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial». La naturaleza peculiar de los fines y funciones de las Fuerzas Armadas justificaría la exigencia de deberes y conductas específicas a sus miembros distintas a las del resto de los ciudadanos. Además, el delito contra el honor militar no incriminaba la homosexualidad en sí misma (podríamos decir, la tendencia u orientación), sino la conducta, los actos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 10326) respondió afirmativamente a la cuestión de si la homosexualidad se hallaba entre «las conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyen delito» del artículo 59.3 de la Ley Orgánica del régimen disciplinario de las FF AA, de 27 de diciembre de 1985. «Aunque no toda manifestación de tendencias homosexuales en un militar profesional tenga que ser forzosamente incardinada en el ilícito administrativo que consideramos, es indudable que la reiterada realización de actos deshonestos por un militar profesional con individuos del

mismo sexo, tanto si el que los realiza es superior del sujeto pasivo como si los hechos se producen en recinto militar o con ocasión del servicio, atenta gravemente a la disciplina, a la dignidad militar o a ambos valores conjuntamente». La exigencia de un deber específico a los militares profesionales (abstenerse de realizar actos homosexuales en las circunstancias indicadas) se justificaría, además de que han accedido voluntariamente a esta profesión, en «las especiales relaciones de rígida jerarquía e íntima convivencia de los miembros del Ejército» y en «la irreproachable imagen que han de proyectar *ad extra* quienes tienen el monopolio de la fuerza al servicio de los fines del art. 8.1 CE».

1.4.2. Derecho de familia

Un factor decisivo para explicar por qué la cuestión de la homosexualidad pasa de ser un asunto jurídico *invisible* a otro central en pocos años, además de la propia evolución del Derecho europeo, ha sido la creación en diversas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos de Registros de uniones de hecho con independencia de su orientación sexual y, sobre todo, de las leyes autonómicas que empezaron a regular las uniones estables de pareja, incluida la homosexual desde la pionera Ley catalana 10/1998, de 15 de julio. De todas ellas la más proclive a la equiparación de derechos de los homosexuales es, sin duda, la Ley navarra, que es la única que permite la adopción conjunta¹⁴ y que, en su Exposición de motivos, llega a sugerir que la Constitución obliga a un entendimiento amplio de la idea de familia de modo que no extender los derechos del matrimonio heterosexual a las uniones estables homosexuales podría considerarse una discriminación constitucionalmente vetada contra estas últimas. Una decisión que tuvo amplia repercusión mediática fue el Auto de Juzgado de Familia de Pamplona de 22 de enero de 2004, que, aplicando esta Ley Foral, acordó la adopción por una lesbiana de las hijas de su compañera sentimental. El Ministerio fiscal se oponía, entre otras razones, porque el artículo 154 CC (anterior a la reforma) reconocía únicamente la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades. El Auto no acoge este argumento, sino que, sosteniendo que el criterio que debe presidir la solución del caso ha de ser el superior interés del menor, encuentra que dicho interés se ve satisfecho por la solicitante de la adopción en la medida en que era pareja de hecho de la madre biológica desde hacía siete años y juntas habían acudido a las técnicas de reproducción asistida para tener a las niñas, ha-

14. Art. 8: «Los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio».

biendo sido bien valorada la pareja por el Centro de Planificación Familiar al que acudieron a tal fin.

Tras algunas iniciativas de regulación estatal de diverso contenido y proponente que finalmente no prosperaron en legislaturas anteriores, la Ley 13/2005 de reforma del Código Civil en lo concerniente al derecho a contraer matrimonio, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 2 de julio de 2005, y entró en vigor el día siguiente, 3 de julio de 2005. El corazón de la reforma consiste en que se añade un segundo párrafo al vigente artículo 44 CC: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Las demás modificaciones van dirigidas a sustituir las expresiones «marido y mujer» por «cónyuges», y «padre y madre» por «progenitores». Esta reforma del Código Civil está impugnada por diversos motivos ante el Tribunal Constitucional y el asunto está pendiente de Sentencia.

2. FUNDAMENTO

2.1. PERFILES ESPECÍFICOS DEL COLECTIVO

En consecuencia, en el ámbito del Derecho europeo aplicable, tanto en el sistema del Consejo de Europa como en el de la Unión, la respuesta a la pregunta de si existe un derecho fundamental a la protección de la homosexualidad es concluyentemente afirmativa porque de modo explícito se consagra la prohibición de cualquier discriminación por razón de la orientación sexual. Esto lleva a entender que, entre las condiciones personales a las que alude el artículo 14 CE como criterio de prohibición de discriminación, no sólo puede razonablemente concluirse que se encuentra la homosexualidad, sino que, más aún, por la vía del artículo 10.2 CE, *debe* interpretarse de ese modo. No sólo, claro está, por el recurso al artículo 10.2 CE se alcanza tal conclusión. La tutela constitucional de la homosexualidad puede encontrarse en la penumbra de dos derechos, el de la libertad e intimidad (art. 18.1 CE) y el de la igualdad y prohibición constitucional de discriminación (art. 14 CE). Ambas fuentes reaccionan contra tipos distintos de agresión a la dignidad de las personas homosexuales y conducen, lógicamente, a resultados interpretativos parcialmente diferentes, pero complementarios. Por ello, me parecería estéril una eventual polémica sobre cuál de los dos derechos da cobertura a la homosexualidad en exclusiva: son los dos derechos a la vez los que lo hacen. La libertad/intimidad protege, en principio, los actos sexuales en privado y consentidos, porque la expresión de la propia sexualidad

es «una de las partes más íntimas de la vida privada de una persona»¹⁵. Es un muro jurídico primario que se erige contra la prohibición (penal, administrativa, etc.) de la homosexualidad en sí misma. Esto es evidente, pero insuficiente para responder a la problemática jurídica que plantea la homosexualidad, la cual no siempre puede considerarse como una actividad «íntima» y cuyo reconocimiento jurídico, en cualquier caso, no puede condicionarse a su confinamiento en el estricto ámbito de lo privado. Esto sería una nueva forma, pero más sutil, del tradicional tratamiento jurídico de la homosexualidad entre nosotros: se toleraría mientras permaneciera invisible¹⁶. Por eso parece más útil el encaje sistemático de la protección constitucional de la homosexualidad dentro de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual del artículo 14 CE, sin perjuicio de considerar que, eventualmente, puedan verse afectados otros derechos fundamentales, como el de la intimidad, ya aludido, el de la libertad de expresión (art. 20.1 CE)¹⁷, de asociación (art. 22 CE), la libertad ideológica (art. 16 CE) o incluso el derecho a la integridad moral y a no sufrir tratos degradantes (art. 15 CE). La igualdad/prohibición de discriminación tiene un ámbito normativo más amplio porque protege la homosexualidad en los espacios privados (impidiendo que sea tratada por el derecho de un modo irrazonablemente distinto al de la heterosexualidad) pero también en los públicos, en ese mismo sentido. Los poderes públicos tendrán que aportar una razón especialmente convincente o persuasiva para tratar jurídicamente de modo distinto y peor a los homosexuales que a los heterosexuales. Huelga decir que desde el enfoque de la prohibición de discriminación la protección se hace más eficaz e incisiva, entre otras cosas porque los argumentos morales o históricos ya no serán suficientes por sí solos para impedir que las personas homosexuales accedan a ciertos derechos que tradicionalmente tenían vetados¹⁸, como, por ejemplo, el derecho a mantener una unión estable reconocida jurídicamente con una persona de su misma orientación sexual.

15. STEDH, *Smith y Grady* contra Reino Unido, de 27 de diciembre de 1999.

16. En el mismo sentido se pronuncia SUNSTEIN (1994, p. 3): «El problema fundamental para los homosexuales no está bien descrito como una simple ausencia de privacidad. Los homosexuales pueden disfrazar su orientación sexual... Pero la posibilidad del disfraz o el disimulo no es una solución a los problemas. Por esta razón, el énfasis sobre el derecho de privacidad parece desconocer la cuestión básica: la carencia de privacidad contra la intrusión privada o pública es ciertamente un problema, pero lo es sobre todo a causa de un problema más profundo de discriminación. Un recurso al derecho de privacidad es, por tanto, una dirección equivocada o, al menos, una fundamentación incompleta para el Derecho constitucional en este campo».

17. Recuérdesse la Sentencia *Norris* del TEDH, ya citada.

18. SUNSTEIN (1994, p. 3) observa cómo la cláusula de prohibición de discriminación, al ser una herramienta de «ataque a las tradiciones», es «más prometedora como fuente de nueva doctrina constitucional que el derecho de privacidad».

2.1.1. Homosexualidad, intimidad y libertad

Ya hemos visto cómo el TEDH ha construido su doctrina en este punto en relación con el derecho al respeto de la vida privada. En un sentido similar¹⁹ se ha pronunciado el Tribunal Supremo norteamericano en *Lawrence v. Texas*, de 26 de junio de 2003, la importante Sentencia que ha revocado la doctrina sentada en *Bowers v. Hardwick* (1986), concluyendo que la libertad protegida por la Constitución incluye la homosexualidad consentida, en privado y entre adultos. El Tribunal analizó la compatibilidad constitucional (en concreto, respecto de la cláusula de proceso debido de la XIV Enmienda) del art. 21.06.(a) del Código Penal de Texas, que sancionaba las relaciones sexuales «desviadas» entre personas del mismo sexo²⁰. El Juez Kennedy, ponente de la Sentencia, desactivó los tres argumentos que habían llevado al Tribunal a fallar en *Bowers* de modo diametralmente opuesto. Primero, la negativa del Tribunal a relacionar entonces la homosexualidad con la libertad. La sanción penal de la homosexualidad, sostiene ahora el Tribunal, «va más allá de prohibir un particular acto sexual», tiene «consecuencias de mayor alcance, afectando la conducta humana más privada, la sexual y en el más privado de los lugares, el hogar». Las leyes en examen «buscan controlar una relación personal que, sea o no reconocida formalmente por el derecho, está dentro de la libertad de elección de las personas sin ser castigados como criminales». El Tribunal concluye, pues, que «la libertad protegida por la Constitución concede a las personas homosexuales el derecho a realizar esta elección»²¹. El Estado «no puede devaluar su existencia o controlar su destino convirtiendo su conducta sexual particular en un delito». Segundo, el argumento histórico. En *Bowers* el Tribunal había observado que «las prohibicio-

19. De hecho, el Tribunal Supremo norteamericano se apoya en su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sobre todo en la Sentencia *Dudgeon*), lo cual provoca la crítica del Juez Scalia en su voto discrepante (recordará la afirmación del Juez Thomas en su voto particular a la Sentencia *Foster v. Florida*, de 2002: «Este Tribunal no debería imponer modas extranjeras a los americanos»).
20. Definía como «relaciones sexuales desviadas» cualquier contacto entre los genitales de una persona y la boca o el ano de otra del mismo sexo y/o la penetración de los genitales o el ano de otra persona con un objeto. El caso de origen era muy semejante al que dio lugar a la Sentencia *Bowers*: varios policías de Houston, Texas, al entrar accidentalmente en una vivienda (para reprimir un altercado ajeno) encontraron a dos varones adultos practicando sexo. Les arrestaron y finalmente fueron condenados a una multa de 200 dólares y a pagar las costas (141,25 dólares).
21. «La libertad [afirma el Tribunal] protege a la persona de intrusiones públicas ilegítimas en los espacios privados. En nuestra tradición el Estado no debe estar omnipresente en el hogar. Ya hay otras esferas de nuestra vida, fuera del hogar, donde el Estado no debería tener una presencia dominante. La libertad presume una autonomía del *self* que incluye la libertad de pensamiento, creencia, expresión y ciertas conductas íntimas».

nes legales contra la conducta homosexual tiene viejas raíces». En *Lawrence*, sin embargo, se cuestiona esta afirmación (pues las primeras leyes que sancionaron la sodomía no se dirigían tanto contra los homosexuales cuanto a prohibir toda forma de sexo no procreativa: por eso se castigaba y aún se castiga en algunos Estados también la sodomía heterosexual) y, en todo caso, se relativiza la historia y la tradición, al recordarse que «son dos puntos de partida pero no siempre el punto final de la valoración» de la argumentación judicial²². En efecto, el Tribunal propone ahora una interpretación evolutiva, llamando la atención sobre cómo «la historia muestra que crece con fuerza la idea de que la libertad ampara a los adultos a la hora de decidir cómo conducir sus vidas privadas en lo que concierne al sexo». El argumento histórico se vuelve ahora en contra de *Bowers*. El Tribunal recuerda en este punto la jurisprudencia del TEDH, cómo de los 25 Estados que prohibían la sodomía en 1981 hoy «sólo» la mantienen 13 y, sobre todo, la propia evolución de su jurisprudencia desde *Bowers*, concretamente, *Planned Parenthood v. Casey*²³ (1992) y, de modo particular, *Romer v. Evans* (1996), en la que el Tribunal anuló una enmienda de la Constitución de Colorado que identificaba a los homosexuales como un colectivo para, seguidamente, excluirles de la protección de la legislación antidiscriminatoria del Estado, por entender que esta disposición «había nacido de la animosidad contra las personas afectadas» y no guardaba ninguna relación racional con el propósito público perseguido²⁴. Tercero, el criterio de las convicciones morales o religiosas. El Tribunal afirma vigorosamente que «la mayoría no puede usar el poder del Estado para imponer sus puntos de vista a toda la sociedad a través del derecho penal». Y recuerda lo sostenido en *Casey* (1992): «Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral». El duro voto discrepante del Juez Scalia, aunque también impugna el examen del argumento histórico que lleva a cabo la mayoría del Tribunal, se centra sobre todo en el argumento moral. Las leyes estatales contra «la bigamia, los matrimonios homosexuales, el incesto, la prostitución, la masturbación, el adulterio²⁵, la fornicación, la bestialidad y la obscenidad son sostenibles... sobre

22. Voto particular del Juez Kennedy en *County of Sacramento v. Lewis* (1998).

23. El Tribunal sostuvo en esta decisión que ciertos asuntos (matrimonio, contracepción, relaciones familiares, educación, etc.) «implican las elecciones más íntimas y personales que una persona puede hacer en su vida, elecciones centrales para la dignidad y autonomía personales y centrales para la libertad protegida por la XIV Enmienda [...] En el corazón de la libertad está el derecho a definir el propio concepto de existencia, del significado, universo y misterio de la vida humana».

24. El Tribunal podría también haber recordado que la doctrina *Bowers* fue revocada en el propio Estado de donde procede, Georgia, por su Tribunal Supremo en 1998, en el caso *Powell v. State*.

25. El adulterio es delito en varios Estados, aunque apenas se aplica. Una curiosa ironía es que el fiscal general de Georgia, *Bowers* que promovió el famoso caso que lleva su

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

elecciones morales». A juicio de Scalia «es imposible distinguir la homosexualidad de otras tradicionales ofensas morales», y recuerda que la ley, como se dijera en *Bowers*, «se basa constantemente sobre nociones de moralidad y si todas las leyes que esencialmente representan elecciones morales fueran invalidadas bajo la cláusula de debido proceso, los tribunales estarían ocupados de verdad». Scalia acusa a la mayoría del Tribunal de «tomar bando en la guerra cultural relativa a la homosexualidad». No comparto la tesis de Scalia ni creo que se pueda compartir a la luz de las disposiciones constitucionales. Primero, porque él identifica la homosexualidad con otras conductas que sí entrañan un daño, físico o psicológico, para las personas que las practican o para terceros (bigamia, bestialismo, etc.). Segundo, porque, aunque ciertamente en *Lawrence* hay un rediseño de la respetabilidad sexual, él convierte su propia elección moral contraria a la homosexualidad en criterio objetivo de la moralidad, sin demostrar por qué la homosexualidad es una «ofensa moral». Como sagazmente han observado CLAPHAM y WEILER²⁶, «aquellos que deseen denegar a gays y lesbianas los derechos que otras personas ya disfrutaban son los que tendrán que justificar por qué, esto es, qué razones hay para seguir discriminando a esta minoría... si sus razones están conectadas a nociones tradicionales de familia, religión, cultura o moral, tendrán que demostrar que este tipo de protección de la herencia cultural es realmente necesario en una sociedad pluralista democrática». Tercero, porque no creo que las disposiciones constitucionales puedan leerse de modo «neutro» o «equidistante», en el contexto de la «guerra cultural» sobre la homosexualidad como parece creer Scalia en este punto. Una interpretación «neutra» no es «neutral» ya que, más bien, la Constitución protege claramente la orientación homosexual en los términos que estamos exponiendo.

El Tribunal no considera necesario argumentar desde la *equal protection clause*, aunque lo cree posible, ya que la cuestión afecta también a la igualdad: «cuando una conducta homosexual se tipifica penalmente, esa declaración es en sí misma una invitación a discriminar a las personas homosexuales, tanto en la esfera pública como en la privada... el estigma que la ley penal impone no es trivial». El voto concurrente de la Juez O'Connor se ubica, precisamente, en el campo de la igualdad y no en el de la libertad²⁷.

nombre y que denegó un empleo a una mujer homosexual, poco después tuvo que dimitir porque trascendió que mantenía una relación adúltera con una mujer que trabajaba en su oficina en ese tiempo (el adulterio era –y es– ilegal en Georgia).

26. 2003, p. 68.

27. Una opinión, por cierto, muy conservadora porque O'Connor considera inconstitucional la ley de Texas por vulnerar la cláusula de igual protección al castigar penalmente sólo la sodomía homosexual y no también la heterosexual (sólo cuatro de los once Estados que en la actualidad penalizan la sodomía lo hacen sólo de la homosexual).

El razonamiento de *Lawrence* es convincente, pero su eventual importación es poco útil para nuestro ordenamiento ya que la homosexualidad no ha sido delito en él (fuera del ámbito militar) desde el siglo XIX. El derecho a la intimidad del artículo 18.1 CE protege, sin duda, la homosexualidad (y la heterosexualidad) entre adultos, consentida y en privado. Y es clara también su directa relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), cláusula que, en defecto de una disposición general sobre libertad del tipo de la XIV Enmienda de la Constitución federal norteamericana o del artículo 2.1 LFB, es la que da cobertura exegética en nuestro derecho a la emergencia de dimensiones o facetas nuevas de los derechos ya consagrados en el texto constitucional, como es el caso. Los problemas en relación con el estatuto jurídico de la homosexualidad no proceden del derecho a la intimidad en los espacios privados, sino del derecho de libertad y de igualdad en los espacios públicos de la existencia. Acierta en este sentido Scalia cuando apunta que *Lawrence* «desmantela la estructura de derecho constitucional que permitía la distinción entre uniones homosexuales y heterosexuales, sobre todo de cara al matrimonio». «¿Qué justificación –se pregunta– podría alegarse para denegar los beneficios del matrimonio a las parejas homosexuales si ejercen "una libertad protegida por la Constitución"?» (y descarta inmediatamente la procreación, ya que el matrimonio está abierto a personas estériles y mayores). Scalia, en su razonamiento hacia el absurdo, pone, sin quererlo, el dedo en la llaga. Porque la cuestión siguiente (en Estados Unidos y aquí) es la de si las personas homosexuales tienen un derecho constitucional a contraer matrimonio; y los meses siguientes a *Lawrence* fueron un hervidero de esta cuestión en Estados Unidos.

2.1.2. Homosexualidad e igualdad

La minoría homosexual cuenta con los rasgos más significativos de los grupos sociales en desventaja para cuya particular protección se ha dictado el artículo 14 CE²⁸. Se trata de una condición sobre la que recaen prejuicios profunda y largamente arraigados en gran parte de la sociedad²⁹. A diferen-

28. Ver, en un sentido semejante, la argumentación de JIMÉNEZ GLÜCK (2004, pp. 247-252). Sintetiza SUNSTEIN (2002, p. 7) tres rasgos de los grupos sociales a cuya normativa reguladora el Tribunal Supremo otorga un escrutinio más estricto: que sufra un prejuicio, que tenga un pasado y un presente de discriminación y que carezca de poder político.

29. Un «prejuicio» es (SUNSTEIN, 2002, p. 7) «un pensamiento estereotipado basado en hechos falsos y a menudo enraizados en la simple hostilidad». Cuando una medida discrimina a los homosexuales, «parece plausible pensar que a menudo lo hace a causa de una creencia irracional o visceral en su inferioridad o enfermedad, o a causa de su completa ignorancia de los hechos relevantes».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cia de lo que ocurre con otras discriminaciones, como la de género o la ideológica, la simple pertenencia a este tipo de minoría es tan infamante que constituye, al menos en ciertos ambientes, un insulto en sí misma: «marica» (y muchos otros sinónimos más malsonantes aún, cuya omisión aquí el lector entenderá). La imputación de «homosexual», según ha sostenido nuestro Tribunal Supremo, es gravemente injuriosa³⁰. Se trata de un rasgo, además, íntimamente ligado al libre desarrollo de la personalidad, pero que, paradójicamente, ni suele depender de la libre elección del sujeto³¹, ni suele ser mudable, por lo que uno puede recibir consecuencias sociales muy desfavorables por una condición con la que está obligado a convivir. La homosexualidad no es necesariamente, a diferencia de la raza o el sexo, un rasgo transparente, pero del posible reproche social que se evita el sujeto mientras oculte su orientación sexual hay que descontar el eventual daño psicológico de lo que, de modo muy expresivo, POLLACK³² denomina «gestión esquizofrénica de la propia existencia». CLAPHAM y WEILER aluden, en este sentido, a la «paradoja» particular que como «minoría invisible» pesa sobre los homose-

30. En la Sentencia de 27 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 9319), relativa a un delito de injurias, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) afirmará que «la imputación de homosexuales de tal modo insultante que el ánimo de injuriar se encuentra ínsito en ella» y, por tanto, si las expresiones utilizadas son objetivamente ofensivas (en el caso se dirigían hacia dos servidores habituales de una parroquia sevillana por parte de la mujer de uno de ellos, pendiente el trámite de separación matrimonial) corresponde al presunto ofensor demostrar la concurrencia de otro ánimo. El Tribunal reconoce que el clima social es cada vez más comprensivo y tolerante respecto de la homosexualidad, pero ello no obsta para que su imputación respecto de personas concretas «pueda implicar un gravísimo perjuicio para la fama, crédito o interés». La Sentencia pone como ejemplo la posible transcendencia de este tipo de imputación para «una persona que goza de notoria fama de honesta, incluso en su vida familiar si es casada o en su vida profesional, si se trata de un educador, de un médico o incluso de un hombre público dedicado a la política». El mensaje (sobre el que pende la duda de si es simplemente descriptivo de la realidad discriminatoria o si, como cabe sospechar, invita a reforzar esa misma realidad) es claro, *sensu contrario*: ser homosexual es notoriamente deshonesto, sobre todo, si pretende tener alguna influencia o poder sobre los demás. En un sentido similar, en la Sentencia de 2 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9484), el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) condena por ilegítima intromisión en el derecho al honor y la propia imagen al ente público RTVE por emitir, en el programa «Informe Semanal», imágenes de los demandantes (dos varones adultos) bailando y besándose sin hacer referencia alguna a que tales escenas correspondían a una película («La huella del crimen») en la que trabajaban como actores. No importa que los demandantes fueran actores (aunque poco conocidos): las escenas eran «escabrosas» y «no favorecen la fama o buen nombre de quien en la vida real las ejercita».

31. La existencia de un fundamento biológico de la homosexualidad, que es un asunto que se discute, no es, sin embargo, relevante a la hora de conceder la protección jurídica.

32. Citado por VINCENT, 1993, p. 372.

xuales: «los gays no pueden luchar por el derecho a ser gays a menos que ya se presenten abiertamente como tales y no pueden presentarse abiertamente como tales a menos que tengan el derecho a ser abiertamente gays»³³. Además, observan estos autores, «el rasgo del que uno habla es específicamente personal (la propia sexualidad), no fácil de discutir en público»; por el contrario, «los demás grupos de interés no necesitan revelar sus preferencias sexuales para obtener representación en el mundo de la política»³⁴.

Por otro lado, y también a diferencia de la discriminación sexual o racial, la que recae sobre los homosexuales no conlleva automáticamente y sólo por eso una desventaja económica a superar. Aunque sin transcendencia económica, sí existe un profundo prejuicio social homofóbico, que quizás guarde una significativa relación, por otro lado, con la discriminación contra las mujeres. En efecto, y como sugiere KOPPELMAN³⁵, la estigmatización del homosexual está estrechamente vinculada a la supuesta desviación del rol juzgado tradicionalmente como apropiado para las personas de su sexo. El centro del reproche social, el corazón del estereotipo, residiría en que el homosexual varón adopta una posición de «mujer» y en que la lesbiana asume una de «hombre». En *Historia de la sexualidad*³⁶, Michel FOUCAULT sugiere que ya desde la Antigüedad, «en la práctica de los placeres sexuales se distinguían claramente dos valores de posición: la del sujeto y la del objeto, la del agente y la del paciente, la del macho y la de las mujeres, muchachos o esclavos». El homosexual varón es un transgresor porque se rebaja a una condición pasiva de «mujer» y la homosexual mujer es también una transgresora y una intrusa, sobre todo la que asume una posición más activa, porque se atreve a adoptar un papel «masculino». A ello hay que añadir que las lesbianas sufren una doble discriminación porque a la que reciben por su homosexualidad se suma la que tiene por origen su condición de mujeres. En una sociedad en la que en gran medida las mujeres no son valoradas por ellas mismas sino en razón de su conexión con un hombre (como esposa, madre, etc.), las lesbianas sufren la desventaja adicional de ser menospreciadas y, por tanto, invisibles.

El caso es que normalmente los tribunales tienden a negar la vinculación de la discriminación por razones de orientación sexual (que apenas se reconoce aún en los textos jurídicos) con la discriminación sexual (que sí suele gozar de dicho reconocimiento)³⁷. El argumento principal es que no se dis-

33. 1993, p. 16.

34. 1993, p. 16.

35. KOPPELMAN, 1997, pp. 1661 ss.

36. 1989, pp. 123 ss.

37. Por eso, en una primera época, antes de que se generalizara la utilización del rasgo de la «orientación sexual», se acudía a la discriminación por sexo, cuyo mecanismo de protección ya estaba disponible (p. ej., así se razonó en la Sentencia *Baehr* del

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

crimina a los homosexuales cuando no se les concede una ventaja que sí se otorga a los heterosexuales ya que no se concede ni a las mujeres homosexuales, ni a los hombres homosexuales. Este modo de razonar resulta escasamente persuasivo. Se utilizó también en su día en Estados Unidos para prohibir el matrimonio entre blancos y negros: ambas razas estarían obligadas por la misma norma. Evidentemente, tal prohibición se utilizó para mantener la superioridad social de los blancos sobre los negros, así como ahora se emplea para hacer lo propio con las relaciones heterosexuales frente a las homosexuales.

Resulta claro, de lo ya expuesto, que, como sucede con las demás prohibiciones de discriminación del artículo 14 CE, cualquier trato jurídico diferente y perjudicial derivado de la orientación sexual de cualquier persona violaría este precepto. El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de orientación sexual tendría, pues, el típico efecto de la igualdad de trato con sus dos corolarios, la prohibición de discriminaciones directas, es decir, de tratamientos jurídicos diferentes y peores en atención a la homosexualidad, y de discriminaciones indirectas o de impacto, esto es, de diferenciaciones jurídicas que se pudieran establecer formalmente no en razón de la orientación sexual, pero que, de hecho, impactaran negativamente sobre la minoría homosexual. En esto la prohibición constitucional de discriminación de dicho colectivo es idéntica a la de las otras minorías que se contemplan en el artículo 14 CE³⁸. Y dada la grave violación de la dignidad humana que supone el prejuicio social homofóbico, habría que entender que la prohibición de discriminación obliga por igual en las relaciones entre particulares y frente a los poderes públicos. No en vano la prohibición de las discriminaciones por orientación sexual ha sido reconocida explícitamente por primera vez en nuestro ordenamiento precisamente en el Código Penal y en el ámbito de las relaciones entre particulares (p. ej., como causa de la eventual declaración judicial de ilicitud de una asociación, en el art. 515³⁹).

Tribunal de Supremo de Hawai, de 1993). Si es posible, es preferible emplear el enfoque de la «orientación sexual», aunque está íntimamente relacionado con la discriminación sexual, por las razones expuestas: la tipificación penal de la homosexualidad o la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo podría intentar fundarse en inaceptables (desde el punto de vista jurídico-constitucional) estereotipos sobre los papeles apropiados de mujeres y hombres (SUNSTEIN, 2002, p. 21).

38. En el «paquete contra la discriminación» comunitario aludido se contiene una definición de las discriminaciones directas e indirectas, acoso, etc., así como del ámbito de aplicación en el orden del empleo y la ocupación.
39. Otros significativos ejemplos que pueden aducirse son el art. 16.1.b) LAU, que otorga el derecho de subrogación arrendaticia a la persona que haya vivido permanentemente con el arrendatario fallecido «en una relación de afecto análogo al matrimonio, con independencia de su orientación sexual» o el art. 2.3.a) de la Ley de 11 de

2.2. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS

Más dudas suscita la cuestión de si, como en los casos de la discriminación racial o de la sexual, de la prohibición constitucional de discriminación por razón de orientación sexual se deriva un mandato de acciones *positivas* en favor de la igualdad de oportunidades de los homosexuales respecto de los heterosexuales. El colectivo homosexual sufre un resistente estigma social, pero ni es un grupo tan determinable como el de cualquier minoría étnica o el de las mujeres (ya que la homosexualidad ni es transparente ni bastantes personas revelan su orientación) a efecto de establecer medidas públicas equilibradoras o compensadoras, ni es un grupo caracterizado por la desventaja económica. Por ello, no creo posible extrapolar la estrategia de lucha contra la discriminación sexual y/o étnica (con sus planes de igualdad de oportunidades, sus organismos públicos de impulso, etc.) a este campo. Pero ello no quiere decir que no se derive de la prohibición de discriminación por la orientación sexual un mandato de acciones positivas. Los poderes públicos están obligados a que la discriminación social que sufren los homosexuales «no prevalezca» de ningún modo. A tal fin, deberán adoptar medidas de igualdad de oportunidades, sobre todo en el campo de los medios de comunicación y la educación. Hay en este ámbito, pues, un margen para las acciones positivas, aunque sea menor que en otros (mujeres, comunidades étnicas, etc.) y, lógicamente, específico, pero lo que en ningún caso parece posible, a partir de la situación del colectivo en desventaja y de la naturaleza de ésta, es un espacio para el establecimiento de medidas de discriminación positiva.

3. DERECHOS COMUNES: EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

La arista más cortante del problema en España (y en la mayoría de países de nuestro entorno) se manifiesta en la cuestión de si a partir de dicha prohibición de discriminación, que hay que considerar implícita en el artículo 14 CE, se puede fundamentar directamente una equiparación, total o parcial, entre las uniones estables de homosexuales y el matrimonio heterosexual previsto en el artículo 32.1 CE. La reforma del Código Civil ha optado por incluir las uniones estables homosexuales dentro del régimen matrimonial. Esta solución *homologadora* ha sido cuestionada tanto por el Consejo de Estado como por el Consejo General del Poder Judicial y presenta algunas dudas de constitucionalidad. Con carácter general, según se interpreten las

diciembre de 1995, de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

relaciones entre la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual (art. 14 CE) y el derecho al matrimonio, que incluye, en principio, la libertad de unirse de modo estable y exclusivo con persona de la propia elección (art. 32.1 CE), pueden obtenerse tres *lecturas*: 1) Modelo constitucional obligatorio. El derecho de acceso al matrimonio entre personas del mismo sexo sería un derecho fundamental derivado de la Constitución. 2) Modelo constitucional facultativo. El matrimonio entre personas del mismo sexo sería una opción libre del legislador, ya que la Constitución deja un amplio margen de configuración para ello, no obligando ni prohibiendo, sino sólo habilitando tal posibilidad. 3) Modelo inconstitucional. Un tipo así de matrimonio sería radicalmente contrario a la Constitución. Ésta es la tesis rotundamente sostenida por el Estudio del CGPJ.

Según la primera de las tres interpretaciones mencionadas, la prohibición de acceso al matrimonio a las personas del mismo sexo violaría los derechos de libertad y de igualdad de los homosexuales. Obviamente, sus partidarios no creen que la heterosexualidad sea una nota esencial del matrimonio. La famosa Sentencia de la *Supreme Judicial Court* de Massachussets, *Hillary Goodridge and others v. Departament f Public Health*, de 18 de noviembre de 2003 (ponente Marshall), ha dado un fuerte impulso a esta lectura⁴⁰. El Tribunal falla que la negativa del registro público a conceder licencias matrimoniales a varias parejas del mismo sexo lesiona la Constitución de Massachussets. Su argumentación transita por los siguientes pasos: 1) El matrimonio «es una institución social vital»⁴¹ y «la decisión de si contraer matrimonio y con quién es uno de los momentos máximos de auto-determinación de la vida». 2) Por ello, y porque «los beneficios accesibles sólo a los que tienen una licencia

40. Esta Sentencia se enmarca en el contexto de una oleada de decisiones judiciales en esa dirección. Entre ellas, *Baker v. State* (1999), decidida por el Tribunal Supremo de Vermont, en la que, sin analizar la negativa de las autoridades a conceder la licencia matrimonial a tres parejas del mismo sexo desde la óptica del derecho a casarse (como sí se hace en *Goodridge*), sino desde el punto de vista del acceso a los beneficios públicos, el Tribunal considera que tal negativa viola el derecho a dichos beneficios e impone al legislador dos soluciones, o redefinir el matrimonio o regular un tipo de unión que reciba los mismos beneficios que el matrimonio heterosexual. Esto es lo que finalmente ha hecho el legislador estatal (y le han seguido otros Estados: New Jersey, p. ej.).

41. «Produce una sociedad ordenada promoviendo relaciones estables. Es central para determinar el modo en que la comunidad identifica a los individuos, distribuye la propiedad, asegura cuidados a niños y adultos. Proporciona enormes ventajas particulares y sociales a los que desean casarse. El matrimonio civil es a la vez un compromiso profundamente personal con otro ser humano y una celebración altamente pública de los ideales de compañerismo, intimidad, fidelidad y familia. "Es una asociación que promueve una vida en armonía, no fe política, una lealtad bilateral, no proyectos comerciales o sociales" (*Griswold v. Connecticut*, 1965)».

matrimonial son enormes, afectando prácticamente a todos los aspectos de la vida y la muerte», es por lo que desde hace tiempo se ha venido considerando al matrimonio como un derecho fundamental (*civil right*). 3) Al ser el matrimonio un elemento central de la vida de los individuos y del bienestar de la comunidad, su exclusión a las personas del mismo sexo las priva «de uno de los aspectos más importantes de la experiencia humana» y las «deniega el pleno acceso a la protección de las leyes», por lo que tal exclusión, de admitirse, tendría que cumplir «un objetivo público imprescindible» y «ser un medio razonable para conseguir tal fin». 4) Estas condiciones no se dan respecto de la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo. La esencia de la libertad de contraer matrimonio es unirse con la persona de la propia elección⁴². La prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo excepciona tal regla a causa de un rasgo singular, la orientación sexual. Esto lesiona la libertad reconocida en la Constitución de Massachussets⁴³ y también la igualdad⁴⁴, que impide que haya ciudadanos de segunda clase. Pues bien, las tres principales justificaciones de esta prohibición aportadas por las autoridades del Estado no resultan constitucionalmente razonables⁴⁵; ni que el matrimonio heterosexual proporcione un marco favo-

42. Sentencia del Tribunal Supremo de California *Perez v. Sharp* (1948) que fue la primera en declarar la inconstitucionalidad de la prohibición de los matrimonios interraciales (su doctrina fue confirmada por el Tribunal Supremo federal en *Loving v. Virginia*, de 1967). El Tribunal Supremo de Massachussets compara la prohibición de los matrimonios entre personas del mismo sexo con la prohibición del matrimonio entre negros y blancos, vigente en numerosos Estados norteamericanos hasta *Loving*.
43. Reconocida en la cláusula sustantiva del debido proceso. «Si casarse o no y con quién, cómo expresar la intimidad sexual y si establecer o no una familia y cómo, son decisiones que se hallan entre las libertades individuales más básicas de los derechos del debido proceso». El Tribunal recuerda que la Constitución de Massachussets «protege la libertad tanto o más celosamente» que la Constitución federal.
44. Según la cláusula de igual protección de las leyes, éstas «se aplicarán con igualdad a todas las personas situadas en situaciones semejantes». La interpretación del Tribunal se funda más, sin embargo, en el criterio de la libertad que en el de la igualdad. Desde esta perspectiva se sitúa el análisis del voto concurrente del magistrado J. Greaney. A su juicio, la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo es una diferenciación jurídica por razón del sexo de las dos personas que desean casarse (H. Goodridge no puede casarse con Julie G. a causa de su sexo). Esto supone una violación de la *equal protection clause* a menos que se aporte como un medio indispensable para conseguir una finalidad pública primordial, lo que no ocurre en este caso. «Como asunto de Derecho constitucional, ni el mantra de la tradición, ni la convicción individual pueden justificar la perpetuación de la jerarquía según la cual las parejas del mismo sexo y sus familias son juzgadas menos merecedoras de reconocimiento social y jurídica que las de sexo opuesto».
45. El Tribunal anuncia el empleo del estándar de revisión judicial menos estricto, el *rational basis test*, pero en la práctica, como observa el Juez J. Sosman en su voto particular, su razonamiento se acerca más al modelo del *strict scrutiny test*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

nable para la procreación (se entiende heterosexual no asistida); ni que asegure un espacio óptimo para el cuidado de los hijos; ni que el matrimonio homosexual trivializará o destruirá la institución matrimonial tal y como ha sido históricamente configurada. El argumento de la procreación fue sostenido por el tribunal inferior que había conocido del caso⁴⁶, pero es rechazado de plano por el Tribunal Supremo porque las normas del régimen matrimonial ni privilegian las relaciones heterosexuales procreativas, ni requieren su capacidad y/o intención de concebir niños «mediante el coito», ni la fertilidad es una condición del matrimonio, y, además, la comunidad facilita la procreación sin mirar el estado civil o la orientación sexual de los padres. A juicio del Tribunal, «es cierto que muchas, quizás la mayoría, de las parejas casadas tienen hijos juntos, pero es el exclusivo y permanente compromiso con el compañero y no la crianza de los hijos lo que es condición *sine qua non* del matrimonio». Al impedir el matrimonio entre personas del mismo sexo, «el Estado confiere un sello oficial de aprobación a los estereotipos destructivos de que las relaciones del mismo sexo son inherentemente inestables e inferiores a las relaciones heterosexuales y no son por ello merecedoras de respeto». La segunda justificación aportada por las autoridades de Massachussets se hallaba estrechamente relacionada con la primera: el matrimonio heterosexual asegura la crianza de los hijos en «óptimas» condiciones. Tampoco el Tribunal acepta este *rationale*. Proteger el bienestar de los niños es «uno de los objetivos fundamentales del Estado», pero excluir el matrimonio homosexual «no puede conducir plausiblemente a este fin»⁴⁷. El argumento de la «desfiguración» del contenido histórico de la institución matrimonial⁴⁸ también es desechado por el Tribunal, pero de un modo poco razonado, con la simple afirmación: «Ciertamente, nuestra decisión marca un cambio significativo en la definición del matrimonio como ha sido heredada del *common law* y comprendido por muchas sociedades durante siglos. Pero no transforma el valor fundamental del matrimonio en nuestra sociedad».

46. Afirmando, en este sentido, que «el interés del Estado en regular el matrimonio se funda en el concepto tradicional de que el primer objetivo del matrimonio es la procreación».

47. El Tribunal recuerda que las familias han cambiado mucho, desde el punto de vista sociológico en los Estados Unidos («los homosexuales pueden ser excelentes padres» y «hay ya niños que viven con parejas homosexuales y no se puede permitir penalizar estos niños privándoles de los beneficios públicos a causa de la desaprobación por parte del Estado de la orientación sexual de los padres») y que, en cualquier caso, el principio rector en esta materia, «el mejor interés del menor» no se vincula ni al status marital ni a la orientación sexual de los padres.

48. Como veremos, un argumento central tanto en el Dictamen del Consejo de Estado como en el Estudio del Consejo General del Poder Judicial.

Tres magistrados formularon opiniones discrepantes. J. Spina considera que la Sentencia excede el papel *protector* de los derechos del Tribunal y le ha convertido en *creador*: «un cambio dramático de las instituciones sociales debe ser confiado al proceso democrático, a la ley» porque «el poder de regular el matrimonio yace en el legislador, no en los jueces». J. Cordy concuerda con la tesis de Spina y añade que los argumentos justificativos de la prohibición resultan constitucionalmente convincentes de acuerdo al *rational basis test*. Por su parte, J. Sosman llama la atención, de un modo semejante a la doctrina *Fretté* del TEDH (pero sin citarla), sobre «la batalla de expertos» en torno a la cuestión de la educación de los niños por parejas homosexuales. Los estudios no son concluyentes por ahora, pero apuntan a que hay diferencias entre esos niños y los criados por parejas de distinto sexo. Las «familias homosexuales» son «un fenómeno verdaderamente reciente» y por eso no hay todavía análisis confiables disponibles. De ahí que la idea del Tribunal según la cual este tipo de familias deberían estar en igualdad de condiciones con las familias heterosexuales «es sólo eso: una creencia apasionada pero no demostrada». No existe un consenso social ni científico sobre esta cuestión y por ello incluso aunque fuera el legislador y no el tribunal quien deseara «alterar sustancialmente la estructura matrimonial» en este sentido, sería «racional» que antes el legislador tuviera «un alto grado de certeza sobre las consecuencias precisas de esa alteración». Concluye su interesante análisis Sosman observando que «la decisión de hoy puede ser un hito en la historia social para lograr una sociedad más justa» pero, como sentencia, «el caso es una aberración». Para llegar a su fallo, el Tribunal ha tenido que «torturar» el *rational basis test*, quizás por el enorme impacto mediático del caso (que se había convertido en «la tormenta perfecta» de una cuestión constitucional).

La idea de que las personas del mismo sexo tienen un derecho fundamental de libertad matrimonial en nuestro ordenamiento (y, por lo tanto, de que existiría una suerte de mandato al legislador implícito para que equiparara sus uniones estables a la matrimonial) encuentra, según sus detractores, diversos obstáculos. En primer lugar, la propia dicción literal del artículo 32.1 CE que se refiere expresamente a «hombre y mujer», configurando un matrimonio heterosexual. Aunque la «familia» que debe ser protegida según la lectura que del artículo 39 CE ha hecho el Tribunal Constitucional no es sólo la que tiene origen en el matrimonio, el artículo 32 CE se refiere únicamente al matrimonio heterosexual. Es cierto que la intención del constituyente era la de consagrar la igualdad jurídica entre hombre y mujer en el matrimonio y no la de prohibir los matrimonios entre homosexuales, pero también es verdad que ni esta posibilidad está expresamente prevista ni la dicción literal del artículo 32 CE permitiría entender otra cosa. Otro sector

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

doctrinal entiende, por el contrario, que la redacción del artículo 32.1 CE permite contraer matrimonio tanto a hombres como mujeres: la expresión «con plena igualdad jurídica» se podría leer como «igualmente a unos y a otros», pero no necesariamente «entre sí». BERCOVITZ⁴⁹ objeta esta tesis: «una interpretación tan absurda sólo puede explicarse por el decidido propósito de prescindir del obstáculo constitucional (del art. 32.1 CE) para abogar por un reconocimiento legislativo del matrimonio de homosexuales». Así pues, plantea dudas de constitucionalidad la reforma del artículo 44 CC sin la reforma previa del artículo 32.1 CE.

En segundo lugar, el derecho europeo tampoco autoriza a hacer una interpretación de este tenor. Aunque el artículo 9 CDF, al parecer deliberadamente, enuncia el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia de modo impersonal⁵⁰, el derecho a casarse se otorga por el artículo 12 CEDH a «hombre y mujer»⁵¹ y su interpretación inicial⁵² alude «al matrimonio tradicional celebrado entre personas de sexo biológico opuesto». El TEDH no se ha enfrentado, por ahora, al problema del reconocimiento del matrimonio por parejas del mismo sexo, pero en 2002 ha cambiado su jurisprudencia y ha rechazado el impedimento de ciertas legislaciones nacionales respecto del derecho de los transexuales a contraer matrimonio⁵³, de modo que no es válido impedirlo alegando que con ello se unen personas del mismo sexo biológico. Transexualidad y homosexualidad son fenómenos distintos por lo que no parece posible una sencilla fungibilidad de las soluciones interpretativas. Como hemos visto, el Tribunal sí ha entendido que el Convenio obligaba a una equiparación de status entre las parejas homosexuales y heterosexuales en algún caso (derecho de subrogación arrendaticia, asunto *Kerner*). Lo que no ha llegado a interpretar, ni es previsible que lo haga, es que del Convenio (arts. 8.1, 12 y 14) se derive un derecho fundamental de regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En tercer lugar, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la validez constitucional del distinto trato jurídico del matrimonio y las uniones de hecho. El Tribunal Supremo, para conseguir que la extinción de la vida de pareja no diera lugar a un quebranto

49. BERCOVITZ, 2003, p. 67.

50. «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

51. «A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

52. P. ej., en *Rees* contra Reino Unido, de 17 de octubre de 1986, en la que el Tribunal negó tajantemente la posibilidad de reconocer el matrimonio a los transexuales.

53. Sentencias *I* contra Reino Unido y *Christine Goodwin* contra Reino Unido, ambas de 11 de julio de 2002.

económico de una de las partes respecto de la otra, ha venido reconociendo desde 1992, en este sentido, un principio «de protección del conviviente perjudicado por la situación de hecho» (entre otras, STS de 10 de marzo de 1998 [RJ 1998, 1272]). Existe ya una abundante jurisprudencia de los tribunales civiles sobre los efectos jurídicos de las parejas de hecho (personales y patrimoniales entre los miembros de la pareja y respecto de los hijos), en el contexto de los conflictos surgidos con motivo del cese de la convivencia de la pareja, por ruptura o por fallecimiento de uno de ellos⁵⁴. Según la interpretación del TC, las parejas de hecho, en general, están admitidas por la Constitución, pero no son equiparables al matrimonio⁵⁵, por lo que el legislador puede establecer válidamente diferencias de trato entre ellos, aunque no en todos los casos⁵⁶. Pero esta aplicación judicial analógica implica el doble riesgo de que «los jueces decidan dónde debe hacerlo el legislador» y que se produzca «una *matrimonialización* de esas uniones que no deja de resultar paradójica» (GÓMEZ MONTORO⁵⁷). Ninguna de estas dos objeciones son válidas, claro está, en relación con un proyecto de ley relativa a uniones de hecho homosexuales, que no tienen, a diferencia de las uniones de hecho heterosexuales, la libertad de contraer matrimonio en cualquier momento. Y es que la comparación entre ambos tipos de uniones *more uxorio* tiene sus límites, ya que se trata de fenómenos distintos. En cualquier caso, en relación con la regulación de las uniones estables de personas del mismo sexo, sigue siendo válida la doctrina del ATC 222/1994, ya citado: «los miembros de una pareja del mismo sexo biológico ni son una institución legalmente regulada ni tienen un derecho constitucional a su establecimiento». Bien es verdad

54. Ver BERCOVITZ (2003, pp. 61 y ss.) y ÁLVAREZ LATA (1998, pp. 7-68). Para el reconocimiento de este tipo de efectos, el Tribunal Supremo viene exigiendo que la convivencia se desarrolle «en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar» (STS de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992, 4907]). Sobre los aspectos jurídico-constitucionales de la transexualidad, véase BELDA, 2004.
55. STC 184/1990: «Es claro que bajo la Constitución, el matrimonio y las parejas de hecho no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada bajo la Constitución y el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio es un derecho constitucional (art. 32.1 CE), cuya regulación legal corresponde a la ley por mandato constitucional (art. 32.2 CE). Nada de esto ocurre en las uniones *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni expresa un derecho constitucional».
56. Como se recordará, el TC sí admitió la diferencia de trato respecto del reconocimiento del derecho a una pensión pública al supérstite de una pareja de hecho (STC 184/1990), pero no en relación con el derecho de subrogación en el contrato de arrendamiento de vivienda tras la muerte de quien era titular (STC 222/1992).
57. GÓMEZ MONTORO, p. 3.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

que este Auto no es un muro infranqueable porque se trata de un Auto y no de una Sentencia, es anterior al giro de mentalidad social que se produce al final de los noventa, resuelve un caso aislado (ya bien establecido en la jurisprudencia: la no discriminación de la no extensión a las parejas de hecho homosexuales de la pensión de viudedad) y, además, se apoya en la primera jurisprudencia del TEDH sobre transexuales (*Rees y Cossey*), que ha sido revocada a partir de 1999 (aunque el reconocimiento del derecho de los transexuales a casarse por el Convenio, como se ha dicho, no implica por sí sólo el derecho de los homosexuales, porque se trata de situaciones distintas).

En cuarto lugar, se halla el argumento comparado. Muy pocos Estados han equiparado el matrimonio homosexual con el heterosexual, no está claro que se trate de una evolución lineal como en el caso del reconocimiento de otros nuevos derechos, ya que es curioso observar que la opinión pública de todos los países se halla radicalmente dividida sobre este asunto, y, además, hay retrocesos, como en Estados Unidos. Incluso en los países pioneros en el reconocimiento de las uniones estables homosexuales, Dinamarca (Ley de 7 de julio de 1989), Holanda (Ley de 1 de abril de 2001), Alemania (Ley de 16 de febrero de 2001) y Bélgica (Ley de 30 de enero de 2003), la equiparación no es absoluta porque o bien se prohíbe la adopción (casos danés, alemán o belga) o bien se somete a restricciones que no sufren las parejas heterosexuales (caso holandés).

Esto nos lleva directamente al quinto argumento, relativo al problema específico de la adopción conjunta por parte de homosexuales, sin duda el punto crítico de esta materia. Ya hemos visto cómo la idea de la procreación como criterio justificador de la diferencia de trato entre el matrimonio heterosexual y el homosexual no es adecuada en la medida en que jurídicamente no hay ya relación necesaria entre matrimonio y procreación (natural). Sin embargo, no parece que pueda desecharse por completo el argumento del matrimonio como comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial para probar las diferencias de función social de esta forma de comunidad vital frente a otras. La propia palabra «matrimonio» (que significativamente las regulaciones de otros países evitan al legislar sobre las uniones estables homosexuales) etimológicamente evoca la idea de «matrix», de matriz y maternidad. En todo caso, para un importante sector de la población, subsiste la duda, a falta de datos fiables y de consenso científico, sobre los efectos de la educación de los niños por parejas homosexuales y, por tanto, sobre cuál es el mejor interés del menor en estos casos. Tampoco se conoce el posible impacto diferenciado de la crianza efectuada por dos padres varones respecto de la llevada a cabo por dos madres mujeres. Es cierto que en España ya existen estos modelos convivenciales (porque se permite la adopción

individual, porque las técnicas de reproducción asistida lo posibilitan y porque un homosexual puede decidir salir del armario después de haber estado casado y haber tenido hijos), pero ello no exime de tal reflexión. También es cierto que el mayor número de adopciones se refiere a niños extranjeros cuyos países no permiten una adopción de este tipo, así que la cuestión tiene una importancia cuantitativa menor.

Un sexto argumento remite a la nota de la heterosexualidad como rasgo invariable de la imagen maestra que, como institución social, ha recibido el matrimonio a lo largo de la historia. Tanto el Estudio del Consejo General del Poder Judicial como el Dictamen del Consejo de Estado aluden a la categoría de «garantía de instituto» y creen que la propuesta del Gobierno no *amplía* simplemente los tipos de matrimonio, sino que los *transforma* radicalmente, yendo más allá de lo que le permite la propia Constitución. Por ello, la aprobación, en su caso, de esta ley justificaría un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (el cual, recuérdese, viene manteniendo de modo constante que las uniones de hecho, hetero y homosexuales, no son plenamente equiparables al matrimonio). La noción de «garantía de instituto» presenta algunos problemas, sin embargo. La categoría es, sin duda, expresiva, pero quizá también superada en la actualidad por otras. Como es fama, surge en la Alemania del período de Weimar como una estrategia intelectual conservadora para intentar defender ciertas «instituciones» tradicionales especialmente sensibles (propiedad privada, familia, universidades, función pública, estatuto público de las religiones) frente a los posibles excesos «revolucionarios» del primer legislador democrático, tras la generalización del sufragio, de la historia del país. En el constitucionalismo contemporáneo, obviamente, no podría tener este sentido político conservador (aunque la lectura del prolijo y militante Estudio del CGPJ confirma por completo este viejo uso, diríamos de *air-bag* ideológico, para el que nació la categoría). Pero, además, el concepto de «garantía de instituto» es innecesario en un sistema como el nuestro que, a diferencia del de Weimar, es de Constitución normativa. El enfoque metodológico correcto debe partir hoy de la noción de «contenido esencial» del concepto constitucional «matrimonio» (art. 32.1 CE). Y, en este punto, un enfoque razonable para determinar el sentido de un concepto arraigado en la cultura jurídica y reconocido, pero no definido, por la Constitución, como el de «matrimonio», es, por analogía, la doctrina contenida en el fundamento jurídico octavo de la importante STC 341/1993, en la que el Tribunal tuvo que enfrentarse a la cuestión de determinar si una concreta regulación legislativa había o no ido más allá de los confines marcados por un concepto que, como el de matrimonio, tenía un largo pedigrí jurídico (aunque no fuera civil, sino penal), cual es el de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

«delito flagrante». Me parece que lo afirmado por el TC en esa Sentencia es plenamente aplicable al concepto ahora en examen. En efecto, sostenía el Tribunal que la Constitución no define el concepto de «delito flagrante» del artículo 18.2 CE, «pero esto no supone que ese concepto deba considerarse vacío de todo contenido o, lo que es lo mismo, a merced de la libre determinación del poder público [...] pues, si así fuera, el derecho que tal concepto contribuye a delimitar no merecería el nombre de fundamental. La Constitución no surge, ciertamente, en una situación de vacío jurídico, sino en una sociedad jurídicamente organizada y esta advertencia es de especial valor cuando se trata de desarrollar o, en su caso, interpretar los conceptos que el Texto fundamental ha incorporado, conceptos que pueden tener [...] un arraigo en la cultura jurídica en la que la Constitución se inscribe y que deben ser identificados, por tanto, sin desatender lo que tempranamente llamó este Tribunal las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y los especialistas en Derecho [...] contribuyendo así, en cada momento, a delimitar una imagen del Derecho o de los conceptos que lo perfilan que resulta indispensable para captar lo que la Constitución llama su contenido esencial». Ello no supone que le esté vedado al legislador desarrollar estos conceptos, pero «actúa aquí en la función que le corresponde de reflejar o formalizar en su norma el sentido de un concepto presente aunque no definido en la Constitución»⁵⁸. Pues bien, si se importaran las palabras del TC en esa Sentencia a nuestro caso, podría interpretarse que «la arraigada imagen» del concepto jurídico «matrimonio» incluiría la nota de la «heterosexualidad» (aun cuando el precepto no aludiera a ello con la expresión: «hombre y la mujer») y, «si el lenguaje constitucional ha de seguir siendo significativo», no cabría sino reconocer que está connotación del matrimonio está presente en el artículo 32.1 CE, precepto que «al servirse esta noción tradicional ha delimitado un derecho fundamental y, correlativamente, la intervención sobre el mismo del poder público». Así, pues, una lectura «civilizada» del Derecho constitucional impediría torturar el concepto constitucional de matrimonio para hacerle decir lo que quiere oír en este caso el legislador. La propia experiencia de la legislación autonómica sobre uniones de hecho confirma la idea de que éstas, aunque parecidas al matrimonio, son, en realidad, otra cosa⁵⁹.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio

58. Como es notorio, aplicando este criterio, el TC encontró que la «arraigada imagen» de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente era «sorprendido» en el momento de delinquir o inmediatamente después llevaba a considerar contrario al art. 18.2 CE al art. 21.2 de la Ley de protección y seguridad ciudadanas.

59. En este sentido, BERCOVITZ, 2003, p. 67.

de 2002 apunta en esta misma dirección⁶⁰. El Tribunal falló que la Ley para la supresión de la discriminación de las parejas homosexuales, de 16 de febrero de 2001 (una Ley que abre la posibilidad de formar e inscribir en un registro público una pareja homosexual con efectos semejantes pero no idénticos al de un matrimonio heterosexual), no era contraria al artículo 6.1 LFB («El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal»). La argumentación se basa en que el matrimonio al que se refiere el artículo 6.1 LFB no resulta afectado porque la Ley regula otra cosa distinta. Las parejas del mismo sexo no quedan comprendidas bajo la protección del artículo 6.1 LFB, pero este precepto no reserva los elementos estructurales del matrimonio heterosexual (como la estabilidad de la relación, p. ej.) sólo a éste, sino que el legislador puede válidamente extenderlos a otros tipos de relaciones. Ésta idea es objetada por las opiniones discrepantes de Papier (Presidente del Tribunal, por cierto) y de Haas, para quienes el artículo 6.1 LFB contiene una garantía de instituto que obligaría al legislador a «reservar y privilegiar» el matrimonio constitucional (que es sólo el heterosexual, como reconoce también la mayoría del Tribunal) frente a otras formas de vida (ya que éstas carecen de la razón de ser de esta promoción «pues no están orientadas a tener hijos propios», por lo que, en definitiva, «en absoluto contribuyen a abrir un futuro para el Estado y la sociedad»). Por otro lado, la garantía de instituto desplegaría un «efecto bloqueo» de modo que el legislador no podría crear un instituto (como el de las uniones homosexuales) extendiéndole cualquiera de los principios estructurales del matrimonio (el carácter estable y duradero), o transformándoles (la diversidad de sexos). En otras palabras, según Papier y Haas, la misma Ley de parejas de hecho homosexuales sería contraria al artículo 6.1 LFB en la medida en que «se le ofrecen reglas que son comparables a las del matrimonio» y, por tanto, «la garantía de instituto sería infringida por no respetar el principio estructural de la diversidad de sexos».

Esta noción de contenido esencial a partir de los rasgos maestros del instituto (en este caso matrimonial) definidos por su configuración histórica plantea, sin embargo, problemas de gran calado, entre ellos, su profundo significado ideológico de obstáculo al reconocimiento por el ordenamiento jurídico de los cambios sociales. Así pues, el conflicto ideológico y las dudas sobre la cabal interpretación jurídica son inevitables. El Tribunal Constitucional español podrá fallar, en ambos casos de modo razonable, que la nueva regulación del matrimonio que prescinde de la heterosexualidad de los contrayentes es plenamente constitucional y también lo contrario.

60. Ver OBERMEYER, 2004, pp. 392 ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

En el Estudio del CGPJ se aportan otras objeciones al reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo que, con mayor seguridad, no pueden compartirse a partir de la Constitución. Señalaré tres. Primera: la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no priva del derecho al matrimonio a los homosexuales, en realidad, porque siempre podrían casarse con personas de sexo opuesto. Ésta es una tesis formalista típica (un tanto cínica, por cierto, y astuta por la manera en la que intenta sortear el problema haciendo un *by-pass*) a la que ya me he referido para desestimarla (también se aplicó para justificar la prohibición de los matrimonios interraciales en Estados Unidos). Segunda: la idea de que de admitir el matrimonio entre personas de mismo sexo se disolvería la misma institución matrimonial y ya no habría razones válidas para prohibirla en otros supuestos también vedados en la actualidad (incesto, poligamia, poliandria, etc.). Es también el argumento de la opinión discrepante de Scalia en *Lawrence v. Texas*. La clave para desactivar este argumento, además de las ideas ya expuestas, es que, como parecen desconocer Requero, Scalia y otros, la Constitución protege específicamente a los homosexuales pero no cualquier forma de sexualidad⁶¹. No se trata de situaciones comparables en Derecho constitucional (quizás sí en los códigos éticos de los partidarios de esta tesis, pero ése es el problema subyacente de este argumento, la confusión entre la moral de algunos y el derecho de todos). Tercera: no se justifica la alteración de un instituto jurídico como es el matrimonio, dados el «insignificante» número de personas homosexuales y de los que estarían dispuestos a contraer matrimonio, la «inestabilidad» que caracteriza sociológicamente a las parejas del mismo sexo y su menor «funcionalidad social» (son «estériles» frente a las «fecundas» parejas heterosexuales). He aquí una buena fotografía de los prejuicios homofóbicos al uso. En todo caso, esta opinión olvida que los problemas relativos a los derechos fundamentales nunca pueden ser de *cantidad*, sino de *cualidad*, porque es un discurso que no remite a la estadística sino a la dignidad de todos y cada uno de los seres humanos. De todos y cada uno y de toda su persona, incluida la fundamental decisión de con quién compartir su vida y de qué modo.

Los argumentos expuestos en contra de la homologación con el matrimonio de las uniones de personas del mismo sexo, no militan, sin embargo, contra la legitimidad jurídica, la oportunidad e, incluso, la necesidad a partir

61. El matrimonio de menores implica falta de capacidad, el poligámico un ataque a la dignidad de la primera mujer, el incestuoso un déficit de libertad y de protección del menor precisamente frente a quien está obligado a hacerlo, etc. Ninguna objeción constitucionalmente válida puede oponerse, sin embargo, a la unión estable entre homosexuales. Al revés. En todo caso, desde los arts. 10.1 y 14 CE, habrá que intentar demostrar por qué el matrimonio (art. 32) les está, en su caso, vedado.

del propio texto constitucional, de la regulación de una unión civil de homosexuales que les extienda todos los derechos y obligaciones del matrimonio menos aquellas sobre las que, como en el caso de la adopción, concurren razones que justifiquen un trato diferenciado. Dado que la homosexualidad está protegida constitucionalmente frente a todo tipo de discriminación, se invierte la carga de la prueba de quien debe justificar las diferencias jurídicas de trato con las parejas heterosexuales, debiendo demostrar que existen causas de peso justificativas de la diferenciación de trato quien excluya a las parejas del mismo sexo de los beneficios que sí gozan las de sexo opuesto. La cuestión, desde el punto de vista constitucional, es, pues, la siguiente: ¿hay alguna razón suficiente, según un escrutinio estricto, para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio? Del matrimonio podría discutirse, pero de una regulación para-matrimonial no. Al revés. Acierta el Dictamen del Consejo de Estado en su tesis de que de la prohibición de discriminación (art. 14 CE) y del principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) se derivan la obligación de regular las uniones estables homosexuales⁶² porque en caso contrario habría una *discriminación indirecta* (una diferencia jurídica de trato basada en un rasgo aparentemente neutro, la identidad sexual, pero que, de hecho, impacta negativamente sobre un colectivo de personas, las homosexuales, que se ven impedidos de acceder a los beneficios individuales y colectivos ligados a la situación matrimonial)⁶³.

El estudio del CGPJ cita en un momento determinado de su razonamiento⁶⁴ la sabia frase de Horacio: *Naturam expellas furca tamen usque recurret* («aunque con una horca echés fuera a la naturaleza, volverá a aparecer»). Sin pretenderlo, la cita es particularmente oportuna para describir lo que ha ocurrido en la historia con el abordaje desde el Derecho de la homosexualidad. Siglos de prohibiciones y sanciones no han podido suprimirla, pero sí han causado, obviamente, un largo historial de sufrimiento y vejaciones a la dignidad de muchas personas. Todo esto no cabe ya bajo una Constitución democrática digna de tal nombre. La orientación homosexual está directamente protegida por el sistema de derechos fundamentales.

62. Obligación que no crea que exista en relación con las parejas de hecho heterosexuales que, a diferencia de las parejas homosexuales, siempre pueden contraer matrimonio a voluntad.

63. En opinión del Consejo de Estado: «Los arts. 10.1 y 14 CE respaldan el reconocimiento y efectos de la unión estable de parejas del mismo sexo. Otro problema es el alcance de este reconocimiento».

64. En apoyo de su tesis de que el proyecto de reforma del CC «desnaturaliza» la imagen maestra de la institución matrimonial (que, por cierto, nosotros también compartimos, con los matices expuestos).

Capítulo XXI

La minoría gitana*

1. FUENTES

1.1. ANTECEDENTES

La terrible frase que con que abre Miguel de Cervantes *La gitanilla* (1613) refleja con sinceridad uno de los estereotipos que ya desde antiguo han recaído en España sobre el pueblo gitano: «Parece que los gitanos y gitanas solamente nacieron en el mundo para ser ladrones: nacen de padres ladrones, críanse con ladrones, estudian para ladrones y, finalmente, salen con ser ladrones corrientes y molientes a todo ruedo; y la gana de hurtar y el hurtar son en ellos como accidentes inseparables que no se quitan sino con la muerte¹». Casi cuatrocientos años después, los estereotipos subsisten vigorosos y, con ellos, como su estela natural, también los prejuicios y una honda y arraigada discriminación social contra la comunidad gitana. El artículo 14 de la Constitución prohíbe, sin embargo, la discriminación por razón de raza y diversas normas del ordenamiento internacional, laboral y penal, a las que más tarde se prestará atención, vienen a completar el marco de la respuesta jurídica contra la discriminación. Pero, a nuestro juicio, ni este marco es suficiente, ni se ha reflexionado lo suficiente sobre el significado y alcance de la cláusula contra la discriminación racial del artículo 14 CE. La escasez de estudios doctrinales en este campo es significativa, como lo es también el hecho de que se esté empezando a analizar pero sólo desde la perspectiva de los inmigrantes de otras etnias que llegan a nuestro país,

* Por Fernando REY MARTÍNEZ.

1. De hecho, en esta Novela Ejemplar, Cervantes dota a su protagonista, una gitanilla llamada Preciosa, de notables virtudes (belleza, gracia, ingenio, etc.); de tantas que, en realidad, al final se descubre que no era gitana de verdad, sino una jovencilla de origen aristocrático raptada en la cuna por unos gitanos desalmados.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

dejando en la penumbra, nuevamente, a la minoría étnica española más numerosa (entre medio millón y un millón de personas, teniendo en cuenta, además, la creciente inmigración de gitanos, sobre todo del Este europeo), la más antigua en suelo español y la que es víctima de los peores prejuicios, la gitana. El considerando duodécimo de la Decisión n° 771/2006 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, que establece 2007 como el Año europeo de la Igualdad de oportunidades para todos, califica a la población romaní en la Unión Europea como «el grupo étnico más desfavorecido de la Unión Europea», señalando las discriminaciones que aún pesan sobre él en materia de empleo, educación y servicios sociales.

1.2. TEXTO CONSTITUCIONAL

La normativa nacional sobre prohibición de discriminación racial la encabezan, obviamente, los artículos 9.2² y 14³ de la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación racial dista, a nuestro juicio, de ser brillante. De momento, se compone de dos sentencias. La discriminación racial no está en la agenda del Tribunal Constitucional.

El *leading-case* de la prohibición constitucional de discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, hasta ahora, la discutible STC 13/2001, que resuelve, desestimando, un recurso de amparo contra una actuación policial de requerimiento de identificación a una mujer tan sólo por ser negra. La doctrina general sobre la prohibición constitucional de discriminación racial y su «carácter odioso» que se enuncia en su fundamento jurídico séptimo es correcta. El Tribunal comienza recordando afirmaciones propias de otras Sentencias: en la STC 126/1986 calificó la discriminación racial como «perversión jurídica»⁴; en la STC 214/1991, resolviendo el famoso caso de Violeta Friedman, rechazó que, bajo el protector de la libertad ideológica (art. 16 CE) o de la libertad de expresión (art. 20.1 CE), pudieran cobijarse manifestaciones, expresiones o campañas de

2. «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».
3. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de [...] raza».
4. El Tribunal no aprecia, sin embargo, que un informe policial que hacía constar que los detenidos eran de raza gitana violara el art. 14 CE: «Es cierto que la utilización por los órganos del poder de referencias de carácter étnico, aunque sea con finalidades estrictamente descriptivas, debe ser evitada, pues puede prestarse a malos entendidos o alimentar prejuicios irracionales presentes en nuestra sociedad. No menos cierto es que ese uso no es en sí mismo discriminatorio».

carácter racista o xenófobo, pues, entre otras razones, es contraria a la dignidad humana (art. 10.1 CE)⁵; y en la STC 176/1995, afirmó que el mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica. A continuación, la Sentencia 13/2001 distingue las discriminaciones «directas» o «patentes» y las «encubiertas», ambas prohibidas, en cualquier caso, por la Constitución. Por cierto que, en este punto, no se explica fácilmente (salvo, quizás, en un intento poco exitoso de originalidad) por qué el Tribunal no utiliza el término más preciso de discriminación «indirecta» (o de «impacto», frente a las de «resultado» o «directas») en vez del de discriminación «encubierta» y por qué se refiere a las discriminaciones directas como sinónimas de «patentes». Obsérvese que algunas discriminaciones directas son también «encubiertas», como ocurre, por ejemplo, en los casos de tratamientos jurídicos paternalistas o falsamente protectores, casos en los que no es fácil *a priori* determinar si se trata de discriminaciones directas (se trata jurídicamente mejor a un grupo en algún sentido fácticamente peor porque se le considera incapaz de protegerse por sí mismo, y por tanto, de inferior valor social) o de genuinas y legítimas acciones positivas. Pero el *locus minoris resistentiae* de la Sentencia es, sin duda, la aplicación (o, acaso mejor dicho, inaplicación) de la doctrina general acuñada al caso en examen. Porque el Tribunal asevera que «cuando los controles policiales sirven a la finalidad del requerimiento de identificación (por parte de los agentes de la autoridad, especialmente respecto de los extranjeros) determinadas características físicas pueden ser tomadas en consideración por ellos como razonablemente indiciarios del origen no nacional de la persona que los reúne». Aunque hay que tener en cuenta también el lugar, momento y modo de tal requerimiento. En el caso no habría habido discriminación «patente» porque no había una «orden o instrucción específica de identificar a los individuos de una determinada raza» y tampoco «encubierta» porque la actuación policial no fue desconsiderada ni humillante, se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, etc. El criterio racial se utilizó «tan sólo» como «meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española».

Más convincente me resulta, sin embargo, el Voto Particular emitido por Julio González Campos. Se viola la prohibición de discriminación racial (art. 14 CE) y la dignidad humana (art. 10.1 CE) cuando se acepta la raza como

5. «La dignidad como rango o categoría de la persona como tal [...] no admite discriminación alguna por razón de [...] raza. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (en el caso el *hate speech* se había realizado contra el pueblo judío) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

criterio apropiado para la «razonable selección» de las personas que pueden ser sometidas a control de extranjería. Se afecta, además, «el objeto de la integración de los extranjeros en la sociedad española» y se puede producir el efecto perverso de una discriminación entre nacionales por razón de la raza porque hay un número creciente de españoles con apariencias diferentes. A nuestro juicio, la actuación policial, aunque no tuviera un móvil discriminador, fue, en realidad, una discriminación directa y además patente. La señora Williams Lecraft recibió un trato distinto y perjudicial sólo en razón del color de su piel, como se acredita en la Sentencia (sólo a ella, y había muchas otras personas, entre ellas su esposo e hijo, en la estación de ferrocarril de Valladolid, le fue exigida identificación por la policía nacional). La Sentencia incurre, según creemos, en una contradicción de fondo porque, por un lado, afirma que no hay discriminación directa porque no había ninguna orden o instrucción de identificar sólo a los individuos de una determinada raza y, por otro lado, concluye que es lícito tener en cuenta exclusivamente el color de la piel para efectuar un requerimiento policial de identificación. Es decir, si no existía expresamente aquella orden, después de su Sentencia, el Tribunal ha legitimado no ya la explícita orden de requerir la identificación sólo a negros, etc., pero sí la validez de tal posibilidad. La argumentación de la Sala se derivó, inconsistentemente, hacia las discriminaciones «encubiertas», confundiéndolas en cierta medida con las discriminaciones «intencionadas» (parece que la policía no actuó con móvil racista, pero ello no excusa por sí mismo el reproche constitucional de la medida), mitigando la posible discriminación con diversos atenuantes derivados del modo formalmente correcto en que se realizó. Todo ello parece ocultar que una persona fue tratada de modo distinto y peor sólo por el color de su piel y, por tanto, fue víctima de una patente discriminación directa, muy humillante por lo demás. El peligroso mensaje que ha lanzado el Tribunal es que a los negros (pero también a musulmanes, gitanos, etc.) se les puede tratar, en ciertos contextos, con una dosis mayor de sospecha por parte de los poderes públicos. Si se suma a esta interpretación el hecho de acoso policial proporcionado que, en ocasiones, sufre específicamente la comunidad gitana en España, según demuestran los Informes anuales de la Fundación Secretariado Gitano⁶, se obtiene un panorama, como mínimo, inquietante.

Tan sorprendente decisión ha sido, como cabía esperar, declarada por el Comité de Derechos Humanos (Comunicación n° 1493/2006), de 27 de julio de 2009, contraria al artículo 26, leído conjuntamente con el artículo 2.3 PDCP. El Comité no impide efectuar controles de identidad genéricos con el fin de proteger la seguridad ciudadana o para controlar la inmigración

6. P. ej., respecto del Informe de 2007, ver pp. 51 y ss.

ilegal, sino que tales controles se realicen con las características étnicas como el único indicio de su posible situación irregular en el país, que es precisamente lo que sucedió en el caso en examen. A juicio del Comité, «la responsabilidad del Estado está claramente comprometida [...]». El Comité no puede sino concluir que la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal». El Estado español está obligado a proporcionar a la Sra. Williams un recurso efectivo, incluidas las disculpas públicas, además de adoptar medidas para evitar que sus funcionarios incurran en el futuro en un caso como el presente.

La segunda Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 69/2007, también presenta flancos vulnerables a la crítica y también ha sido cuestionada por un organismo internacional, en este caso nada menos que por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una mujer gitana, María Luisa Muñoz, la Nena, contrajo matrimonio en 1971 bajo la ceremonia del rito tradicional gitano. El matrimonio mantuvo una relación continuada de convivencia hasta el fallecimiento del marido el 25 de diciembre de 2000. De esta relación tuvieron seis hijos, según consta en el Libro de Familia, así como en la cartilla de afiliación a la seguridad Social. Tras el fallecimiento del esposo, la Nena solicitó la concesión de la pensión de viudedad al INSS, siéndole ésta negada, tras lo cual interpuso demanda, que fue estimada en la instancia, pero rechazada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. El Tribunal Constitucional desestima el amparo planteado contra esta última Sentencia. Recuerda el Tribunal, en primer lugar, que la discriminación racial tiene «carácter odioso» y es una «perversión jurídica», contraria tanto al artículo 14 CE como al artículo 14 CEDH. Igualmente, destaca que la prohibición del artículo 14 CE comprende no sólo la discriminación «directa o patente» derivada del «tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras», sino también la «encubierta o indirecta», consistente en aquel «tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo». Nuevamente, pues, el Tribunal insiste en el error conceptual de confundir las discriminaciones «directas» con las «patentes» y las «indirectas» con las «encubiertas». Las discriminaciones «dirc-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tas» son diferentes de las «indirectas», pero unas y otras pueden ser tanto «patentes» como «encubiertas».

Más en concreto, la Sentencia recuerda su doctrina consolidada de que por lo que se refiere a los presupuestos legales para acceder a la prestación de viudedad, «no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia». El legislador dispone de «un amplio margen de libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social y en la apreciación de las circunstancias socioeconómicas de cada momento a la hora de administrar recursos limitados para atender a un gran número de necesidades sociales, habida cuenta de que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge superviviente, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido». Aplicando esta doctrina al caso, el Tribunal concluye que «no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia», y que «la unión celebrada conforme a los usos y costumbre gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio», y, en consecuencia, «no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación a la recurrente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente».

El Tribunal descarta «la concurrencia de un supuesto trato discriminatorio por motivos sociales», ya que ninguna vulneración del artículo 14 CE se deriva de la limitación de dicha prestación a la concurrencia de vínculo matrimonial. Tampoco aprecia la existencia de un trato discriminatorio directo o indirecto por motivos raciales o étnicos, derivado de que no se haya equiparado la unión de la recurrente conforme a los usos y costumbre gitanos con el vínculo matrimonial a los efectos de dicha prestación y de que se les haya aplicado el mismo tratamiento jurídico que a las uniones *more uxorio*. En primer lugar, la pretensión de la recurrente de que resulta discriminatorio que se les dé el mismo trato que a las uniones *more uxorio*, por existir diferencias relevantes con ellas como es la tradición y la base étnica, supone una invocación del artículo 14 CE basada en lo que se ha denominado «discriminación por indiferenciación». Al respecto el Tribunal reitera que «resulta ajeno al núcleo de protección del artículo 14 CE la "discriminación por indiferenciación", al no consagrar el principio de igualdad un derecho a la

Capítulo XXI. La minoría gitana

desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual».

En segundo lugar, la exigencia legal de vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad y la interpretación efectuada por la resolución del Tribunal Superior de Justicia de que sólo cabe apreciar dicho presupuesto en relación con las formas legalmente reconocidas de acceder al matrimonio y no respecto de otras formas de convivencia, incluyendo las uniones conforme a los usos y costumbre gitanos, en ningún caso supone tomar como elemento referencial circunstancias raciales o étnicas sino «una circunstancia relacionada con la libre y voluntaria decisión de no acceder a la formalización del vínculo matrimonial conforme a las previsiones legales, las cuales ni en su forma civil ni en las formas confesionales reconocidas legalmente están condicionadas a la pertenencia a una raza, con exclusión de las demás, ni toman siquiera como presupuesto las tradiciones, usos o costumbres de una determinada etnia en detrimento de otras, por lo que tampoco concurre en ellas una forma encubierta de discriminación de la etnia gitana».

Tampoco es discriminatorio el reconocimiento de efectos civiles al vínculo matrimonial contraído conforme a los ritos de determinadas confesiones religiosas, pero no de los celebrados de acuerdo con los usos y costumbre gitanos; de modo que la negativa del órgano judicial a hacer una aplicación analógica de los mismos, no implica, directa o indirectamente, discriminación étnica. Siendo evidente que «las formas confesionales reconocidas legalmente de celebración del matrimonio tienen como fundamento exclusivo consideraciones religiosas», ello «impide conceptualmente establecer un término válido de comparación con las uniones que, como la alegada por la recurrente, tienen su fundamento en consideraciones étnicas».

El legislador podría, «en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales», pero en tanto lo hiciera, el sistema actual no puede considerarse discriminatorio.

Razonando de modo extremadamente formalista, el Tribunal niega, pues, que la denegación de la pensión de viudedad en este caso tuviera connotación alguna de discriminación racial. A la Sentencia le acompaña un voto discrepante del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, quien compara este caso con los de la STC 199/2004, que declaró vulnerado el derecho

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

a la igualdad del viudo de una funcionaria, tras acreditar la existencia de una relación conyugal con ella, aunque no su matrimonio. Por otra parte, la integración y el reconocimiento de derechos de las minorías es una de las prioridades del Consejo de Europa. Sin embargo, «la jurisprudencia de este Tribunal no se ha ocupado hasta ahora de la protección de los usos, prácticas o costumbres de una etnia o colectividad caracterizada, o cuándo la no consideración como válidos o susceptibles de protección constitucional de los actos realizados por personas pertenecientes a minorías que reclaman respeto por su tradición cultural debe entenderse discriminatoria». Según este Magistrado, «resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad».

Las tesis de este voto particular han sido aceptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 8 de diciembre de 2009, *María Luisa Muñoz* contra España. La Sentencia de Estrasburgo falla a favor del derecho a la pensión de La Nena al considerar que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) en combinación con el derecho al respeto de los bienes del artículo 1 del Protocolo Adicional Primero.

El Tribunal europeo se niega a considerar que el no reconocimiento de la forma tradicional del matrimonio gitano como matrimonio con efectos civiles suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 CEDH, o una forma de discriminación racial prohibida por el artículo 14 de ese mismo Convenio. El matrimonio civil estaría abierto en España a los gitanos de idéntica forma que a los no gitanos. La Sentencia no puede leerse, por tanto, como un reconocimiento jurídico al matrimonio gitano, asunto que se remite a la legislación interna de cada país.

La Sentencia no tiene, por tanto, un efecto general u objetivo que previsiblemente pueda desplegarse en muchos otros casos posteriores; más bien se trata de un fallo que intenta ofrecer una solución más justa a un caso concreto.

El Tribunal estima que la denegación de la pensión de viudedad es una diferencia discriminatoria porque supone un trato distinto respecto de otras situaciones que deben ser tenidas como equivalentes en lo que concierne a los efectos de la buena fe matrimonial, como son la existencia de buena fe

en los matrimonios nulos (art. 174 LGSS) o el precedente de la STC 199/2004, en la que el Tribunal sí entendió que existía el derecho a la pensión de viudedad en el caso de un matrimonio celebrado conforme a las disposiciones legales (por el rito matrimonial católico), pero no inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. Aquí está el punto. Las autoridades españolas han tratado a María Luisa Muñoz de modo distinto a cómo han tratado otras situaciones comparables a la suya, de buena fe matrimonial. Según el Tribunal, la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído según la tradición gitana, se prueba en el hecho de que las autoridades españolas fueron reconociendo en diversos documentos la validez o la apariencia de validez al menos de ese matrimonio: el libro de familia, el título de familia numerosa, la cartilla de la Seguridad Social, documentos oficiales todos ellos. Afirma con vigor la Sentencia: «Resulta desproporcionado que el Estado español que ha conferido a la demandante y su familia [...] (todos esos documentos oficiales), no reconozca ahora los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad». También tiene en cuenta el Tribunal que en el año 1971, cuando se unieron, sólo había un rito válido, el católico (para eximirse del cual había que apostatar previamente). En realidad, la clave de las diferencias entre las Sentencias del Tribunal Constitucional español y del Tribunal de Estrasburgo es el distinto valor que se concede como precedente a la STC 199/2004: el Tribunal español niega que exista semejanza alguna, mientras que, por el contrario, para el Tribunal europeo la diversa resolución de tal asunto supone precisamente el trato diferente y peor prohibido por el Convenio de Roma.

A todo esto el Tribunal europeo añade otro argumento, el argumento étnico. La Sentencia subraya, en primer lugar, que la creencia de la demandante en que su matrimonio era válido se demostraba también por su pertenencia a la comunidad gitana, «que tiene sus propios valores dentro de la sociedad española». El Tribunal recuerda «el consenso internacional» en el seno del Consejo de Europa «por reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modos de vida, no sólo para proteger los intereses de los miembros de dichas minorías, sino también para preservar la diversidad cultural que beneficia a toda la sociedad en su conjunto». Si bien, sostiene la Sentencia, la pertenencia a una minoría no dispensa de respetar las leyes relativas al matrimonio, puede, sin embargo, influir sobre la manera de aplicar las leyes. El Tribunal recuerda la afirmación anterior de que «la vulnerabilidad de los gitanos implica prestar una atención especial a sus necesidades y modo de vida propio, tanto con carácter general como en los casos particulares». Esta afirmación es la que cuestiona el único magistrado discrepante, el Juez Myjer, para quien el Es-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tado español no sería de ningún modo responsable de la ignorancia de la señora Muñoz (más bien se trataría de un error), y el caso perseguiría más bien reconocer la validez del matrimonio gitano (tal como habrían reflejado algunos medios de comunicación).

Las (sensibles) frases en relación con la minoría gitana no sirven, sin embargo, en la lógica de la argumentación, más que para apuntalar la buena fe de la demandante (ya probada por otras vías, como se ha visto) Quizá no hubieran sido necesarias, en realidad, para alcanzar el mismo fallo. Y, en cualquier caso, no guardan apenas relación con el curso de la argumentación principal porque si se aprecia que se ha tratado de modo diferente sin justificación a la señora Muñoz respecto de otros casos comparables, estamos en presencia de un supuesto de discriminación general prohibida y no se aprecia de qué modo habría aquí una influencia de la vulnerabilidad de los gitanos en la aplicación de las leyes (se supone, de modo más favorable para ellos). No, no se trata de aplicar más favorablemente las leyes a los gitanos, sino de que no se les trate peor.

Así pues, el Tribunal de Estrasburgo argumenta desde la cláusula general de igualdad de trato y no desde la prohibición de discriminación racial/étnica. No le hizo falta al Tribunal ir más lejos para alcanzar el fallo. El conflicto planteaba, sin embargo, interesantes posibilidades de interpretación a partir de las categorías del Derecho Antidiscriminatorio (sobre todo si, como sostuvo el Tribunal español, se está de acuerdo en que la STC 199/2004 no es un supuesto comparable). En efecto, podría argumentarse que la denegación de la pensión en este caso constituía una discriminación por indiferenciación, una discriminación indirecta por razón de etnia y una discriminación múltiple.

En definitiva, retomando nuestra argumentación principal, si alguien tuviera que responder a la pregunta de si existe en España discriminación étnica a la vista de los catálogos de decisiones judiciales, tendría forzosamente que responder negativamente. Cuando estos casos han llegado a instancias internacionales la decisión ha sido justo la contraria. Este hecho es profundamente revelador del estado de cosas. Nuestro Tribunal Constitucional no es una excepción: se echa en falta un mayor pulso en la lucha contra la discriminación por motivos étnico/raciales en el conjunto de la política criminal de nuestro país.

1.3. NORMATIVA INTERNACIONAL

El marco normativo contra la discriminación racial en España se encuentra integrado por diversas normas, además de las nacionales, también por

otras de carácter internacional. Existen, en efecto, sin aludir por el momento al Derecho Comunitario, diversos textos internacionales que prohíben el racismo, ya sea declaraciones generales sobre derechos humanos (art. 2.1 DUDH⁷, art. 2.1 PIDCP⁸ y art. 14 CEDH⁹), ya textos específicos (generales, como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965, o el Convenio n° 111 de la OIT, o regionales, como el Convenio Marco n° 157 del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales, ratificado por España el 1 de febrero de 1995).

1.4. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA

La Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹⁰, cuyo plazo de transposición en los ordenamientos nacionales finalizó el 19 de julio de 2003 (art. 16), supuso una magnífica oportunidad para plantearse entre nosotros otras estrategias, más incisivas y eficaces, de lucha contra la discriminación, pero finalmente sólo mereció en España una perezosa y rutinaria transposición, nada menos que en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y sociales, sin apenas debate parlamentario ni diálogo con las organizaciones sociales. Esta Ley prevé la creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, cuya composición y competencias debían haber sido desarrolladas por Real Decreto en los tres meses siguientes a la entrada en vigor de la Ley, pero se ha hecho finalmente casi cuatro años después. En otro lugar de este estudio se analiza críticamente esta norma.

El 29 de junio de 2000 se aprobó, con fundamento en el artículo 13 TCE¹¹, sin que pueda olvidarse tampoco el posterior artículo 21 CDF¹² como

7. «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color [...]».
8. «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color [...]».
9. «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de [...] raza, color [...]».
10. DOCE L 180/22, de 19 de julio de 2000.
11. «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar decisiones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».
12. «Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por razón de [...] raza, color, orígenes étnicos o sociales [...]».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Se trata de una importante Directiva que, en el contexto del «paquete de medidas contra la discriminación» aprobado por la Comisión el 25 de noviembre de 1999¹³, marca un antes y un después en la política comunitaria contra el racismo. Hasta la fecha, en efecto, no se había dictado disposición jurídica alguna sobre esta materia, aunque la lucha contra la discriminación racial hubiera entrado crecientemente desde finales de los años noventa¹⁴ en la agenda de las políticas europeas, como lo demuestra la abundante actividad exhibida. Así, el Parlamento Europeo había adoptado varias resoluciones relativas a la lucha contra el racismo¹⁵. El 27 de abril de 2005, aprobó una importante Resolución sobre la situación de la población romaní (muy importante en algunos de los nuevos Estados miembros) en la Unión Europea. La Comisión presentó una Comunicación sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo en diciembre de 1995, a partir de la cual el Consejo y los representantes de los gobiernos de los Estados miembros aprobaron el 23 de julio de 1996 una Resolución mediante la que se proclamó 1997 el Año Europeo contra el Racismo¹⁶ y ese mismo año el Consejo creó un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia con sede en Viena y con la función de proporcionar a la Unión y a los Estados miembros información objetiva, fiable y comparable sobre estos fenómenos. El 25 de marzo de 1998, la Comisión adoptó una Comunicación que establecía un Plan de acción contra el racismo¹⁷. El Consejo adoptó el 15 de julio de 1996 la Acción Común 96/

13. Junto con la propuesta de Directiva 43/2000, integraban el «paquete» la propuesta de Directiva (más tarde aprobada como 2000/78/CE) relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y la propuesta de Decisión (que sería luego la n° 2000/750/CE del Consejo) por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001 a 2006).
14. Aunque ya desde el 5 de abril de 1977, con la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión sobre los derechos fundamentales, las instituciones europeas venían declarando su compromiso a favor de la defensa de los derechos humanos y condenando la intolerancia, el racismo, la xenofobia y el antisemitismo.
15. P. ej., en su Resolución sobre el ascenso del racismo y la xenofobia en Europa, de 21 de abril de 1993, el Parlamento afirmó que el racismo y la xenofobia hacen vacilar «los fundamentos de la democracia, la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros» (DOCE C 150, de 31 de mayo de 1993, p. 127).
16. DOCE 237, de 15 de agosto de 1996, p. 1.
17. El Programa financia proyectos destinados a prevenir y combatir la discriminación debida al origen étnico o racial, a la religión o a las convicciones. Tiene un presupuesto de unos cien millones de euros y se centra en tres ámbitos: 1) análisis y evaluación de la discriminación, con el objetivo de confeccionar una imagen precisa de las causas de discriminación y de identificar las mejores métodos de combatirlas; 2) desarrollo de la capacidad para luchar contra la discriminación, alentando el inter-

443/JAI relativa a la acción contra el racismo y la xenofobia¹⁸. El Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) invitó a la Comisión «a presentar cuanto antes propuestas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 13 del Tratado CE en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia». El Consejo Europeo aprobó en Helsinki (10 y 11 de diciembre de 1999) las Directrices para el empleo de 2000 subrayando la necesidad de promover las condiciones para un mercado de trabajo que propicie la integración social mediante la formulación de una serie coherente de políticas dirigidas a combatir la discriminación contra grupos tales como las minorías étnicas.

Esta línea evolutiva de la lucha europea contra el racismo ha desembocado, por el momento, en la Directiva 2000/43, cuyo objetivo, es «establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato» (art. 1). El legislador comunitario ha tomado en cuenta expresamente el principio de subsidiariedad del artículo 5 TCE¹⁹. Se pretende, tan sólo, establecer un marco mínimo dirigido a prohibir la discriminación basada en el origen racial o étnico y un nivel mínimo de tutela jurídica dentro de la Unión Europea para las personas que hayan sido o puedan ser víctimas de discriminación racial. La Directiva 43/2000 mantiene una estructura gemelar respecto de la otra Directiva que integraba el «paquete contra la discriminación» aprobada por la Comisión el 25 de noviembre de 1999, la Directiva del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la

cambio de información y de buenas prácticas entre organizaciones de los diferentes países y apoyando a las redes europeas de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la lucha contra la discriminación; 3) sensibilización sobre la lucha contra la discriminación (cfr. Comunicación de la Comisión: Contribución a la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia, Bruselas, 1 de junio de 2001, p. 9).

18. DOCE L 185, de 24 de julio de 1996, p. 5. Su principal objetivo era establecer una cooperación judicial efectiva entre los Estados miembros para facilitar la lucha contra el racismo y la xenofobia. La acción común subraya la necesidad de impedir que los autores de las infracciones en esta materia se aprovechen de su distinto tratamiento por parte de los diferentes Estados miembros, desplazándose de uno a otro para eludir las diligencias. Para lograr este objetivo, la acción común establece una lista de actividades racistas que los Estados miembros acuerdan considerar actos criminales.
19. En el párrafo 28 del preámbulo la Directiva se lee que el objetivo de garantizar un nivel elevado de protección contra la discriminación igual en todos los Estados miembros «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros», por lo que «puede lograrse mejor, debido a la dimensión y repercusión de la acción propuesta, en el ámbito comunitario», eso sí, dentro del respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad del art. 5 TCE (de modo que la Directiva «se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar dichos objetivos», no excediendo «de lo necesario para ese propósito»).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ocupación, cuyo plazo de transposición finaliza el 2 de diciembre de 2003. Las diferencias más significativas entre ambas Directivas se reducen a tres hechos: la última Directiva citada se refiere a las discriminaciones por razón de «religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual» (art. 1); su ámbito de aplicación se refiere sólo al empleo (mientras que en el caso de la Directiva 43/2000 el ámbito, como se verá, es sensiblemente mayor); y, por último y lógicamente, porque la diferente situación de cada grupo social en desventaja requiere una respuesta jurídica parcialmente distinta, el derecho antidiscriminatorio relativo a la religión, las convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, está sujeto a un mayor número de limitaciones que el que se refiere al origen racial²⁰.

La Directiva 43/2000 se ordena en cuatro capítulos. El primero estipula las «disposiciones generales», el segundo los «recursos y cumplimiento», el tercero «los organismos de promoción de la igualdad de trato» y el cuarto alberga las «disposiciones finales».

En el Capítulo primero se explicita el marco conceptual de la Directiva en relación con la discriminación racial, importándolo claramente del que las instituciones europeas han ido acuñando en el ámbito de la discriminación sexual. El paralelismo de la respuesta jurídica antidiscriminatoria en ambos escenarios es uno de los datos más significativos a retener inicialmente de la Directiva 2000/43, y debiera haberse tenido en cuenta, a nuestro juicio, de un modo determinante en el momento de su transposición. La Directiva entiende por *igualdad de trato* «la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico» (art. 2.1). Existirá discriminación *directa* «cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable» [art. 2.2.a)]. Se producirá una discriminación *indirecta* «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios» [art. 2.2.b)]. La semejanza con el derecho antidiscri-

20. En el art. 2.5 de la Directiva se dispone que «la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que en una sociedad democrática son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos». En diversos preceptos se explicitan diversas peculiaridades respecto de cada rasgo sospechoso. Así, p. ej., se permite a los Estados, en el art. 3.4 exceptuar a las Fuerzas Armadas de lo previsto en la Directiva respecto de la discriminación por edad y por discapacidad.

minatorio por razón de sexo es notoria, pues el concepto de discriminación que se acoge procede de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo, de la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba, y de la jurisprudencia del Tribunal en materia de discriminación en los ámbitos de igualdad de trato entre hombres y mujeres y libre circulación de trabajadores. La similitud llega a ser de tal magnitud que el apartado tercero del artículo 2 especifica como modalidad de discriminación (cabe suponer que, normalmente, directa) la conducta del *acoso*, con la lógica salvedad de que este acoso racial no puede referirse, a diferencia del acoso sexual, al «acoso quid pro quo o de chantaje», sino tan sólo al denominado «acoso ambiental», esto es, aquel «comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

La prohibición de discriminaciones directas e indirectas no impide, sin embargo, tal y como prevé el artículo 4, que los Estados miembros puedan disponer que «una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado». El límite que introduce esta disposición también es conocido en el derecho antidiscriminatorio por razón de sexo, en el que el artículo 2.2 de la capital Directiva 76/207 admitía ciertas actividades profesionales excluidas para las mujeres en aquellos casos en los que el sexo es una condición determinante de la actividad profesional, en razón de la naturaleza o de las condiciones de ejercicio, y el artículo 9.2 de esa misma Directiva exigía que los Estados miembros procedieran a un examen periódico de dichas actividades profesionales excluidas, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social, si está justificado mantener la exclusión, comunicando a la Comisión el resultado del examen²¹. Por cierto que esta última previsión hubiera sido especialmente oportuna en relación con la exclusión, o restricción, o simple diferencia de trato en el acceso, promoción, etc., de ciertas profesiones por razón del origen racial o étnico, pues añadiría al juicio de proporcionalidad al que se refiere el artículo 4 de la Directiva 2000/43 (que exige «objetivo legítimo» y «requisito proporcionado»), una garantía

21. Estos preceptos han sido interpretados por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones, ver REY, 2005, pp. 73 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

concreta a las, por definición, siempre sospechosas diferenciaciones de trato por origen racial (en cuanto presuntos límites de un derecho fundamental) y, por consiguiente, de interpretación estricta²².

Pero no todo el derecho antidiscriminatorio se contrae en los conceptos de discriminación directa e indirecta. La Directiva alude también, como no podía ser de otro modo, a la figura de la «acción positiva». En el artículo 5 se lee: «Con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto». A nuestro juicio, sin embargo, el principio de igualdad de trato no sólo no impide tales medidas o acciones positivas, sino que, mucho más aún, las reclama. El legislador comunitario parece ser deudor de un modelo conceptual subyacente que comprende las acciones positivas como una excepción «benigna» y lícita de la prohibición de discriminación (directa e indirecta), del mismo modo que la eventual diferenciación de trato respecto de ciertos requisitos profesionales, prevista en el mencionado artículo 4, constituiría una suerte de excepción «negativa», aunque también lícita bajo ciertas condiciones. El punto débil de esta construcción es, según creemos, la asimilación teórica que parece desprenderse de la Directiva entre «prohibición de discriminación» e «identidad de trato». La prohibición de discriminación no exige, sin embargo, un trato jurídico idéntico entre el grupo social en desventaja y la mayoría aventajada porque, en ese caso, el derecho operaría como un instrumento de conservación del *statu quo* más que como un punto de partida para un desarrollo futuro más igualitario. Evidentemente, es preciso distinguir el trato jurídico más favorable a un grupo social que sufra alguna desventaja en el plano fáctico (acción positiva), que es la técnica a la que estamos aludiendo ahora, de un posible trato jurídico menos favorable (como sería el previsto en el art. 4 de la Directiva), que debería calificarse, en rigor, como un límite a un derecho fundamental (el derecho a no ser discriminado por el origen racial), y, por tanto, estaría sujeto a estrictas condiciones en su establecimiento y a un control judicial astringente.

-
22. El párrafo 18 del preámbulo de la Directiva específica, no obstante, que esta diferencia de trato sólo podrá justificarse «en muy contadas ocasiones» y que, en cualquier caso, deberán figurar tales tratos diferenciados «en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión». Por su parte, la propuesta de Directiva 2000/43 presentada por la Comisión (COM 1999, 566 final), pone dos ejemplos de actividades profesionales excluidas: «el caso de personas de un origen racial o étnico concreto que resultan necesarias en aras de la autenticidad de una representación teatral, o el caso de los asistentes sociales que proporcionan sus servicios a individuos pertenecientes a un grupo étnico específico, cuya labor de asistencia personal puede ser más eficaz si ellos mismos forman parte de dicho grupo».

Como se ha indicado, las acciones positivas no son un límite a la prohibición de discriminación²³, y, por tanto, medidas de interpretación estricta (como sí lo son, por el contrario, los tratos jurídicos menos favorables que se pudieran imponer a un grupo racial minoritario), sino que integran el propio mandato antidiscriminatorio. Y lo hacen, además, de modo principal porque las agresiones más incisivas contra los miembros de razas minoritarias no suelen provenir, en la actualidad, de discriminaciones directas, sino de las más sutiles discriminaciones indirectas y, sobre todo, de una situación socio-económica muy precaria que impide o dificulta gravemente la igualdad de oportunidades respecto de la mayoría social. En consecuencia, la figura de las acciones positivas se debe encuadrar en el mismo corazón del Derecho antidiscriminatorio, que comprende, simultáneamente y con paridad de rango, la igualdad de trato (esto es, las prohibiciones de discriminaciones directas e indirectas) y la igualdad de oportunidades (con el consiguiente fomento de las acciones positivas).

La Directiva traza su ámbito de aplicación en el artículo 3, que, desde el punto de vista subjetivo afecta a «todas las personas... tanto al sector público como al privado», y desde el punto de vista objetivo abarca: a) «las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de clasificación profesional»; b) «el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica»; c) «las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración»; d) «la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas»; e) «la protección social, incluida la Seguridad Social y la asistencia sanitaria»; f) «las ventajas sociales»²⁴; g) «la

23. Obsérvese que la redacción del art. 5 no deja lugar a dudas sobre la comprensión de las acciones positivas como un límite por parte del legislador comunitario: «el principio de igualdad de trato no impedirá [...]».

24. El Reglamento (CEE) n° 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores, obliga a los Estados miembros a conceder las ventajas sociales independientemente de la nacionalidad. Dichas ventajas son prestaciones de naturaleza económica o cultural concedidas en los estados miembros por las autoridades públicas o por organizaciones privadas del tipo de descuentos en los transportes públicos, tarifas reducidas para acceder a acontecimientos culturales, comidas subvencionadas en las escuelas para los hijos de familias con ingresos reducidos, etc. (cfr. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnica, presentada por la Comisión –Bruselas, 25 de noviembre de 1999, COM [1999] 566 final–).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

educación» y h) «el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda». De este artículo 3 merece destacarse, en primer lugar, que se extiende la prohibición de discriminación también a las relaciones entre particulares y no sólo frente a los poderes públicos, lo cual debe saludarse porque la mayor parte de las agresiones discriminatorias proceden de fuente privada, aunque el artículo 18 de la Directiva precisa que los destinatarios de la misma serán los Estados miembros, lo cual parece abonar la tesis de la eficacia mediata de la protección contra la discriminación racial en las relaciones entre particulares; y, en segundo lugar, que lo que podría denominarse como «ámbitos de lucha contra la discriminación» remiten principalmente, y también con buen criterio, a dos pilares: el empleo²⁵ y la educación, dos bienes, estrechamente vinculados entre sí, que son los que posibilitan un desarrollo autónomo de la propia existencia. También es significativo el inciso h) del artículo 3.1, la prohibición de discriminación en el acceso a servicios y bienes disponibles para el público, como la vivienda o recursos financieros como préstamos, hipotecas, etc., porque reacciona contra una de las manifestaciones más típicas del racismo. Sin embargo, se echan en falta del catálogo algunos ámbitos particularmente sensibles, que sí están presentes habitualmente en las normas contra la discriminación sexual, como la imagen y los medios de comunicación o la participación de las minorías en los procesos de toma de decisiones.

El apartado segundo del artículo 3 pretende, por su parte, que la prohibición de discriminación racial no se convierta en una ventaja que permita alterar en favor del miembro de la raza minoritaria el (crecientemente limitado) régimen de entrada y residencia de nacionales de terceros países y apátridas en el territorio de los Estados miembros²⁶.

El Capítulo I, dedicado a las «Disposiciones Generales», se cierra con un precepto, el artículo 6, que sienta el principio que podríamos denominar de «umbral mínimo de protección», según el cual «los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en la presente Directiva», a la vez que, por el contrario, la aplicación de dicha Directiva «no constituirá en ningún caso motivo para reducir el nivel de protección contra la discrimi-

25. De hecho, las semejanzas con la tantas veces citada Directiva 76/207 son flagrantes, especialmente en la redacción de los incisos a) y c).

26. El art. 3.2 reza así: «La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas».

nación ya garantizado por los Estados miembros en los ámbitos cubiertos por la misma».

El Capítulo II, cuyo *nomen iuris* es «Recursos y cumplimiento», alberga diversas disposiciones de contenido heterogéneo, aunque quizás podrían distinguirse aquellas obligaciones de carácter «procesal» (arts. 7-9) de otras de fomento de divulgación de la información y de la participación social en la lucha contra la discriminación (arts. 10-12). Entre las primeras, las disposiciones *procesales*, la Directiva obliga a los Estados:

1. A «velar» por «la existencia de procedimientos judiciales y administrativos, e, incluso, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la siguiente Directiva, para todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato, incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación» (art. 7.1). Asimismo, deberán «velar» por que «las asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas que, de conformidad con los criterios establecidos en el Derecho nacional, tengan un interés legítimo en velar por el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva, puedan iniciar, en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, cualquier procedimiento judicial o administrativo previsto para exigir el cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva» (art. 7.2).
2. A «adoptar», con arreglo a su ordenamiento jurídico nacional y salvo en los procedimientos penales (art. 8.3), «las medidas necesarias para garantizar que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, de dicho principio alegue, ante un tribunal u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta» (art. 8.1). Esta técnica de la inversión de la carga de la prueba procede directamente de los artículos 3 y 4 de la Directiva 97/80/CE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, y ha resultado muy útil en el campo de la lucha contra la discriminación sexual en nuestro país²⁷.

27. Como se sabe, el artículo LPL establece que: «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad».

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

3. A «adoptar» en sus ordenamientos jurídicos «las medidas que resulten necesarias para proteger a las personas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato» (art. 9).

Entre el segundo tipo de actuaciones antes mencionado, la Directiva establece diversos deberes de fomento a los Estados miembros:

1. De divulgación de la información, esto es, a que la propia Directiva, «además de las disposiciones correspondientes ya en vigor, sean puestas en conocimiento de las personas a las que sea aplicable, por todos los medios adecuados, en todo su territorio» (art. 10).
2. De diálogo social. Los Estados deberán adoptar «las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas» (art. 11.1). El apartado segundo del art. 11 precisa que «siempre que ello sea coherente con sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, los Estados miembros fomentarán entre empresarios y trabajadores, sin perjuicio de su autonomía, la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el artículo 3 que entren dentro de las competencias de la negociación colectiva. Estos convenios respetarán los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva y las correspondientes medidas nacionales de desarrollo».
3. De diálogo con las organizaciones no gubernamentales. Los Estados «fomentarán el diálogo con las correspondientes organizaciones no gubernamentales que tengan, con arreglo a su legislación y práctica nacionales, un interés legítimo en contribuir a la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial y étnico, con el fin de promover el principio de igualdad de trato» (art. 12).

El Capítulo III contiene un solo artículo, el decimotercero, pero está llamado a jugar un papel estratégico central en la materia. Dispone el precepto que «cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico». Y concreta que, desde el punto de vista organizativo, dicho ente «podrá formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos

o de la salvaguardia de los derechos individuales», y que, como competencias mínimas, deberá: «prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación», «realizar estudios independientes sobre la discriminación» y «publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación».

El Capítulo IV contiene como «Disposiciones Finales» diversas y habituales previsiones acerca del cumplimiento de la propia Directiva, ordenando a los Estados que adopten las medidas necesarias para que se deroguen cualquier norma jurídica y toda disposición que figure en «contratos individuales, convenios colectivos, reglamentos internos de las empresas, estatutos de asociaciones con o sin ánimo de lucro, estatutos de profesiones y organizaciones sindicales y empresariales» contrarias al principio de igualdad de trato (art. 14); que establezcan el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva (art. 15)²⁸ y adopten todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento; y, finalmente, que adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva antes del 19 de julio de 2003 (art. 16). La Directiva permite a los Estados confiar su aplicación a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, por lo que respecta a las disposiciones que correspondan al ámbito de los convenios colectivos (art. 16)²⁹. Por último, la Directiva ordena a los Estados miembros a comunicar a la Comisión antes de 19 de julio de 2005 y, a continuación, cada cinco años, toda la información necesaria para que la Comisión elabore un informe sobre su aplicación dirigido al Parlamento Europeo y al Consejo (art. 17.1)³⁰. El Informe «facilitará, entre

28. Dichas sanciones, «que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionadas y disuasorias». Los Estados deberán comunicar tales disposiciones a la Comisión «a más tardar el 19 de julio de 2003 y le notificarán sin demora cualquier modificación de aquéllas».
29. En ese caso, «los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 19 de julio de 2003, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias, debiendo los Estados miembros interesados tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia» (art. 16).
30. El informe de la Comisión, concreta el segundo apartado del art. 17, «tendrá en cuenta, cuando proceda, la opinión del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia, así como los puntos de vista de los interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales correspondientes». Por último, se indica que «a la vista de la información recibida, el informe incluirá, en caso necesario, propuestas de revisión y actualización de la presente Directiva» (art. 17.2).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

otras cosas, una evaluación de la incidencia de las medidas tomadas sobre las mujeres y los hombres», una previsión interesante que, en la línea del principio de transversalidad o *mainstreaming*, permite conectar las paralelas luchas contra la discriminación sexual y la racial (art. 17.2)³¹. El legislador comunitario es consciente de la *doble discriminación* (racial y sexual) que afecta a las mujeres y pretende que la aplicación del derecho antidiscriminatorio racial tenga en cuenta correctamente la dimensión de género³². En el Derecho antidiscriminatorio europeo se empieza a acuñar el interesante concepto de las «discriminaciones múltiples». El concepto de discriminación múltiple (los anglosajones hablan de discriminación interseccional) dista de ser claro, pero parece evocar todas aquellas situaciones en las que dos o más factores o rasgos de discriminación interactúan simultáneamente produciendo una forma específica de discriminación. Un ejemplo puede ser el de las mujeres de minorías étnicas, doblemente discriminadas por su género y su etnia, de una manera específica, diferente y más grave, que la que sufren los varones de su mismo grupo étnico. En realidad, para que el concepto de discriminación múltiple sea operativo como objetivo de políticas públicas y como criterio de interpretación jurídica, es imprescindible acotarlo con precisión. En este sentido, habría que descartar, en primer lugar, la discriminación múltiple para describir las situaciones en las que una persona es discriminada sucesiva y no simultáneamente, en diversas relaciones sociales, por diversos rasgos sospechosos (género, etnia, discapacidad, etc.) Admitido que se trata de una discriminación en la que concurren diversos rasgos al mismo tiempo, tampoco tendría excesivo interés comprender en su contenido cualquier manifestación de este tipo, entre otras razones porque la lista de posibles combinaciones sería demasiado larga (p. ej., mujeres de minorías étnicas, mujeres discapacitadas, mujeres homosexuales y transexuales, mujeres mayores, mujeres dentro de confesiones religiosas, discapacitados de minorías étnicas, mayores discapacitados, jóvenes homosexuales, etc.), sobre todo si se toman en consideración no sólo dos rasgos, sino tres o más. Si todo es discriminación múltiple, nada lo es, en realidad. Un concepto demasiado extenso pierde inevitablemente intensidad.

Aunque esta cuestión apenas ha sido estudiada (entre otras cosas porque

-
31. El párrafo 14 del Preámbulo explica que la Comunidad, en aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, sobre todo si se considera que «a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples».
 32. En el proceso de Pekín (seguimiento de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la mujer celebrado en 1985) se reconocía que la discriminación fundada en el sexo y el racismo se influyen mutuamente y que este último sigue amenazando el normal ejercicio por las mujeres de sus derechos.

el concepto es todavía más doctrinal y político que normativo y judicial), y, por tanto, todavía tampoco hay acuerdo en la literatura sobre el sentido y alcance de la discriminación múltiple, la utilidad del concepto pasaría por su utilización sólo en los supuestos en los que concurren dos o más rasgos sospechosos configurando una discriminación específica que no sufren ni los miembros del grupo mayoritario, ni (y esto sería realmente lo peculiar del concepto) los miembros de la mayoría «privilegiada» del grupo minoritario. En otras palabras, la discriminación múltiple sólo debería utilizarse para identificar los casos en los que exista «una minoría (invisible y peor tratada) dentro de la minoría». No es casual, en este sentido, que el concepto haya sido acuñado en la literatura feminista afro-americana de los Estados Unidos en relación precisamente con las mujeres de las minorías étnicas, que sufrirían una discriminación común a la de los varones de la minoría pero también una discriminación por parte de éstos. Esta visión más estricta del concepto de discriminación múltiple provocaría una lista más corta de supuestos, empezando, como se ha dicho, por las mujeres de las minorías étnicas (piénsese en España en las mujeres gitanas y en las mujeres inmigrantes sin recursos). Otro ejemplo podría ser el de los homosexuales (tanto mujeres como varones) de las minorías étnicas. O el de las mujeres mayores en algunas situaciones, etc.

1.5. MARCO LEGAL

Un fenómeno reciente destacable es el reconocimiento expreso de la comunidad gitana en varias de las últimas reformas de Estatutos de Autonomía. El artículo 42 del Estatuto de Cataluña fue el primero: «Los poderes públicos deben velar por la convivencia social, cultural y religiosa entre todas las personas en Cataluña y por el respeto a la diversidad de creencias y convicciones éticas y filosóficas de las personas, y deben fomentar las relaciones interculturales mediante el impulso y la creación de ámbitos de conocimiento recíproco, diálogo y mediación. También deben garantizar el reconocimiento de la cultura del pueblo gitano como salvaguarda de la realidad histórica de este pueblo». El artículo 10.3.21 del Estatuto de Andalucía establece que la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: «La promoción de las condiciones necesarias para la plena integración de las minorías y, en especial, de la comunidad gitana para su plena incorporación social». Por su parte, el artículo 23.2 del Estatuto de Aragón dispone que «Los poderes públicos aragoneses promoverán las condiciones necesarias para la integración de las minorías étnicas y, en general, de la comunidad gitana». Por último (hasta ahora), el artículo 16.23 del Estatuto de Castilla y León establece como prin-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cipio rector de las políticas públicas de la Comunidad «la no discriminación y el respeto a la diversidad de los distintos colectivos étnicos, culturales y religiosos presentes en Castilla y León, con especial atención a la comunidad gitana, fomentando el entendimiento mutuo y las relaciones interculturales».

Son interesantes las coincidencias entre los textos, pero también sus matices diferenciales. Andalucía y Aragón, por ejemplo, subrayan más la idea de integración socio-económica, mientras que Cataluña y Castilla y León prestan más atención (sin olvidar las políticas de inclusión) a las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y de diálogo entre grupos. En cualquier caso, estos preceptos pueden dar lugar a interesantes desarrollos normativos en el futuro a los que habrá que estar atentos.

Por lo que respecta al orden penal, con carácter general el artículo 22.4 CP identifica la motivación racista como circunstancia agravante de cualquier delito, y, más específicamente, en el capítulo de delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales, se castigan tres tipos de delitos por discriminación, racial entre otras, la provocación a la discriminación (art. 510³³), la discriminación en los servicios públicos (art. 511³⁴) y la discriminación profesional o empresarial (art. 512³⁵). El cuadro se completa con el artículo

33. «1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía».
34. «1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía. 3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años».
35. «Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabili-

314, que, en el marco de los delitos contra los derechos de los trabajadores, sanciona, con pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a doce meses, a «los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su [...] pertenencia a una etnia, raza o nación [...] y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado».

Los Informes anuales sobre «Discriminación y Comunidad Gitana» de la Fundación Secretariado Gitano advierten, sin embargo, de la escasa aplicación práctica de estos tipos penales³⁶. Las sentencias que los aplican se pueden contar con los dedos de una mano³⁷. Pueden ser razones explicativas, entre otras, la inexistencia de una clara voluntad de política criminal de perseguir estas conductas (sobre todo, por policías y fiscales); la escasa sensibilidad y desconocimiento de los jueces; la percepción de que quizás estos delitos contemplen sanciones demasiado severas; los déficits del derecho de defensa que en la práctica sufren las víctimas de discriminación; etc. En bastantes ocasiones, conductas que podrían encajar perfectamente en los tipos penales se tramitan, sin embargo, como faltas (vejaciones, etc.) Esto trae como consecuencia que las víctimas acudan al juicio sin abogado, lo que les coloca en una clara situación de inferioridad frente a los acusados, y también que, si finalmente se llega a condenar, no se imponga a los culpables una pena lo suficientemente disuasoria para que no vuelvan a repetir su conducta.

En sede laboral, el artículo 4.2.c) ET consagra el derecho de los trabajadores a «no ser discriminados para el empleo, o una vez empleado, por razones de [...] raza [...] dentro del Estado español». El artículo 17.1 ET veta las discriminaciones existentes en preceptos reglamentarios, cláusulas de convenios colectivos, pactos individuales y decisiones unilaterales del empresario. Como es sabido, este último precepto sanciona las discriminaciones con la nulidad y consiguiente carencia de efectos del acto o precepto en que la discriminación se funde. Cualquier discriminación racial en las relaciones laborales puede atacarse por la vía procesal de la tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales prevista en los artículos 175 y siguientes LPL. Por su parte, el artículo 8.12 LISOS tipifica entre las infracciones muy graves del empresario las decisiones unilaterales que impliquen discriminación.

tación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años».

36. Últimamente, Informe de 2007, pp. 27 ss.

37. Informa de algunos de ellos BILBAO, 2006, pp. 162 y ss.

La LE también regula la prohibición de discriminación racial de los extranjeros específicamente en el capítulo IV del Título I, en el artículo 23.

2. FUNDAMENTO: NECESIDADES ESPECÍFICAS DE LA MINORÍA GITANA Y PECULIARIDADES DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL O ÉTNICA

Las respuestas jurídicas contra las distintas discriminaciones sospechosas que se albergan en el artículo 14 CE (o puedan irse deduciendo, pues el art. 14 CE es una cláusula abierta) han de ser necesariamente distintas, pues diferentes son las situaciones en las que se encuentran los grupos sociales en desventaja allí contemplados. Es preciso construir cada Derecho Anti-discriminatorio específico desde las coordenadas de la situación fáctica peculiar de cada grupo vulnerable. En este sentido, ¿qué peculiaridades podrían descubrirse en relación con la discriminación étnica y, más concretamente, respecto de la minoría gitana? En nuestra opinión, son destacables tres ideas: 1) está muy arraigada en el tiempo y afecta a numerosos espacios de la existencia; 2) es llamativa la *esquizofrenia* que resulta de una abundante normativa protectora, sobre todo de carácter internacional, coexistente con escasas decisiones judiciales en la materia (algunas de ellas discutibles, además) y, en general, con escasos avances reales en la igualdad entre gitanos y no gitanos; 3) por último, la discriminación racial es la más odiosa de todas por las razones apuntadas porque es estigmatizante.

2.1. LA DISCRIMINACIÓN RACIAL ES DE LAS MÁS ARRAIGADAS EN EL TIEMPO Y DE LAS MÁS EXTENSAS RESPECTO DE LOS ESPACIOS SOCIALES A LOS QUE AFECTA

La historia de los gitanos en España es la historia de una infamia, un continuo y dramático relato de persecución y hostigamiento político y social. Se tiene constancia de su presencia en la Península desde el año 1425, cuando el Príncipe aragonés Alfonso, más tarde conocido como el rey «Magnánimo», otorga una carta de paso a un grupo de gitanos en Barcelona³⁸. En el Informe que, en el seno del Congreso de los Diputados, la Subcomisión para el estudio de la problemática del pueblo gitano evacuó el 17 de diciembre de 1999³⁹, se traza una breve descripción histórica de la presencia de los

38. Parece ser que el Camino de Santiago fue una vía de penetración significativa de gitanos del norte de Europa, pero la entrada masiva de gitanos procedentes del Mediterráneo oriental se produjo a partir de 1480 tras la caída de Constantinopla en 1453.

39. *BOCG*, Congreso de los Diputados VI Legislatura (serie D, General, n° 520). El Pleno del Congreso creó, mediante Resolución de Presidencia de 26 de junio de 1996, dicha Subcomisión, en el marco de la Comisión de Política Social y Empleo, para el estudio de la problemática del pueblo gitano.

gitanos en nuestro país, a la que nos remitimos. Recordaremos aquí tan sólo que los intentos de asimilación a la cultura dominante se produjeron casi desde el mismo comienzo de su llegada. Así, ya en 1499 se promulga la Primera Pragmática antigitana de nuestra historia, que obligaba a los gitanos, para instarles a llevar una vida sedentaria, a asentarse con oficios conocidos en las distintas poblaciones peninsulares o, en caso contrario, a ser expulsados. Durante los sucesivos reinados de los Austrias la política discriminatoria contra el pueblo gitano continuó siendo la tónica dominante⁴⁰.

En el siglo XVII la situación de los gitanos en España empeoró: se les obligó a abandonar sus oficios habituales y a dedicarse exclusivamente a la agricultura; a residir en ciudades de más de mil habitantes, prohibiéndoles la tenencia y la venta de ganado, bajo pena de expulsión del Reino (Pragmática de 20 de octubre de 1619, de Felipe III); también se les prohibió (por Felipe IV) toda exhibición externa de dato distintivo de su forma de vida y cultura, incluso, el de utilizar su propia lengua; Carlos II (Pragmática de 1695) les intenta confinar en un número determinado de pueblos y localidades del Reino; se les obligaba a comparecer ante las justicias correspondientes para hacer constar su filiación, oficio y propiedades (en caso contrario, eran castigados a galeras si eran hombres y a cien azotes si eran mujeres).

Con el Siglo XVIII, y el establecimiento de los Borbones en España, la política de homogeneidad cultural continuará en parecidos términos o peores. El Informe destaca la Pragmática de 1717 en la que se trataba de conseguir la asimilación de las etnias minoritarias en el Reino de España obligando a los gitanos a residir en determinados lugares de los que no podían desplazarse sin autorización de la justicia. En 1738 se dictará una nueva Pragmática que pretende controlar los movimientos de los grupos gitanos en la península. Se insiste en señalar las ciudades y villas concretos en que debían asentarse las familias gitanas. Durante el Reinado de Fernando VI un gran nú-

40. «Carlos I ordenó la promulgación de nuevas disposiciones represivas en distintos momentos de su vida como Rey de las Españas. Así, entre otras, se promulgaron Reales Pragmáticas y Decretos en 1525, 1528, 1534, 1539, 1545, 1548 y 1551 entre otras fechas. Todas estas normas perseguían el mismo fin que sus antecesores los Reyes Católicos, a saber, preservar la unidad territorial, cultural y religiosa y reprimir cualquier brote diferenciador. No obstante, a pesar de la dureza de estas normas contra los grupos gitanos, no consiguieron el efecto deseado de controlar su población y obligarles a llevar una vida sedentaria. Felipe II continuó la misma política que su progenitor, con la peculiaridad de ampliar el ámbito al que iban dirigidas estas disposiciones discriminatorias, incluyendo en su marco a los vagabundos y, en general, a todos aquellos que practicaban la mendicidad o no tuvieran domicilio u oficio establecido o conocido. Con todo, en su Reinado se produjo un fuerte aumento del sentimiento xenófobo de la población produciéndose, consecuentemente, un aumento de la crispación contra los gitanos» (Informe, cit., pp. 1 y ss.).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

mero de familias gitanas, se calcula que en torno a 14.000 personas, fueron internadas en las minas de Almadén y en los arsenales de Cartagena, Cádiz y El Ferrol, medida de internamiento que duró hasta Carlos III, que en 1765 permitió volver a sus casas a estos colectivos. Carlos III promulgó la Pragmática de 19 de septiembre de 1783 que estaría vigente hasta la Ley de 1878 bajo el reinado de Alfonso XII. La norma establecía la igualdad de los gitanos con los demás súbditos, aunque para ello se pretendiera hacer olvidar sus raíces, pues se prohibía la utilización del término «gitano», por considerarlo una injuria grave. En 1749 se produce un acontecimiento que se recuerda como hito histórico de la xenofobia ancestral contra los gitanos, la «Gran Redada»: en una sola noche fueron detenidos miles de ellos, que permanecerían en prisión durante años⁴¹.

¿Cambió sustancialmente este estado de cosas con la irrupción en España del constitucionalismo? La respuesta es que no demasiado, aunque la Constitución de Cádiz de 1812 supuso para los gitanos un avance importante ya que, al abandonar el antiguo criterio de ciudadanía española ligada a la exigencia de residencia fija, ligándola ahora al hecho de haber nacido en territorio español, reconoció su situación jurídica como ciudadanos españoles. Durante el reinado de Isabel II se publica el Decreto de 22 de agosto de 1847 en el que se obligaba a los gitanos a llevar consigo, además de los papeles personales, otro documento que identificara el número y características de sus animales y un tercero que indicaba las transacciones que había realizado con ellos. A comienzos del siglo XX se dictará el Reglamento de 24 de abril de 1905 sobre el régimen de los animales y propietarios que disponía la detención de los gitanos si traficaban con animales y no contaban con los documentos acreditativos de su propiedad. Bajo el franquismo el pueblo gitano continuó siendo objeto de graves discriminaciones. El Informe de la Subcomisión recuerda, por ejemplo, el Reglamento de la Guardia Civil de 1943 en el que se decía que «se vigilará escrupulosamente a los gitanos, cuidando mucho de reconocer todos los documentos que tengan, averiguar su modo de vida y cuanto conduzca a una idea exacta de sus movimientos y ocupaciones [...] conviniendo tomar de ellos todas las noticias necesarias para impedir que cometan robos». A lo que se ve, la frase de Cervantes con la que se iniciaba este trabajo acertaba en describir un estereotipo negativo o prejuicio que perdurará durante siglos en España: detrás de todo gitano hay un ladrón. Se puede afirmar, pues, que ha habido en España una historia secular de *racismo institucional* contra los gitanos administrado invariablemente por los poderes públicos.

41. *Informe*, cit., pp. 1 y ss.

Pero, en el momento presente, ¿cuál es la situación de la minoría gitana en España?, ¿cuáles son los principales escenarios de discriminación? Nuevamente, el Informe de la Subcomisión parlamentaria proporciona algunas pistas interesantes para el análisis. Aunque no existen datos fiables, se estima que la población gitana española supera el medio millón de personas (la tercera parte de la población gitana de la Unión Europea). Se trata de una población muy joven. Casi la mitad tiene menos de 16 años, las dos terceras partes menos de 25 años y cinco de cada cien alcanzan los 65 años. Con un alto crecimiento demográfico que supera el 5 % frente al crecimiento mínimo del resto de la población española, los gitanos se duplican cada tres lustros siendo el grupo humano más prolífico del mundo. El tamaño medio de la familia gitana es de 5,4 miembros, frente a los 3,7 de la familia media española. Se ha producido un progresivo sedentarismo de la población gitana en nuestro país, que llega a un 95 %, siendo el nomadismo prácticamente residual. Los principales escenarios de discriminación hacia la minoría gitana son los siguientes.

- a) Cultura e identidad cultural. Uno de los rasgos más característicos de los gitanos es su identidad cultural, pero la falta de actuaciones encaminadas a la conservación y desarrollo de la cultura gitana, está poniendo en peligro su idioma, el Romanó, y los valores de sus tradiciones. El Informe propugna «reforzar los esfuerzos encaminados a la recuperación, cuidado y promoción de los valores culturales y señas de identidad de la comunidad gitana»⁴².
- b) Vivienda. «Una gran proporción de los gitanos habita en "viviendas de un nivel indecoroso"». Ocupan el 95 % de las chabolas o infraviviendas de los grandes núcleos urbanos. El 80 % de estas viviendas tienen menos de 50 metros cuadrados y en ellas se albergan familias cuyo promedio es del 5,4. Los asentamientos chabolistas carecen de infraestructuras y servicios básicos. El Informe destaca, además, que para aquellas familias gitanas que han accedido a viviendas normalizadas integrándose con el conjunto de la población, se producen problemas como: 1) el hacinamiento en determinados barrios, que con estas características de excesiva concentración de familias gitanas no los hace idóneos para una auténtica integración con los restantes habitantes de las poblaciones en que se encuentran; 2) el deterioro más rápido de las viviendas y del entorno de éstos, lo que determina, a su vez, que no se generen espacios para la participación y socialización, tan esenciales para la cultura gitana; o, 3) el hacinamiento que

42. Idem, p. 6.

se produce en este tipo de viviendas en las que viven varias familias. Frente a esta situación, el Informe cree conveniente «impulsar el acceso a una vivienda digna en un entorno adecuado como condición esencial para la promoción e integración de las familias gitanas»⁴³.

- c) Empleo. «La situación laboral de la población gitana en España es muy peculiar si se compara con la del resto de los ciudadanos. La venta ambulante es hoy la actividad mayoritaria, seguida de la recogida de chatarra y cartonaje y el temporeroismo, sobre todo en las Comunidades de Extremadura, Murcia y Andalucía. Es especialmente preocupante la situación de las mujeres y los jóvenes gitanos que acuden con muy escasa formación a un mercado laboral muy competitivo. Además de la falta de formación, se carece, en muchas ocasiones, de modelos o ejemplos en las familias para acceder a otro tipo de trabajos que no sean los tradicionales o, en el caso de las mujeres, al desempeño de puestos de trabajo que exigen actividades que chocan con los patrones culturales gitanos. El trabajo se concibe como una necesidad y no como un fin en sí mismo. El hecho de no realizar trabajos por cuenta ajena, implica muchas veces una marginación con el entorno social. Esta filosofía económica permite que la elección de actividades sea resultado de un compromiso provisional entre la necesidad de tener fuentes de ingresos y el deseo de comenzar un estilo de vida dentro de un contexto socioeconómico y cultural cambiante. Si se hiciera una clasificación de las ocupaciones del colectivo gitano dentro del mercado laboral podrían sacarse las conclusiones siguientes: 1) Existe un gran grupo de gitanos que para sobrevivir han buscado labores propias, fuera de los mercados formales, como son la venta ambulante o recogida de chatarra o desechos; 2) Hay un grupo de trabajadores gitanos que ha logrado establecerse como pequeños comerciantes, administrativos o funcionarios. Este segmento, aunque sea pequeño, tiene un crecimiento progresivo y sobre todo es importante como elemento de referencia para otros gitanos; 3) Un tercer grupo de gitanos mantiene una serie de trabajos tradicionales adaptándolos a las necesidades actuales de la sociedad (cesteros, caldereros, anticuarios, etc.). En consecuencia, el gran obstáculo que tiene el colectivo gitano en el mercado laboral de nuestros días es precisamente el paso de lo informal a lo formal. La gran habilidad y destreza natural para el comercio no se ve correspondida por la capacidad para realizarla de modo reglado, organi-

43. *Ibidem*, p. 7.

zado, mercantil y empresarial, debido sobre todo a su escasa cualificación y profesionalización. Lo anterior determina las graves dificultades que tienen los gitanos para acceder al empleo debido sobre todo a las siguientes circunstancias. Las profesiones de las que han vivido tradicionalmente están en recesión, muchas de ellas resultan inviables para las nuevas generaciones. Son muy pocos los gitanos que acceden a la oferta de formación profesional normalizada, sobre todo por falta de adaptación de estos cursos a las características y circunstancias de los gitanos. Las condiciones de vida, junto a determinados hábitos culturales, inciden negativamente a la hora de acceder al empleo»⁴⁴.

- d) Educación y formación. La realidad escolar y educativa no es muy diferente. «El 70 % de los adultos gitanos carecen de instrucción. El 60 % de los niños en edad escolar no acuden regularmente a clase, la mayoría de la población gitana no alcanza el primer nivel de cualificación profesional y es muy escaso el número de jóvenes gitanos en centros de enseñanza media y universitaria. La lengua, historia y cultura gitanas están prácticamente ausentes de los currícula escolares. Asimismo, las Administraciones educativas deberían velar para que los niños gitanos no se concentren en un solo centro educativo, posibilitando mediante los medios adecuados el acceso a colegios privados en igualdad de condiciones, y romper así la dinámica gitano-colegios públicos. Los programas de apoyo y seguimiento escolar parecen muy positivos, no debiéndose limitar exclusivamente a actividades relacionadas con el absentismo escolar. Deberían, también, marcarse prioridades en la planificación de estos programas, como son la incorporación de los niños y niñas gitanos a edad temprana y la transición de primaria a secundaria. Es necesario evaluar estos programas de seguimiento escolar, en primaria y secundaria, y de absentismo escolar, entre otros aspectos. Igualmente, la formación del profesorado se hace prioritaria, así como la vigilancia de los libros de texto que se utilizan en los centros, en cuanto a los mensajes negativos que pudieran emitir sobre los gitanos»⁴⁵.
- e) Salud. «Se observa una mayor incidencia de determinadas enfermedades en grupos gitanos, una menor esperanza de vida de los hombres y aún menor de las mujeres, y la existencia de unos grupos de riesgo como son los niños y los ancianos. Algunos de los problemas

44. *Ibidem*, p. 8.

45. *Ibidem*, pp. 8 y ss.

de salud más significativos serían la nutrición inadecuada, malformaciones infantiles, insuficiente cobertura de vacunación, inasistencia a los centros de salud, drogodependencia, sobre todo más notable en la juventud. En cuanto a la mujer, son alarmantes los datos que se apuntan respecto a su situación de salud: envejecimiento prematuro, tendencia a la depresión y enfermedades mentales, altas tasas de fecundidad en edades prematuras». El Informe postula, a la vista de esta situación, «mejorar los programas de prevención, promoción, educación y recuperación de la salud, trabajando en el medio familiar y comunitario, contando con la participación activa de los gitanos, como agentes de su propia salud. En este sentido, habría que reforzar el trabajo con las mujeres gitanas, dado su importante papel en la educación de los hijos. Y también una mejor formación de los profesionales sanitarios que, en muchas ocasiones desconocen la cultura gitana, sus costumbres y hábitos»⁴⁶.

- f) Acción social. La Subcomisión concluye que «la situación de exclusión social en que se encuentran muchos colectivos gitanos exigiría por parte de todas las Administraciones públicas una política social activa que tuviera en cuenta sus especiales rasgos culturales y étnicos. Esta política debería desarrollar medidas de sensibilización para mejorar la imagen social de la comunidad gitana. Asimismo, sería conveniente hacer llegar a los medios de comunicación social la idea de que cuiden los mensajes que se transmiten sobre la población gitana, debiendo promocionar los elementos enriquecedores y positivos de la cultura gitana. Confeccionando un código deontológico respecto al pueblo gitano elaborado por los profesionales de la información. Parece igualmente conveniente promover el acceso de los colectivos gitanos a la información, así como a aquellos foros sociales y representativos donde se debaten cuestiones que les afecten directamente»⁴⁷.
- g) Mujeres. El Informe realiza una mención especial para las mujeres gitanas, las cuales «han mantenido en el colectivo un lugar y una actividad muy concreta por tradición y costumbre, desarrollada en el entorno estrictamente familiar. El papel social ha sido el de ser la transmisora de los valores y las costumbres de la cultura gitana. La situación de la mujer gitana en la actualidad ha sufrido un proceso de evolución, aunque más lento que en el resto de la sociedad, de-

46. *Ibidem*, p. 9.

47. *Ibidem*, p. 9.

bido sobre todo a sus condiciones sociales y familiares. Las mujeres gitanas tienen una baja cualificación educativa y profesional lo que dificulta su acceso al mercado laboral». Se hace, pues, conveniente, a juicio de la Subcomisión, «un apoyo técnico y financiero, así como de información en los foros de mujeres por parte de los centros de mujeres de las distintas Administraciones y de apoyo para que las gitanas que han estudiado sirvan de modelo de referencia a otras mujeres gitanas»⁴⁸.

- h) Medios de comunicación. «La rápida e importante entrada de los medios audiovisuales en las comunidades gitanas se encuentra en estrecha relación con que éstos transmiten sus contenidos de modo oral y visual al igual que se ha hecho tradicionalmente en la cultura gitana. Los medios de comunicación modifican los hábitos de la población, pero en el caso de las comunidades gitanas esta interpenetración de los medios es mucho más profunda, cambiando sus conductas y perdiendo parte de sus tradiciones culturales. Por ello, en la era de las comunicaciones, los medios audiovisuales pueden ser un instrumento enormemente positivo en la promoción del pueblo gitano dada la capacidad de penetración que tienen en el mismo. La potenciación de espacios en los medios de comunicación con contenidos gitanos, así como medios gitanos en sentido estricto, frecuencias de radio y publicaciones, por ejemplo, ayudarán a una mayor comprensión de la problemática gitana por parte de la sociedad mayoritaria y de la comunidad gitana»⁴⁹.
- i) Racismo. Los prejuicios racistas, constata el Informe, «afectan de manera muy importante a los gitanos, por lo que es conveniente adoptar medidas contundentes encaminadas a combatir el racismo y la discriminación en nuestra sociedad»⁵⁰. Este punto, verdaderamente central en cuanto explicativo del resto, ha sido aludido de forma demasiado esquemática por la Subcomisión, a nuestro juicio. Si bien es preciso reconocer que en los distintos escenarios de discriminación, el Informe, junto con una breve descripción de las principales agresiones que sufre la minoría gitana, recoge algunos objetivos que pueden servir, en su momento, para concretar algunas acciones positivas.
- j) Participación. «La escasa participación de los gitanos en la elaboración y aplicación de las políticas encaminadas a superar su situación

48. *Ibidem*, p. 9.

49. *Ibidem*, pp. 9 y ss.

50. *Ibidem*, p. 10.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

de discriminación es una causa de la falta de eficacia de estas actuaciones». Parece conveniente, afirma la Subcomisión, «promover esta participación que haría más eficientes las medidas adoptadas y favorecerían la incorporación de los gitanos a la vida social normalizada»⁵¹. A esto habría que añadir que muy pocos miembros de la minoría gitana han ocupado cargos públicos, tan sólo un Diputado en el Congreso y dos Concejales⁵².

La realidad del pueblo gitano en España es, por tanto, la de una minoría que ha sido perseguida sistemáticamente durante siglos por los poderes públicos y por la mayoría no gitana de la sociedad, sobre la que siguen recayendo estereotipos racistas y que sigue sin tener acceso real y efectivo a bienes sociales básicos como la educación, la vivienda, la salud, el empleo, etc. en los mismos niveles que el resto de la población. La existencia de un marco jurídico antidiscriminatorio no es por sí solo suficiente para erradicar la discriminación; ésta existe e impide a la comunidad gitana el ejercicio pleno de su ciudadanía; sigue siendo uno de los grupos peor valorados socialmente; la discriminación se manifiesta sobre todo en la existencia de barreras en el acceso y disfrute de los derechos y prestaciones; la comunidad gitana es sólo parcialmente consciente de las discriminaciones, que asume como algo natural o inevitable.

La terca realidad de la discriminación contrasta con la creciente producción normativa que pretende luchar contra la discriminación hacia los gitanos, tema que constituye la siguiente tesis que cumple analizar.

2.2. LA RELATIVA INEFICACIA DEL DERECHO VIGENTE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN RACIAL

El complejo normativo descrito no ha ido dando, sin embargo, los frutos esperados. En este punto quizás convenga llamar la atención sobre el hecho de que ni siquiera dicho entramado jurídico ha originado una jurisprudencia especialmente interesante en cantidad, aunque sí en calidad, con las objeciones que se apuntarán en su momento. En el ámbito de la jurisdicción ordinaria, se pueden encontrar tres sentencias destacables.

51. *Ibidem*, p. 10.

52. AGUILERA, 2004, p. 25. En total, se han presentado 15 candidatos gitanos a ocupar concejalías y 2 a cargos en Parlamentos territoriales, pero, de los 17 tan sólo resultaron elegidos dos. De esos 17 candidatos, 13 fueron presentados por partidos políticos de centro/izquierda y tan sólo 4 por partidos de centro/derecha. Se demuestra, una vez más, la mayor cercanía (aunque tampoco puede calificarse precisamente como de excesiva en este punto) del pensamiento de izquierdas hacia el discurso de la igualdad.

- a) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de enero de 1988. Esta decisión viene a confirmar una anterior de instancia que declaraba la nulidad de varios actos del Ayuntamiento de Madrid que habían segregado del resto urbano a unas cuatrocientas chabolas (habitadas por unas tres mil personas, la mayoría de etnia gitana), mediante «una zona rodeada por una franja o foso infranqueable de tres metros de ancho por uno de profundidad y con una sola salida permanentemente custodiada por efectivos de la Policía Municipal». La Sentencia estimó que se había conculcado el «principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución con las diversas actuaciones administrativas, ya que se ha sometido a todos los habitantes de la zona de chabolas pertenecientes a la etnia gitana [...] a unas medidas discriminatorias de cerco, control, etc., so pretexto de prevención de actividades delictivas». Conducta ésta «discriminatoria, basada en prejuicios, que la Constitución condena y prescribe y que se traduce, además, en un desigual trato gravísimo para dicha comunidad, que incide en su menor calidad de vida y escasísima alfabetización y mucho más agravado por la crisis económica que el resto de la población española». Conducta «discriminatoria apoyada en la raza, sin justificación por ello»⁵³.
- b) La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 29 de agosto de 1998, que confirma una Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia que había condenado a un individuo, como autor de un delito contra el ejercicio de los derechos fundamentales, a la pena de un año de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de compraventa de vehículos en establecimiento abierto al público. El condenado se había negado a vender un coche a la víctima alegando: «yo no vendo a morenos como tú, ni a gitanos ni a moros».
- c) La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 7 de noviembre de 2002, que más tarde conoció (y desestimó) en amparo el Tribunal Constitucional en los términos ya conocidos. En instancia había recaído Sentencia por la que se reconoció a la actora, de etnia gitana, una pensión de viudedad por el fallecimiento de su consorte, con el que había contraído en su día matrimonio por el rito gitano. El Instituto Nacional de la Seguridad Social formuló recurso de suplicación y la Sala del TSJ lo estimará, revocando la Sentencia de instancia. El TSJ argumenta que «no es posible entender que haya existido discriminación alguna en la negativa ad-

53. DE ASÍS, 1982, pp. 16 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ministrativa a reconocer la prestación solicitada cuando la entidad gestora se ha limitado a dar cumplimiento a la legalidad vigente, conforme a la que dicha forma de matrimonio no es una de las reconocidas por el Estado»⁵⁴.

Estas tres decisiones, sobre todo las dos primeras, que reaccionan contra gruesas discriminaciones directas, no plantean mayores dificultades interpretativas. El problema es, más bien, la escasez de Sentencias en relación con las conductas sancionables que (cabe suponer) se cometen habitualmente. Será difícil encontrar políticas de ghetto tan abiertas como la que motivara la primera sentencia, así como racistas tan elocuentes y sinceros como el delincuente del segundo caso. A esto hay que añadir la paradoja de que las decisiones judiciales más importantes, las del Tribunal Constitucional español y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son, precisamente, las más opinables.

En otro lugar hemos calificado la jurisprudencia del TEDH sobre discriminación racial como caracterizadora de un «derecho de baja intensidad»⁵⁵ que alcanzó su punto más bajo con la Sentencia *DH y otros* contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, que tuvo un notable impacto mediático en su momento⁵⁶, al resolver de modo discutible un asunto de discrimina-

54. Sólo el matrimonio contraído de forma civil o religiosa según prescribe el ordenamiento jurídico puede producir efectos civiles y el matrimonio gitano «no participa de la naturaleza de ninguno de ellos, exigiendo el art. 174 LGSS la condición de "cónyuge" del causante al beneficiario de la pensión de viudedad».

55. REY, 2007, p. 279.

56. Incluso el *New York Times* le dedicó un editorial (11 de marzo de 2006). Según este periódico, «a pesar de todas las dificultades a la que se tienen que enfrentar los musulmanes, el grupo que sufre más abusos en Europa sigue siendo, y con diferencia, el de los gitanos». El editorialista se muestra muy crítico con la Sentencia (recordando maliciosamente, de paso, que «la mayoría del Tribunal está compuesta principalmente por representantes de países del Este») y le pide al Tribunal que aprenda la lección dada por Estados Unidos: «Hace algunas décadas, Estados Unidos aprendió, mediante un doloroso proceso, que las políticas gubernamentales y las actitudes sociales podían ser cómplices de que se mantuviera en la misma situación a una clase sometida y que la discriminación podía existir a pesar de que las leyes parecieran justas. Europa no ha aprendido la lección. Desde hace ya un tiempo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se viene mostrando reacio a prohibir prácticas discriminatorias en ausencia de pruebas de la intención de discriminar, permitiendo así que la discriminación se oculte bajo otro nombre. El Tribunal debería aprovechar la oportunidad para actualizar y revertir una decisión que ha dejado a las relaciones raciales europeas bastante atrasadas con respecto a la realidad que se vivía en Estados Unidos en 1954». El *New York Times* exagera, obviamente, porque el Tribunal de Estrasburgo no marca el estándar máximo de protección de los derechos en Europa, sino, justamente, el mínimo (y por ello no ostenta una posición equivalente a la del Tribunal Supremo Federal norteamericano). Pero acierta en su tesis de la «discriminación oculta», que yo preferiría llamar más técnicamente «indirecta». Sobre esto me remito a la argumentación del presente capítulo.

ción racial en relación con el derecho a la educación de dieciocho niños gitanos. En efecto, el Tribunal consideró contrario al artículo 14 del Convenio el envío de estos niños a colegios especiales para discapacitados mentales sin perspectiva educativa alguna (práctica sistemática allí, puesto que el 75 % de los niños gitanos van a este tipo de centros, según datos aportados por el propio gobierno checo). Por fortuna, la Gran Sala revocó la Sentencia citada mediante la decisión *DH y otros* contra la República de Chequia, de 13 de noviembre de 2007. Esta última Sentencia marca un hito en la protección de las minorías raciales por parte del Tribunal de Estrasburgo. Esta institución se toma en serio por primera vez con carácter general la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) revocando la citada Sentencia de Sala del mismo Tribunal, de fecha 7 de febrero de 2006.

La Sentencia de 2006, ahora revocada, no es, sin embargo, sorprendente porque la aproximación del TEDH al concepto de prohibición de discriminación en general del artículo 14 del Convenio y a la racial en particular había sido hasta el momento, aun reconociendo algunos avances⁵⁷, más bien rutinaria, contenida, formalista y con tendencia a ser *race-blind*, esto es, indiferente al factor racial. La igualdad entre grupos étnicos no parece estar entre los núcleos principales de interés del Tribunal, cuya jurisprudencia en este punto, hasta la Sentencia de 2007, es llamativamente pobre desde un punto de vista técnico. En efecto, la lectura que, con carácter general, hace el Tribunal de la cláusula anti-discriminatoria del artículo 14 del Convenio venía siendo la siguiente:

1. Discriminar es «tratar de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones sustancialmente similares». La Sentencia que el Tribunal últimamente cita como *leading-case* de esta doctrina es *Willis* contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2002⁵⁸. En un célebre caso, *Thlimmenos* contra Grecia, de 6 de abril de 2000, el Tribunal parece acoger también la denominada «discriminación por indiferenciación», es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no

57. Particularmente destacable es el giro de tendencia que supuso la STEDH *Nachova y otros* contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005 en relación con las agresiones racistas de agentes públicos.

58. Un asunto en el que el Tribunal estimó lesionado el derecho de propiedad privada (art. 1 del Protocolo Adicional Primero) en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14) por el hecho de que las pensiones de viudedad se concedieran a las mujeres pero no a los varones.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

se trata jurídicamente igual a los iguales, pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados. Sin embargo, esta última doctrina, que exigiría tratar jurídicamente mejor a cualquiera que, en una situación comparable, esté de hecho peor (y, por tanto, que consagraría un principio, por así decir, *activo* del Estado social y de la igualdad de oportunidades) no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto *Thlimmenos*, creemos que únicamente para alcanzar una solución justa en ese caso⁵⁹. Más allá de él, no le aventuro un gran futuro.

2. Los Estados miembros disfrutan de «un cierto margen de apreciación» a la hora de valorar si, y con qué alcance, las diferencias en otras situaciones similares justifican una diferencia de trato, pero la decisión final sobre su conformidad con las exigencias que establece el Convenio pertenece al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
3. El artículo 14 del Convenio no tiene existencia independiente, puesto que sólo puede ser alegado junto con otro de los derechos reconocidos en el Convenio; aunque no es necesario que el Tribunal estime una violación de éste para poder apreciar la existencia de discriminación (esto es, tiene una cierta autonomía que podríamos llamar de «segundo grado», una vez apreciada la vinculación de la prohibición de discriminación con cualquier otro derecho del Convenio). La aplicación del artículo 14 es, además, «subsidiaria»⁶⁰ en relación con los demás derechos del Convenio porque si el Tribunal constata la vulneración de éstos, no es preciso que examine su lesión respecto de la prohibición de discriminación. El Tribunal afirma que el artículo 14, aunque no tenga existencia independiente, «juega un importante papel complementario» del resto de derechos (*Timishev* contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005).

Así, pues, en apretada síntesis, podríamos contraer la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la prohibición de discriminación del artículo 14 a la siguiente fórmula: discriminación como diferencia jurídica de trato

59. El asunto era bastante claro. Al señor Thlimmenos se le impedía legalmente el acceso a la función pública de censor jurado de cuentas porque había sido condenado penalmente con anterioridad; pero lo había sido porque, como testigo de Jehová, se había negado a llevar uniforme militar. El Tribunal sostiene que no hay justificación objetiva y razonable para no tratar al señor Thlimmenos de modo distinto al de otras personas condenadas por delito grave y, por tanto, habría violación del art. 14 del Convenio en relación con el derecho de libertad religiosa del art. 9.

60. ROCA, 2006, p. 693. Así lo viene expresando el Tribunal desde *Airey* contra Irlanda, de 9 de octubre de 1979.

no razonable/aplicación amplia y muy generosa de la doctrina del margen estatal de apreciación/y función complementaria y subsidiaria del artículo 14.

No compartimos en absoluto esta interpretación de la cláusula anti-discriminatoria del artículo 14 del Convenio de Roma, que calificaríamos como «de baja intensidad», aunque hay que reconocer su coherencia interna. Al no distinguir el concepto general de «igualdad» (como razonabilidad jurídica del trato diferente) del de prohibición de discriminación por determinados rasgos sospechosos (raza, sexo, etc.), ante los cuales no debería bastar el criterio de la razonabilidad, sino que el juicio debería tornarse más exigente (proporcionalidad, escrutinio estricto, etc.), o dicho con otras palabras, al no distinguir entre discriminación en sentido amplio y en sentido estricto, adoptando en principio un criterio judicial de examen muy deferente hacia la autoridad que establece la diferencia de trato, es lógico que el Tribunal tienda a «inhibir» su juicio a favor de dicha autoridad nacional y que no le asigne a la prohibición de discriminación más que un valor secundario o subsidiario, meramente relacional, respecto del resto de derechos del Convenio.

Recordaremos ahora la necesidad de distinguir entre igualdad en general y prohibición de discriminación por ciertos rasgos como la raza o la etnia, de afirmar el valor sustantivo o autónomo y no meramente relacional de la prohibición de discriminación en sentido estricto y, en coherencia con ello, de endurecer el examen judicial cuando una discriminación de este tipo sea invocada, adoptando un estándar más exigente que el de mera razonabilidad y parcialmente diferente según el rasgo sospechoso en presencia (sexo, raza, orientación sexual, etc.) y el concreto escenario social de conflicto planteado.

El propio Consejo de Europa ha intentando levantar el freno que supone el vigente artículo 14 del Convenio y su interpretación por parte del Tribunal Europeo a través de la aprobación del Protocolo n° 12⁶¹, que reconoce una prohibición de discriminación amplia y no como la vigente, circunscrita a los derechos expresamente reconocidos en el Convenio o sus protocolos. El artículo primero de este Protocolo reza: «El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situa-

61. Abierto a la firma el 4 de noviembre de 2000 (en la significativa fecha del quincuagésimo aniversario del Convenio) y que ha entrado en vigor el 4 de octubre de 2005 (en España el 1 de abril de 2005).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción⁶²». En el Informe Aclaratorio oficial de este Protocolo, se pone de manifiesto la escasa operatividad actual del artículo 14 del Convenio⁶³, su incapacidad para distinguir los diversos tipos de discriminación y la escasamente significativa interpretación por parte del Tribunal Europeo de dicha disposición, sobre todo en materia de las discriminaciones raciales y sexuales. En efecto, es llamativa la esquizofrenia que resulta, por un lado, de la intensa actividad desplegada por el Consejo de Europa a favor de la igualdad entre mujeres y hombres y en contra del racismo y la xenofobia y, de otro lado, de la magra jurisprudencia del Tribunal Europeo precisamente en estas sensibles y críticas materias. A partir del Protocolo n° 12, se ponen las bases, por fin, para un desarrollo serio y sin cortapisas de la prohibición de discriminación racial, sexual, etc. también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero en tanto lo nuevo no termina de nacer y lo viejo no acaba de morir, nos encontramos todavía con la estrecha jurisprudencia actual del Tribunal sobre el artículo 14 del Convenio.

Otro punto verdaderamente sorprendente y criticable de esta jurisprudencia radica en que, así como el Tribunal ha venido protegiendo hasta cierto punto la discriminación por orientación sexual, o, sobre todo últimamente, por sexo, o por nacimiento, e incluso por nacionalidad⁶⁴, la tutela frente a las discriminaciones raciales ha sido, sin embargo, escasa, con vacilaciones importantes y con Sentencias tan discutibles la del caso Ostrava.

Antes de la Sentencia Ostrava, se pueden distinguir seis escenarios de conflicto: agresiones racistas por agentes de la autoridad; agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior; expulsión de caravanas; discriminación en frontera; discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados; y discurso racista y libertad de información. Veamos:

62. Como se ve, se mantiene la inercia en el sistema de protección del Consejo de Europa de ir en esta materia un par de pasos por detrás de lo que podríamos denominar «estándar actual de protección de los derechos», ya que se opta por incluir la misma lista que hoy rige en el art. 14 del Convenio, sin añadir otros rasgos sospechosos como la orientación sexual, la edad o la discapacidad. Aunque la lista es abierta, obviamente, la presencia explícita en ella despliega efectos interpretativos directos de relevante significado.

63. Así como la singularidad de que no reconozca un principio general de igualdad (discriminación en sentido amplio), a diferencia del resto de textos internacionales comparables. Bien es cierto que el Tribunal lo halló implícito muy pronto, como «igualdad de trato», desde la seminal Sentencia del caso lingüístico belga de 23 de julio de 1968 (y que, más aún, puede decirse que viene otorgando al art. 14 –en principio, una cláusula de discriminación en sentido estricto– no ese significado, sino el de mera cláusula general de igualdad o de discriminación en sentido amplio; se produce aquí una paradoja interesante).

64. Ver ROCA, 2006, pp. 675-678.

1. *Agresiones racistas por agentes de la autoridad.* Por desgracia, éste sigue siendo todavía el principal escenario de conflicto derivado de la discriminación racial. Tanto por número de Sentencias, como, peor aún, por la gravedad de los ataques dirigido contra los miembros de las minorías étnicas, casi siempre gitanos. En un asunto, *Bekos y Koutropoulos* contra Grecia, de 13 de diciembre de 2005, se trata tan «sólo» de actos de brutalidad policial durante la detención por móviles racistas (afectando por tanto, al derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3 del Convenio), pero en todos los demás los gitanos fueron asesinados por los agentes de la autoridad de países del Este (resultando una lesión, por consiguiente, no sólo de la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio, sino también de este derecho en combinación con la prohibición de discriminación racial del art. 14). En esta serie de casos hay un «antes» y un «después» marcado por el memorable voto particular del magistrado Bonello en la Sentencia *Anguelova* contra Bulgaria, de 13 de septiembre de 2002 y la posterior Sentencia *Nachova y otros* contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005.

Antes del caso *Nachova*, en los asuntos *Velikova* contra Bulgaria, de 18 de mayo de 2000, y *Anguelova* contra Bulgaria, de 13 de septiembre de 2002, el Tribunal se enfrentó a las alegaciones de móviles racistas en las muertes de algunas personas gitanas en dependencias policiales, argumentando del mismo modo: exigiendo una prueba de tales actitudes «más allá de una duda razonable». Un estándar de prueba tan astringente condujo, sin remisión, a que el Tribunal no apreciara discriminación racial (en conexión con la protección jurídica de la vida del art. 2 del Convenio, que sí se consideraba lesionado): «El material ante nosotros no permite al Tribunal apreciar, más allá de una duda razonable, que el asesinato... y la carencia de una investigación significativa fueran motivados por un prejuicio racial». Y eso que el Tribunal, en ambos casos, observó que la alegación por los demandantes del asesinato por móviles racistas «se basaba en razones serias» y que el Estado demandado, Bulgaria, no había ofrecido una explicación plausible a la muerte de las víctimas y a la omisión en la investigación posterior de ciertos aspectos que podrían haber iluminado los hechos.

A la Sentencia *Anguelova* le acompaña, como ya dije, un voto discrepante del magistrado Bonello de gran estatura técnica. Comienza observado que es «inquietante» que el Tribunal Europeo en sus más de cincuenta años de existencia no haya encontrado un solo caso de

violación de la protección jurídica de la vida (art. 2) o frente a la tortura o los tratos inhumanos y degradantes (art. 3) inducidos por móviles racistas. «Leyendo los anales de la jurisprudencia, un observador no informado creerá que Europa carece de cualquier sospecha de racismo, intolerancia o xenofobia». La Europa proyectada por esa jurisprudencia «es un cielo de fraternidad étnica», en el cual «las gentes de los más diversos orígenes conviven sin preocupación, prejuicio o discriminación». Constata también Bonello que de modo regular el Tribunal conoce casos en los que los miembros de una minoría vulnerable son privados de su vida o sufren malos tratos, pero ni una sola vez ha encontrado relación con su etnicidad: «kurdos, musulmanes y gitanos son una y otra vez asesinados, torturados o maltratados, pero el Tribunal no está convencido de que su raza, color, nacionalidad o lugar de origen tengan algo que ver con ello». Con ironía, remata su idea: «el infortunio visita puntualmente a los grupos minoritarios en desventaja, pero sólo como resultado de una feliz coincidencia». La luz roja se enciende ahora, de modo particular, con las sistemáticas violaciones de los artículos segundo y tercero del Convenio de los gitanos en Bulgaria (y no sólo por los casos que finalmente llegan ante el Tribunal, también trae a colación Bonello informes de Amnistía Internacional, de Naciones Unidas y del propio Consejo de Europa sobre el particular).

Bonello sitúa la raíz de este «escape de la realidad» en la regla probatoria de la «duda más allá de lo razonable». A su juicio, el Tribunal, que, como regla general, debe hacer los derechos «practicables y efectivos y no teóricos o ilusorios» (*Artico* contra Italia, de 13 de mayo de 1980), no puede utilizar un estándar probatorio equivalente al que en un Estado se requiere para obtener una condena penal. Esta equivalencia convierte en «ilusoria, ineficaz e inalcanzable» a la protección contra la discriminación⁶⁵ El magistrado discrepante invita, por ello, al Tribunal a «replantear» de modo «radical y creativo» su aproximación a la materia y le propone diversas vías: la técnica de la inver-

65. Bonello sostiene que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos han establecido estándares mucho más razonables. La primera ha afirmado (en *Velásquez Rodríguez* contra Honduras, de 29 de julio de 1988) que «la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal» y el Tribunal norteamericano, como es conocido, una vez que admite la *prima facie* discriminatoria ofrecida por el demandante (los indicios suficientes de discriminación de nuestro Tribunal Constitucional), invierte la carga de la prueba, de modo que corresponde al demandado demostrar que su práctica no es discriminatoria.

sión de la carga de la prueba⁶⁶, o la estimación de la violación del derecho si el Gobierno de que se trate no proporciona la información a la que sólo él tenía acceso⁶⁷, o la presunción de que cuando un miembro de un grupo desventajado sufre daño en un asunto donde las tensiones raciales son altas y la impunidad de los ofensores estatales epidémica, la carga de la prueba de que el suceso no fue étnicamente provocado debería corresponder al Estado. Y, por supuesto, habría también violación del artículo 14 (en relación con el art. 2 o el 3) cuando el Estado no investigue adecuadamente los móviles racistas del ataque a la vida o la integridad física y moral del miembro de una minoría étnica (de modo semejante a como sucede en relación con los derechos de los arts. 2 y 3 del Convenio). Es decir, Bonello propone la acuñación judicial de una dimensión procedimental de protección de la prohibición de discriminación, semejante a la que el Tribunal ha creado en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral.

Lo cierto es que el Tribunal Europeo ha hecho suyas las propuestas del magistrado Bonello a partir de la capital Sentencia *Nachova* y otros contra Bulgaria, de 6 de julio de 2005, en la que afirma que en los casos de privación de la vida en que se alegue prejuicio racista las autoridades estatales han de llevar a cabo «una investigación efectiva» sobre esta conexión; y, más concretamente, tienen «el deber adicional de adoptar las medidas razonables para desenmascarar cualquier motivación racista en un incidente que implique el uso de la fuerza por los agentes estatales». En estos casos, «la carga de probar que no ha habido discriminación corresponde a las autoridades nacionales demandadas»; particularmente en casos de violencia racista, «el gobierno debe probar la ausencia de una actitud subjetiva concreta por parte de las personas afectadas⁶⁸». Añade que la «violencia racial es una ofensa particular a la dignidad humana que, a la vista de sus peligrosas consecuencias, requiere por parte de las autoridades de una vigilancia especial y una reacción vigorosa». En consecuencia,

66. «Una técnica que el Tribunal ha adoptado con éxito cuando la alternativa habría hecho la búsqueda de la verdad imposible», como p. ej., en los casos de desaparición de detenidos una vez conducidos a dependencias policiales, en los que corresponde al Estado ofrecer una explicación satisfactoria.
67. De modo semejante a la protección «procedimental» que el Tribunal ha creado en relación con la protección jurídica de la vida o frente a las torturas y tratos inhumanos.
68. El Tribunal concluyó que se había lesionado el art. 14 en relación con el art. 2 porque las autoridades estatales no investigaron si los hechos podrían haber sido racialmente motivados.

«las autoridades estatales deben usar todos los medios a su alcance para combatir el racismo y la violencia racista, reforzando una comprensión de la democracia como una sociedad en la que la diversidad no es percibida como una amenaza, sino como una fuente de riqueza». *Nachova* es una Sentencia en la que, por fin, el Tribunal se toma en serio la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio de Roma respecto de la violencia racial.

A esta Sentencia la acompaña, empero, el voto particular del magistrado Bratza, que no está de acuerdo completamente con la nueva doctrina y además cree que en el caso concreto no se ha justificado la animosidad racista de las muertes de las dos personas gitanas (y, por tanto, el Tribunal no debería haber hallado la violación del art. 14 en combinación con el art. 2). Y también el del voto discrepante de nada menos que siete magistrados, aunque su divergencia con la mayoría no es porque no creyeran que se había producido esa lesión del artículo 14 en relación con el artículo 2, sino porque consideraban que la carencia de la investigación estatal era sólo uno más de entre los indicios de violencia racial⁶⁹, de modo que la distinción de la dimensión procedimental empleada por la mayoría del Tribunal resultaría inadecuada.

La doctrina *Nachova* es reiterada por el Tribunal en todos los casos semejantes posteriores: *Bekos y Koutropoulos* contra Grecia, de 13 de diciembre de 2005⁷⁰ y *Ognyanova y Chocan* contra Bulgaria, de 23 de febrero de 2006⁷¹. Y también en *Timishev* contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005, aunque el caso no es semejante, como veremos.

2. *Agresiones racistas vecinales y deficiente tutela judicial posterior*. Sólo existe un asunto, el de *Moldovan y otros* contra Rumanía, de 12 de julio de 2005, creemos que razonablemente resuelto. Tras un altercado en el

69. También estarían los hechos de que los disparos se efectuaron en el barrio gitano de la ciudad, que la policía conocía que las víctimas eran gitanos, que la existencia de prejuicios en Bulgaria contra los gitanos está bien acreditada, que el agente que disparó dijo después de hacerlo: «malditos gitanos», etc.

70. Las autoridades no habrían adoptado todos los pasos para investigar si en el origen de los hechos (actos de brutalidad policial durante la detención de dos gitanos griegos) hubo prejuicio racial, por lo que habría habido violación del art. 3 (prohibición de malos tratos) en combinación con el art. 14.

71. La víctima, un gitano, había muerto al caer desde una ventana de una comisaría búlgara. El Tribunal apreciaba una violación del art. 2 del Convenio, pero no del art. 14 en este caso, puesto que, aunque cita la doctrina *Nachova*, a diferencia de los otros casos, no figura en el asunto ninguna concreta indicación de que las actitudes racistas jugaran algún papel en los hechos, ni los demandantes aportaron un solo dato en este sentido.

que resultó muerta una persona, los vecinos emprenden una «represalia» contra la comunidad gitana del pueblo, con diversos actos violentos, quema de viviendas, etc. El Tribunal constata que estos ataques fueron provocados por ser gitanas sus víctimas, así como que las autoridades administrativas y judiciales habían dilatado al máximo la reparación posterior de los daños derivados de la destrucción de las viviendas. «La etnicidad gitana de los demandantes parece haber sido decisiva para el resultado de los procedimientos domésticos» y dado que el Gobierno rumano no ofrece una justificación plausible para esta diferencia perjudicial de trato, el Tribunal Europeo concluye que habría habido violación del artículo 14 en relación con los derechos de los artículos 6 (proceso equitativo) y 8 (respeto a la vida privada y familiar).

3. *Expulsión de caravanas*. Las cinco Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del año 2001 sobre expulsiones, por razones urbanísticas, de los terrenos ¡propios! ocupados por caravanas de gitanos son también profundamente desalentadoras⁷². En el caso *Coster*, por ejemplo, el Tribunal consideró que la vida en caravana forma parte integrante de la identidad gitana, ya que se inscribe en su larga tradición de viajeros, incluso aunque se instalen durante largos períodos en un mismo lugar a fin de, por ejemplo, facilitar la educación de los hijos. Por ello el Tribunal constata que las decisiones de los servicios de ordenación del territorio negando al demandante la autorización de permanecer en el terreno de su propiedad con una caravana, es una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada y familiar (art. 8 CEDH). La cuestión siguiente es determinar si está justificada o no, es decir, si está prevista por la ley (lo que sucede), si persigue uno o varios fines legítimos (en el caso también concurre en forma de protección del medio ambiente) y si es necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales fines. El Tribunal reconoce en este punto un cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales, que se encuentran en principio mejor situadas que él para pronunciarse sobre la situación y las necesidades locales. Y por ello, el Tribunal admite que «no está en disposición de contestar el dictamen emitido por las autoridades nacionales en este asunto, según el cual el uso particular de un terreno suscita objeciones legítimas en materia de ordenación». El Tribunal «no puede ir a todos los lugares para apreciar el impacto de cierto proyecto en una región dada en cuanto

72. Sentencias *Beard*, *Coster*, *Chapman*, *Jane Smith* y *Lee* contra el Reino Unido, todas ellas de 18 de enero de 2001.

a la belleza del lugar, etc.». En consecuencia, «en materia de políticas de ordenación territoriales, las autoridades nacionales gozan en principio de un margen de apreciación extenso». Y aunque el Tribunal observa que «está creciendo un consenso internacional en el seno de los Estados del Consejo de Europa para reconocer las necesidades particulares de las minorías y la obligación de proteger su seguridad, identidad y modo de vida», se confiesa «no convencido de que dicho consenso sea suficientemente concreto como para que se puedan obtener directrices en cuanto al comportamiento o a las normas que los Estados consideren como deseables en una situación dada». Y concreta esta afirmación respecto de la minoría gitana: «la vulnerabilidad de los gitanos [...] implica conceder una atención especial a sus necesidades y a su modo de vida propio». El artículo 8 CEDH «impone, por lo tanto, a los Estados la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar con su modo de vida». En principio, «los gitanos son libres de instalarse en cualquier emplazamiento para caravanas que tengan licencia» y «a no ser tratados peor que cualquier no gitano que desee vivir en una caravana». Sin embargo, «se desprende que no se ha llegado a suministrar un número adecuado de emplazamientos que los gitanos encuentren aceptables y en los que puedan instalar legalmente sus caravanas a un precio a su alcance». Pero de aquí no se deriva la obligación para el Reino Unido de «poner a disposición de la comunidad gitana un número adecuado de emplazamientos debidamente equipados». Por ello, el Reino Unido no habría violado el artículo 8 del Convenio.

La Sentencia es acompañada por un Voto Particular suscrito por siete Jueces, entre ellos el de J. A. Pastor Ridruejo, que sí consideran que se ha violado el derecho a la vida privada y familiar del recurrente, pues «no se han indicado otros lugares en la región que ofrezcan emplazamientos libres en los que los demandantes hubieran podido instalarse»; por este motivo, la medida de expulsión es desproporcionada. Nos resulta más consistente este voto discrepante que la opinión mayoritaria. El Tribunal no cree que lesione el derecho al respeto de la vida privada y familiar la prohibición administrativa de instalarse con una caravana en una parcela de titularidad propia en atención a que se estropea el paisaje. La alternativa propuesta por el Estado era el hacinamiento de caravanas en lugares especiales, lo cual, sea dicho de paso, recuerda a otras épocas ominosas (en nuestra opinión, la política segregacionista es en sí misma sospechosa de discriminación: lo veremos también en relación con *DH* y *otros* contra

República Checa), pero ni siquiera está disponible para todos los que la desean. De modo que el Tribunal reconoce que el asentamiento de gitanos en caravanas está protegido por el artículo 8 del Convenio de Roma, pero ni invalida que se impida al recurrente hacerlo en su propiedad (porque el Estado tiene un amplio margen de apreciación) ni halla ilegítimo que tampoco pueda instalarse en algún lugar habilitado para ello (porque eso sería tanto como convertir los derechos del art. 8 en derechos de prestación). Resultado: el recurrente tiene un derecho con un simple recubrimiento formal pero sin contenido, ya que no puede de ningún modo ejercerlo. Un inexistente pero efectivo derecho al paisaje lo ha derrotado.

4. *Discriminación en frontera.* En el asunto *Timishev* contra Rusia, de 13 de diciembre de 2005, el Tribunal examina la negativa a admitir «chechenios» en una frontera rusa. Naturalmente, concluirá que se trata de una desigualdad de trato en el ejercicio de la libertad de circulación basada en el origen étnico y, por tanto, violatoria del artículo 14 del Convenio (en relación con el art. 2 del Protocolo n° 4). Pero esta Sentencia, más allá del fallo, tiene cierto interés doctrinal. Como, por ejemplo, la distinción que traza entre «raza» y «etnia»: ambos conceptos «están conectados y se solapan». Mientras que «la noción de "raza" tiene como fundamento la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en sub-especies de acuerdo a rasgos morfológicos como el color de la piel o las características faciales», la «etnicidad tiene su origen en la idea de grupos sociales marcados por una común nacionalidad, afiliación tribal, fe religiosa, lengua compartida, orígenes culturales o tradicionales».

Esta Sentencia reitera la doctrina *Nachova*, pero añade una afirmación de interés: «Ninguna diferencia de trato que se base exclusivamente o de modo decisivo en el origen étnico de una persona es capaz de constituir una justificación objetiva en una sociedad democrática contemporánea construida sobre los principios de pluralismo y respeto por las diferenciales culturales». Esta tesis está guiada por una buena intención, y tiene sentido en relación con la prohibición de las discriminaciones directas e indirectas (esto es, de todo trato que perjudique a los miembros de un grupo étnico únicamente por su pertenencia al mismo), pero es poco reflexiva porque, tomada al pie de la letra, impediría por completo las diferencias jurídicas de trato que, como las acciones y/o las discriminaciones positivas, pretendieran igualar las oportunidades de las minorías étnicas respecto del grupo social mayoritario. Un trato jurídico idéntico consolidaría la

diferente situación fáctica de unos grupos y otros dentro de una sociedad. La afirmación sólo tiene sentido respecto de los tratos jurídicos desfavorables para la minoría racial, no para los favorables.

5. *Discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados*. Son de interés tres Sentencias. La primera en el tiempo es *Remli* contra Francia, de 30 de marzo de 1996. Un acusado de origen norteafricano alegó que había oído a un miembro de su jurado decir «soy racista». Sin embargo, el tribunal se negó a considerar siquiera la recusación del jurado con la única afirmación de que no podía tomar conocimiento de hechos ocurridos fuera de su presencia. El Tribunal Europeo, tras indicar que «el art. 6.1 impone la obligación a cada tribunal nacional de controlar que, una vez constituido, sigue siendo imparcial», estimó que el tribunal francés no lo hizo, al no permitir la posibilidad de impugnar al jurado racista, y, por consiguiente, produjo una violación de tal precepto. Una situación semejante en un juicio por jurados, pero no idéntica, se produjo en *Gregory* contra Reino Unido, de 25 de febrero de 1997. El Tribunal de Estrasburgo observó que, a diferencia de lo sucedido en *Remli*, donde el juez no adoptó reacción alguna frente a la alegación de la declaración racista de un jurado anónimo (que notificó al juez que algunos compañeros jurados habían mostrado, en las deliberaciones internas, actitudes racistas —el acusado era de raza negra—), el juez británico sí hizo frente, por varias vías⁷³, a una alegación de racismo de un jurado que, aunque vaga e imprecisa, parecía no carecer de fundamento (y, por tanto, no hubo lesión del art. 6.1). Por último, *Sander* contra Reino Unido, de 9 de mayo de 2000, planteó un supuesto casi idéntico al de *Gregory*, aunque con algunas divergencias significativas. En ese asunto un miembro del jurado comunicó al juez que otros dos jurados habían proferido chistes y expresiones racistas contra el acusado, de origen asiático. Si bien poco después todos los miembros del jurado manifestaron por escrito que tal crítica era infundada, uno de ellos confesó haber contado chistes racistas sobre el acusado. El Tribunal Europeo afirmó que tales bromas no podían considerarse a la ligera, y mucho menos en el contexto de un proceso penal (otra cosa sería en una «atmósfera informal o íntima»). Dada «la importancia que los Estados miembros otorgan a la necesidad de combatir el racismo», el Tribunal consideró que el juez «debía haber reaccionado de modo más con-

73. Sobre todo, hablando con los abogados de defensa y acusación y recordando enérgicamente al jurado (sin mencionar expresamente las palabras «prejuicio racial») que debían alejar de sus mentes «cualquier clase de prejuicio».

tundente» (pues no se llegó a descartar a ningún jurado). Al no hacerlo, violó los requerimientos de imparcialidad judicial del artículo 6 del Convenio.

Así pues, en este punto sí se observa un Tribunal Europeo exigente que utiliza el microscopio judicial para evitar que los prejuicios raciales contaminen de modo alguno la imparcialidad del órgano juzgador. La seriedad con que el Tribunal aborda la interpretación del artículo 6 del Convenio (la independencia e imparcialidad judicial) atrae esta exégesis rigurosa, que contrasta con la débil protección general contra la discriminación racial que lleva a cabo en otros escenarios de conflicto.

6. *Discurso racista y libertad de información.* En la controvertida Sentencia *Jersild* contra Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994, el Tribunal Europeo consideró contraria a la libertad de informar del artículo 10 del Convenio de Roma la sanción penal que las autoridades danesas habían infligido a un periodista de televisión por un reportaje en el que entrevistaba a portavoces de un grupo racista danés, los *Greenjackets*, en el que éstos vertían afirmaciones como que «los negros no son seres humanos, sino animales» y «se parecen a gorilas». La Sentencia, a pesar de que enfatiza «la vital importancia de combatir el discurso racista en todas sus formas y manifestaciones», entiende, sin embargo, que la libertad de informar juega un papel esencial en el sistema democrático, que el periodista no tenía una intención racista y que se había limitado a transmitir tales intolerables contenidos desde una posición neutral o no incentivadora de las declaraciones (acogiendo así el Tribunal la doctrina del reportaje neutral), por lo que finalmente ampara al profesional de la información. Bien es verdad que hasta seis magistrados presentaron dos votos discrepantes alegando que «la protección de las minorías raciales no puede tener menor peso que el derecho a informar». El asunto dista de estar claro, pero, en el contexto de la jurisprudencia del Tribunal, no resulta raro que en el balance de intereses pierda, de nuevo, la discriminación racial.

En conclusión, por tanto, hay que reconocer que algunos escenarios de conflicto están mejor resueltos que otros, aunque la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de discriminación racial se ha ido expandiendo y ganando en intensidad (sobre todo a partir de la reciente Sentencia *Nachova*, de 2005). El asunto *DH y otros* contra la República Checa vino, sin embargo, en un primer momento, a romper esa tendencia de mayor protección hacia las minorías étnicas y raciales, llevando al Tribunal a regresar a la aproxima-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ción fría, formalista y *race-blind* que el sostuvo habitualmente antes del asunto Nachova.

En el caso de *DH y otros* contra la República Checa, de 7 de febrero de 2006, el Tribunal Europeo desestima una demanda contra ese Estado presentada por dieciocho nacionales pertenecientes a la comunidad gitana por discriminación racial o étnica en el ejercicio de su derecho de educación. Entre 1996 y 1999 los demandantes fueron ubicados en escuelas especiales en Ostrava, bien directamente o bien tras un primer período de formación en una escuela ordinaria de primaria. Las escuelas especiales son una categoría de escuelas especializadas dirigidas a niños con dificultades de aprendizaje incapaces de asistir a las escuelas ordinarias. La decisión de enviar a un niño a una escuela especial es tomada por el director de la escuela tras un examen que mide la capacidad intelectual del niño (formulado y evaluado por un Centro de psicología y orientación educativas), y requiere el consentimiento de los padres o representantes legales del menor.

Los padres de los demandantes habían consentido enviar a sus hijos a las escuelas especiales, pero en un momento posterior solicitaron a la autoridad educativa de Ostrava que reconsiderara esta decisión porque desconfiaban del examen realizado para medir la capacidad intelectual de sus hijos y porque no habían sido suficientemente informados de las consecuencias de enviar a sus hijos a una escuela «especial». La autoridad denegó la solicitud alegando que no cumplía con los requisitos formales legalmente previstos para apelar la decisión (se había presentado de modo extemporáneo).

Contra esta denegación plantearon una demanda constitucional invocando como argumento principal que habrían sufrido una discriminación *de facto* en el funcionamiento general del sistema educativo. Para superar el obstáculo formal que había permitido a la autoridad educativa rechazar su demanda, razonaban que su caso implicaba una violación continua de sus derechos y que afectaba a intereses generales, más allá de los personales. Sostenían, en efecto, que el sistema educativo había provocado *de facto* una segregación racial, manifestada en la existencia de dos sistemas educativos independientes para miembros de grupos raciales diferentes, escuelas especiales, sobre todo para los Roma o gitanos, y escuelas ordinarias para la mayoría de la población. Este trato diferenciado no tendría una justificación objetiva y razonable y privaría a los primeros de su derecho a la educación, ya que el currículo obtenido en las escuelas especiales era inferior al de las ordinarias y sus estudiantes eran incapaces de retornar al sistema principal de educación.

El Tribunal Constitucional checo desestimó la demanda por entender

que no era su papel hacer valoraciones de tipo social y político sobre cuál es la mejor forma de organizar el sistema educativo y sus efectos sociales (y, por tanto, carecía de jurisdicción) y que los demandantes no habían aportado pruebas concretas en apoyo de sus alegaciones, además de que no habían ejercido en su momento su derecho de apelación contra la decisión de reubicar a sus hijos en las escuelas especiales (y, por tanto, la demanda era manifiestamente infundada).

Con estos antecedentes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examina la posible violación de la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH en relación con el derecho a la educación del artículo 2 del Protocolo primero⁷⁴.

Comienza recordando, en primer lugar, su jurisprudencia general sobre el artículo 14: discriminación como diferencia de trato no razonable y margen amplio de apreciación estatal.

El Tribunal observa que la demanda se apoya en argumentos serios. También hace notar que diversas organizaciones, incluidas algunas del propio Consejo de Europa⁷⁵, han manifestado su preocupación por que los niños gitanos checos sean confinados en escuelas especiales y por su dificultad en acceder a las escuelas ordinarias. Pero el Tribunal, haciendo suyo el argumento del Tribunal Constitucional checo, afirma que no es su papel evaluar el contexto social en su conjunto, sino que debe limitarse a examinar las demandas individuales presentadas ante él en el caso concreto para determinar si la ubicación de los demandantes en escuelas especiales se debió a razones de origen étnico o racial. Y recuerda que si una determinada política despliega efectos perjudiciales sobre un grupo concreto, puede ser considerada discriminatoria aunque no se dirija específicamente a ese grupo; sin embargo, «las estadísticas no son por sí mismas suficientes para revelar una práctica como discriminatoria» (*Jordan* contra Reino Unido, de 4 de septiembre de 2001). Este argumento es central para la resolución del caso. Volveremos sobre él más adelante.

También sostiene, antes de entrar en el fondo del asunto (aunque, claramente, de un modo que le va preparando el sentido desestimatorio del fallo), que la fijación del sistema y del currículo escolar es competencia, en princi-

74. «A ninguna persona se le denegará el derecho de educación. En el ejercicio de las funciones que asuma en relación con la educación y la enseñanza, el Estado deberá respetar el derecho de los padres a asegurar tal educación y enseñanza de conformidad con sus propias convicciones religiosas y filosóficas».

75. Así, p. ej., la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). En su opinión discrepante, el Juez Cabral Barreto llamará a estrados a uno de sus Informes sobre la República Checa (el tercero, de 2004).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

pio, de los Estados miembros. Esta organización puede legítimamente variar en el tiempo y según el país (*Valsamis* contra Grecia, de 18 de diciembre de 1996⁷⁶). Respecto de alumnos con necesidades especiales, el Tribunal acepta que la elección entre específicos tipos de escuela para cada uno con centros altamente especializados o centros unificados con secciones especiales no es fácil ni puede hallarse una solución ideal. Implica un difícil ejercicio de valoración de los intereses contrapuestos en presencia. El Tribunal invoca aquí de nuevo la doctrina del margen de apreciación estatal para remitir a los Estados tal valoración.

Situada la *litis* desde este marco, muy contemporizador en línea de principio con las políticas educativas estatales (tanto que no haría falta seguir leyendo el resto de la Sentencia para adivinar cuál será el fallo), el Tribunal entra a examinar el asunto en concreto, formulando los siguientes argumentos:

1. El Gobierno checo ha demostrado que el sistema de escuelas especiales en el país no fue introducido sólo para atender a los niños gitanos y también que hace considerables esfuerzos para ayudar a ciertas categorías de alumnos a conseguir una educación básica. El Tribunal da por buena la tesis gubernamental de que el criterio para seleccionar a los demandantes no fue su raza ni origen étnico, sino sus dificultades para el aprendizaje, puestas de manifiesto por tests psicológicos.
2. La Sentencia insiste en este último aspecto, que podríamos denominar «técnico» de la cuestión. Si el propósito legítimo de las autoridades checas es adaptar el sistema educativo a las necesidades, aptitudes y dificultades de los niños, es lógico que sean los expertos en psicología educativa los únicos que puedan identificarlas. El Tribunal hace notar que nadie en el curso del proceso había cuestionado que los tests en el caso concreto hubieran sido administrados por profesionales cualificados (aunque los demandantes habían alegado que no existen reglas uniformes sobre la elección de tales pruebas o sobre la

76. En este asunto, un niño griego de 12 años, testigo de Jehová, no acude a la parada celebrada con ocasión de la celebración de Día Nacional alegando razones de corte pacifista derivadas de su convicción religiosa, por lo que es sancionado con un día de suspensión escolar. El Tribunal no cree que esto lesione ni su derecho a la educación ni su libertad religiosa porque el significado de esa celebración no es militar, sino de exaltación de la libertad, la democracia, etc. Ahora bien, la Sentencia afirma que, aunque «no es tarea del Tribunal examinar las decisiones del Estado griego sobre el currículo educativo», resulta sorprendente que se castigue a los alumnos con un día de suspensión escolar por no asistir a una parada que se realiza fuera del recinto escolar y en día de fiesta. Este caso no es, evidentemente, comparable al del asunto Ostrava.

interpretación de los resultados). No se había demostrado tampoco que los psicólogos hubieran adoptado una actitud subjetiva determinada (prejuicio, hostilidad, etc.).

3. El Tribunal se cuida de no olvidar que los padres no habían presentado en su momento reclamación alguna contra la decisión de enviar a sus hijos a las escuelas especiales, a pesar de haber recibido una «clara información escrita» informándoles de ese hecho y de las posibilidades de impugnación. Más aún, todos dieron su consentimiento e incluso algunos padres pidieron expresamente que enviaran a sus hijos a una escuela especial. La Sentencia opone un estándar de diligencia parental (una suerte de diligencia de buen padre de familia, sin llamarla así) a la alegación de los padres de que su consentimiento no había sido, en realidad, (bien) informado: «era responsabilidad de los padres, como parte de su deber natural de asegurar que sus hijos reciban una educación, averiguar las oportunidades educativas ofrecidas por el Estado, cerciorarse de que ellos prestaban su consentimiento al envío de sus hijos a una escuela especial y, si fuera necesario, plantear una oportuna reclamación».
4. A partir del hecho de que cuatro de los demandantes lograron entrar más tarde en la escuela ordinaria, el Tribunal encuentra pruebas de que, a diferencia de lo que sostenían los demandantes, la transferencia a las escuelas especiales no es un hecho irreversible.

En conclusión, y a pesar de tener en cuenta que los datos estadísticos «son preocupantes» y que la situación general de la educación de los niños gitanos en la República Checa «no es perfecta», el Tribunal encuentra que las medidas adoptadas en este caso contra los demandantes no son discriminatorias, esto es, que el envío de los niños a las escuelas especiales haya sido el resultado de un prejuicio racial. Y, por tanto, no habría habido violación del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 2 CEDH.

Así pues, el Tribunal se niega inicialmente a innovar en el asunto Os-trava, aunque habría sido una ocasión perfecta para ello. Todas las Sentencias anteriores examinaban discriminaciones directas (bastante «gruesas» por lo demás). Ahora tenía ante sí, por primera vez, un asunto de discriminación indirecta.

Como es sabido, se produce una discriminación indirecta cuando la aplicación de un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro (en este caso, sería la capacidad intelectual de los niños en relación con el acceso a un tipo u otro de escuela) o no «sospechoso» (es decir, no basado en la raza) produce un resultado significativamente negativo o perjudicial respecto de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la minoría racial en desventaja (en este caso, la segregación de la gran mayoría de los niños gitanos) en comparación con el grupo social mayoritario. Por eso se las llama también «discriminaciones de impacto» (frente a las discriminaciones de trato o directas). El caso Ostrava es una patente discriminación indirecta o de impacto.

El concepto de discriminación indirecta es una creación del Tribunal Supremo Federal en la Sentencia *Griggs versus Duke Power Company*, de 8 de marzo de 1971 (ponente Burger, Presidente del Tribunal a la sazón). Se debatía en este caso si era conforme a la Constitución la práctica empresarial de una compañía de electricidad de Carolina del Norte de exigir para la contratación y/o la promoción haber completado los estudios secundarios y/o realizar dos test de inteligencia general, lo cual en la práctica perjudicaba a la comunidad negra. El Tribunal observó que estas medidas no tenían que ver con un mejor desempeño del trabajo y, con carácter general, sostuvo que prácticas como éstas, «incluso aunque fueran neutrales en su intención» (y no racistas), no pueden mantenerse «si sirven para "congelar" el *statu quo* de anteriores prácticas discriminatorias en el empleo». Hay que mirar «a las consecuencias» de la política empresarial y «no sólo a su intención». De modo que si una medida sirve en la práctica para excluir a los negros y no puede demostrarse su utilidad, debe prohibirse. Salvadas las distancias, el asunto Griggs tiene significativos puntos en común con el caso Ostrava. En ambos casos la clave del caso gravita en torno a un test en apariencia neutral (o no discriminatorio por razón de la raza), pero que, de hecho, viene a perjudicar sensiblemente a una minoría racial en particular (en un caso impidiendo el acceso al trabajo o su promoción, en otro, el acceso a una educación de calidad o, al menos, «normal»). En ambos casos parece irrelevante la intención discriminatoria (que es un argumento central de la mayoría del Tribunal Europeo, discutiblemente, además, porque, insisto, el criterio decisivo para apreciar una discriminación indirecta no es la intención de quien establece la diferencia de trato, sino el resultado de ésta).

Pero hay un punto crucial de distinción que conduce a que los fallos sean diametralmente opuestos: en el caso Griggs se da un gran valor a las estadísticas que miden el «impacto» diferenciador perjudicial para la minoría en comparación con el grupo social mayoritario (así, se recuerda que en la empresa trabajaban 95 empleados, sólo 14 de ellos negros, concentrados en un departamento en el que cobraban menos que el resto y del que muy difícilmente podían salir, y en la nota a pie de página sexta se constata que en Carolina del Norte en 1960 mientras que el 34 % de los hombres blancos tenían estudios secundarios, sólo el 12 % de negros lo habían alcanzado; y mientras que el 58 % de los hombres blancos superaban los test, tan sólo el

6 % de los negros lo conseguían), mientras que, por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se niega a conceder valor alguno a las estadísticas. De este modo es imposible reconocer discriminación indirecta alguna, porque precisamente los datos estadísticos son los únicos que pueden reflejar, como una fotografía, la eventual discriminación (esto es, el trato jurídico diferente y perjudicial para la minoría). El Tribunal Europeo invoca aquí como antecedente para invalidar los datos estadísticos la criticable doctrina (en los términos que he venido exponiendo) que acuñó en el asunto *Jordan* contra Reino Unido, de 4 de agosto de 2001. Este caso versaba sobre el homicidio de un irlandés católico por fuerzas de seguridad británicas en Irlanda del Norte. El Tribunal sí encontró violación del artículo 2 del Convenio (porque las autoridades británicas no investigaron efectivamente las circunstancias de la muerte), pero, seguramente por no herir la susceptibilidad de los británicos o por no alargar más la Sentencia, concluyó, un tanto lateralmente y sin mayor cuidado, la doctrina que más tarde cita en el caso *Ostrava*: «la estadística no puede por sí misma calificar una práctica como discriminatoria en los términos del art. 14»⁷⁷. Esta tesis, que, más o menos⁷⁸, puede tener cierto sentido en el caso *Jordan* en la medida en que ya se había condenado a las autoridades británicas por violación del artículo 2, es profundamente perturbadora en su aplicación al caso *Ostrava*, porque impide de raíz al Tribunal apreciar la discriminación de impacto existente.

En resumidas cuentas, al Tribunal Europeo no le pareció inicialmente discriminatoria una medida que provocaba que la mayoría de niños gitanos de un país acabasen en guetos educativos especiales, en los que convivían, además, con niños con serias discapacidades para el aprendizaje. No importaba que se tratase de una práctica segregacionista especialmente grave por los sujetos que la padecen, los niños, y por el objeto al que se refiere, la educación (con el agravante de que es la primaria). Y encima, al no reconocer la discriminación estructural en el caso *Ostrava*, el Tribunal eligió «echar sobre las espaldas de los padres» (iletrados la mayoría) la carga de impugnar el sistema, sin tener en cuenta el consentimiento apenas informado de éstos. Evidentemente, tampoco otorgó ningún peso el Tribunal al hecho de la persecución racista que sufrían muchos niños gitanos en las escuelas ordinarias,

77. En el asunto *Jordan*, observa que «hay pruebas estadísticas» de que los católicos y nacionalistas reciben peor trato policial en Irlanda del Norte y de que son más disparados por la policía, pero no ha encontrado pruebas de que los homicidios resultantes impliquen un uso ilegal o excesivo de la fuerza por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad y, por tanto, no habría lesión del art. 14 en relación con el art. 2.

78. De nuevo estamos en presencia de la aproximación *race-blind* escasamente garantista de la prohibición de discriminación étnica o racial.

lo que motivaba en no pocos casos la decisión de sus padres a favor de las escuelas especiales. El caso *Ostrava* parecía, pues, exhumar la ominosa doctrina *Plessy* «separados pero iguales»⁷⁹.

Por la vía del artículo 43 CEDH, que permite, en «casos excepcionales» (por su importancia social, como éste, apreciada previamente por un colegio de cinco jueces) el «reexamen» de las Sentencias de Sala, la Gran Sala del Tribunal ha reexaminado el asunto, argumentando y concluyendo de modo diametralmente diferente. En su voto discrepante, el Juez español J. Borrego compara esta Sentencia con un «coche de Fórmula 1», que se distancia con rapidez de la jurisprudencia anterior del Tribunal. Él juzga esta «arrancada» de modo negativo, pero personalmente creemos todo lo contrario: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incorpora por primera vez en el ámbito de la discriminación racial (ya lo había hecho antes en relación con la discriminación sexual) las categorías del Derecho Antidiscriminatorio que usualmente utilizan tanto el Derecho de la Unión Europea (al que cita en apoyo expresamente en el texto) como en el Derecho norteamericano, del que procede, por ejemplo, el concepto de «discriminación indirecta» que es clave en el asunto resuelto. Esta Sentencia actualiza y pone al día la obsoleta categorización que en materia de igualdad y prohibición de discriminación venía manejando hasta ahora el Tribunal de Estrasburgo. Por primera vez aprecia una discriminación racial indirecta; por primera vez se aplica a este campo el valor probatorio de las estadísticas; por primera vez se incorpora el concepto de interpretación judicial estricta (que en el Derecho norteamericano se llama *strict scrutiny test*) en relación con la discriminación racial; por pri-

79. Como es fama, el Tribunal Supremo federal de Estados Unidos dictó en 1896 la Sentencia *Plessy versus Ferguson*, que consagró la regla «separados pero iguales» y decidió que una ley que permite la segregación racial bajo condiciones separadas pero iguales no viola la garantía constitucional de la protección igualitaria de las leyes. Se trataba de una ley de Louisiana que segregaba racialmente a los pasajeros de los ferrocarriles. El Tribunal sostuvo que la mera distinción legal entre blancos y negros no destruye la igualdad ni convierte a una en sierva de la otra y que la enmienda decimocuarta no pretende una igualdad social distinta; las leyes que imponen la separación (explicó) no implican establecer que una raza es superior o inferior a la otra; simplemente son actos del poder de Policía de un Estado (¿hay aquí un intento de argumentación «técnica» o «neutral», y un subrayado de la falta de intención de discriminar, como en el caso *Ostrava*?) Hubo que esperar hasta 1954, al caso *Brown c/Board of Education* para que la mayoría, basándose en el voto disidente del juez Harlan en el caso *Plessy*, abandonara definitivamente la regla segregacionista. El Tribunal afirmó que «separar a unos niños de otros, de edad y calificaciones semejantes sólo a causa de su raza, genera un sentimiento de inferioridad acerca de su condición en la comunidad, sentimiento que puede afectar a sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente nunca podrá ser reparado». Creemos que estas palabras son perfectamente aplicables al caso *Ostrava*.

mera vez se ordena invertir la carga de la prueba en casos de discriminación racial indirecta o de impacto. Por eso, esta decisión es importante no sólo por la solución que presta al conflicto concreto planteado, sino, sobre todo, por la doctrina general que establece respecto de la discriminación racial, aplicable en todos los casos sucesivos. Estamos, pues, en presencia de lo que (también en la cultura jurídica anglosajona) se conoce como un *leading-case*, una Sentencia que establece la doctrina a aplicar en el futuro.

También con carácter general, procede llamar la atención sobre el hecho de que el Tribunal constata la situación social en desventaja de la comunidad gitana como criterio de interpretación del asunto. Literalmente, sostendrá (ap. 181): «La posición vulnerable de los gitanos exige que se consideren de modo especial sus necesidades y estilos de vida diferentes en los marcos regulatorios generales y en las decisiones sobre casos particulares». Es preciso, continúa la Sentencia, «salvaguardar los intereses de las minorías», pero también «preservar una diversidad cultural que tiene valor para toda la sociedad».

La Sentencia de la Gran Sala imprime un giro copernicano a la Sentencia de 2006, recordando que aunque la jurisprudencia del Tribunal «en el pasado» había negado eficacia a las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes sobre discriminación (por sexo) el Tribunal se apoyó en las estadísticas para identificar una diferencia de trato de grupos (mujeres y hombres) en situaciones similares. Concretamente, en la Sentencia *Hoogendijk* contra Holanda, de 6 de enero de 2005, afirmó que: «Cuando un demandante es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, la existencia de una indicación *prima facie* de que una regla específica (aún formulada de una manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo. Si la carga de probar que una diferencia de impacto entre hombres y mujeres no es una práctica discriminatoria no correspondiera al Gobierno demandado, sería extremadamente difícil para los demandantes probar la discriminación indirecta».

El Tribunal traslada esta metodología, punto por punto, desde el ámbito de la discriminación sexual al racial: Primero, la supuesta víctima de discriminación deberá aportar un principio de prueba, con la ayuda de estadísticas, de que existe una discriminación de impacto (o indirecta), esto es, una diferencia de trato entre dos grupos similarmente situados, a pesar de que el criterio de diferenciación no sea el racial, sino uno «neutro» (en este caso, serán las capacidades y necesidades educativas de los niños). No es necesario

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

probar la existencia de una intención discriminadora por parte de la autoridad implicada. Segundo, esta alegación provocará una inversión de la carga de la prueba, de modo que no será quien alega la discriminación sino el Gobierno demandado el que intente demostrar que la diferenciación de trato (por el diverso impacto, insisto, no porque hay reglas distintas para cada grupo –en cuyo caso estaríamos en presencia de una discriminación de trato o directa–) es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación racial. Tercero, el órgano judicial decidirá a la vista de los argumentos planteados:

1. ¿Existe una diferencia de trato deducible por el distinto impacto de la medida impugnada? La Sentencia constata, en primer lugar, que a consecuencia «de una historia turbulenta», los gitanos se han convertido en un tipo específico de «minoría desventaja y vulnerable» que «requiere una protección especial», sobre todo respecto del derecho a la educación (reconocido en el art. 2 del Protocolo n° 1 del Convenio). Por eso este asunto merece «una atención especial».

Pues bien, el Tribunal concede valor a los datos estadísticos que indican que el 56 % de todos los niños en colegios especiales en Ostrava eran gitanos, aunque éstos sólo constituían el 2,26 % del total de alumnos en escuelas primarias en Ostrava. Además, sólo el 1,8 % de niños de niños no gitanos estaban en las escuelas especiales, mientras que la proporción de niños gitanos ascendía al 50,3 %. El Tribunal observa que el Gobierno checo no cuestionó estos datos y que no aportó otros distintos. Por otro lado, las estadísticas generales de todo el país confirmaban las de Ostrava: del total de alumnos en escuelas especiales, entre el 80 y el 90 % eran gitanos. Esto muestra, a juicio del Tribunal, una imagen más general que lleva a concluir que, incluso aunque las cifras no fueran exactas, el número de niños gitanos en escuelas especiales era desproporcionadamente alto. En consecuencia, estos datos estadísticos pueden considerarse fiables y significativos para probar una fuerte presunción de existencia de discriminación indirecta.

2. Inversión de la carga de la prueba. El Gobierno se defiende. Ante dicha presunción de discriminación indirecta, debe ser el Gobierno checo el que demuestre que la diferencia de impacto de su sistema escolar entre niños gitanos y no gitanos no está relacionada con el origen étnico. O, expresado más técnicamente, que existe una «justificación objetiva y razonable», esto que, que persigue un fin legítimo y que existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Cuando la diferencia de trato

se basa en la raza, añade significativamente el Tribunal (incorporando el criterio de la interpretación judicial estricta), «la noción de justificación objetiva y razonable debe ser interpretada tan estrictamente como sea posible».

Pues bien, el Gobierno checo justifica la diferencia de trato entre niños gitanos y no gitanos en la necesidad de adaptar el sistema educativo a la capacidad de los niños con necesidades educativas especiales. Y concreta la justificación de su política escolar en dos datos (que considera neutros y no discriminatorios por motivos raciales): a) Los niños eran ubicados en colegios especiales como resultado de su baja capacidad intelectual medida con la ayuda de pruebas psicológicas en centros de psicología escolar; y b) La decisión final de derivar a los niños a los colegios especiales dependía del consentimiento de sus padres.

3. Argumentación y conclusiones del Tribunal. La Sentencia no va a considerar justificaciones objetivas y razonables a ninguna de las dos razones esgrimidas por el Gobierno (test psicológicos, consentimiento de los padres):

a) Las pruebas psicológicas. El Tribunal acepta que el sistema de escuelas especiales (que más tarde, por cierto, fue abolido en Chequia, donde en la actualidad todos los niños están en escuelas ordinarias) estaba motivado por el deseo de encontrar una solución para los niños con necesidades educativas especiales. Sin embargo, comparte la inquietud, manifestada en el proceso por otras instituciones del Consejo de Europa sobre el pobre currículo que se seguía en tales escuelas y por la segregación que producía el sistema. Además, los test utilizados eran objeto de controversia científica y no tenían en cuenta las circunstancias específicas de los niños gitanos. El Tribunal concluye que, al menos, es deducible el peligro de que las pruebas psicológicas y sus resultados no fueran analizados a la luz de las circunstancias especiales de los niños gitanos. Y, por ello, no pueden servir como justificación de la diferencia de trato impugnada.

b) El consentimiento de los padres. En las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que los padres de los niños gitanos, que eran miembros de una comunidad en desventaja y con pobre formación, fueran capaces de valorar adecuadamente todos los aspectos de la situación y las consecuencias de su consentimiento. El Gobierno admite que tal consentimiento se prestaba mediante

una firma en un impreso oficial que no aportaba información sobre alternativas o sobre las diferencias de currículo entre las escuelas ordinarias y las especiales. El voto discrepante del Juez español, J. Borrego, considera que esta tesis de la mayoría del Tribunal «es insultante» porque «juzga a los padres como incapaces de educar a sus hijos». No puedo estar de acuerdo con esta objeción porque me parece manifiesta la falta de información que tenían los padres para tomar esa decisión y, sobre todo, como muy bien indica la propia Sentencia, porque los padres gitanos tenían ante sí el dilema de enviar a sus hijos a las escuelas ordinarias, que no estaban preparadas para incorporar las diferencias culturales y sociales de sus hijos, lo que con mucha probabilidad les condenaría inevitablemente al ostracismo, o de enviarles a las escuelas especiales donde se iban a encontrar con otros muchos niños gitanos.

El Tribunal concluye, pues, que ha habido una discriminación de impacto o indirecta, que provoca segregación y menos oportunidades para los niños gitanos. El sistema, tal como se aplicó en la práctica, tuvo un impacto desproporcionadamente perjudicial sobre la comunidad gitana y, en consecuencia, violó la prohibición de discriminación racial del Convenio (art. 14) en relación con el derecho a recibir educación (art. 2 del Protocolo Adicional n° 1).

Creemos, en fin, que se trata de una magnífica Sentencia y no tanto por su aplicación al conflicto concreto (los hechos enjuiciados son ya, de alguna manera, irreparables aunque se produzca una condena dineraria y el sistema escolar ha cambiado posteriormente en Chequia), cuanto por la doctrina general sobre discriminación racial que, por fin, incorpora el Tribunal de Estrasburgo y que, sin duda, será aplicada en casos futuros. Discriminar a los gitanos en Europa será a partir de ahora un poco más difícil.

Se puede concluir, por tanto, que, incluso reconociendo los avances que aportan Sentencias como la de *Ostrava* de la Gran Sala, los perfiles jurídicos de la discriminación racial distan de estar claros en los casos críticos y que, en definitiva, la desigualdad real y efectiva de la minoría gitana, pese a tanta disposición jurídica en contrario, sigue siendo un hecho tozudo, casi inmovible, lo cual obliga a replantearse las estrategias jurídicas contra la discriminación

2.3. LA DISCRIMINACIÓN RACIAL ES LA MÁS ODIOSA

La discriminación racial, escribe DWORKIN⁸⁰, «expresa desprecio y es pro-

80. DWORKIN, 2000, p. 497.

fundamente injusta [...] es completamente destructora de las vidas de sus víctimas [...] no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir». VILLARREAL y WAGMAN han analizado minuciosamente las «dinámicas de la discriminación racial». En la antesala de la práctica discriminatoria subyace siempre un prejuicio que se basa en un estereotipo negativo. Un estereotipo es «la atribución a un grupo de los rasgos y responsabilidades de acciones de personas concretas»⁸¹. No siempre es negativo, como cuando se dice que «los italianos son divertidos» o «los japoneses muy trabajadores». Pero los estereotipos que recaen sobre los gitanos son particularmente negativos: los gitanos serían ladrones, violentos, conflictivos, peligrosos, seres antisociales, criminales, vagos, depredadores de servicios sociales pagados por todos. Incluso los rasgos positivos que se les atribuyen, como el de su amor hacia la libertad y su dominio del arte flamenco, ni son tan positivos, sino ambiguos, pues pueden también leerse en negativo (vagabundos y juerguistas incapaces de trabajar), ni vienen normalmente sino a «legitimar el *corpus* de estereotipos negativos». Los estereotipos contra los gitanos están muy arraigados y extendidos y, en consecuencia, provocan un serio rechazo social hacia ellos, a la vez que dificultan una mínima comunicación para poder debilitarlos. Se fundamentan, además, en una imagen de los gitanos como grupo social homogéneo, lo cual es rigurosamente falso. Por otro lado, los estereotipos negativos o prejuicios «proceden de la creencia, consciente o no, explícita o no, de la superioridad de la cultura mayoritaria». En los prejuicios sociales contra la minoría gitana, suelen operar, según los autores citados, fenómenos como «las profecías que se autocumplen»⁸², «la negación de la existencia de la discriminación», «la culpabilización de la víctima», «la construcción de categorías grupales formalmente no étnicas» y de «chivos expiatorios». VILLARREAL y WAGMAN identifican como «barreras estructurales» la «falta de capacidad de los gitanos para hacerse oír», la carencia «de espacios de contacto y diálogo entre gitanos y no gitanos» y la «segregación para evitar conflictos».

Otro rasgo característico de la discriminación racial, apuntado por DE ASÍS⁸³, es el de su «labilidad»: en efecto, «es fácil encubrir bajo otras apariencias... este tipo de marginación, hasta tal punto que hacen difícilmente perceptible esa discriminación desde el punto de vista concreto aunque pueda

81. VILLARREAL y WAGMAN, pp. 52 y ss.

82. Ponen el ejemplo de los profesores que asumen el prejuicio de que los estudiantes gitanos no quieren o no pueden aprender y, por tanto, hacen poco esfuerzo por enseñarles. Los elevados índices de fracaso escolar subsiguientes sirven equivocadamente como prueba de que la valoración inicial no era un prejuicio, sino el reflejo de una realidad.

83. DE ASÍS, 1985, p. 10.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

sentirse desde el punto de vista social». En nuestra opinión, la STC 13/2001, antes analizada, es un magnífico ejemplo de ello.

Analizar las analogías y diferencias entre la discriminación sexual y la racial también proporciona pruebas de la mayor gravedad o severidad de esta última y su distinta motivación⁸⁴, como sostiene, por ejemplo, SULLIVAN⁸⁵. Esta autora observa cómo, en los Estados Unidos, el derecho de igual protección de las mujeres se ha ido construyendo a partir de la prohibición de discriminación racial. De un lado, «el sexo es como la raza», «visible y generalmente un rasgo inmutable que ha sido utilizado para estereotipar y clasificar, sin atender al mérito individual, en ámbitos que afectan a los beneficios públicos y al orden social de los particulares (educación, empleo, propiedad, etc.)»⁸⁶. Pero, por otro lado, esta analogía está sujeta a ciertas "crisis", porque "el sexo difiere de la raza de modo importante en muchos aspectos" [...] si los jueces deben mostrar una solicitud especial por las "minorías aisladas y sin voz", debería objetarse que las mujeres ni están aisladas, ni carecen de voz ni son minoría»⁸⁷.

La discriminación racial es la más odiosa de todas no sólo porque, como ocurre con los gitanos, afecta a los grupos sociales peor valorados por el resto de la población, sino también porque, de un lado, estigmatiza a sus víctimas y, de otro, porque se vierte sobre «minorías aisladas y sin voz». Veamos:

- a) En el Derecho antidiscriminatorio, la teoría del estigma procede de Kenneth L. KARST⁸⁸. Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Enunciado de modo negativo, el derecho de igual ciudadanía prohíbe a la sociedad tratar a un individuo como un miembro de una casta inferior o dependiente o como un no-participante. En otras palabras, el derecho de igual ciudadanía protege contra la degradación o imposición de un estigma, que es la

84. No es lo mismo, obviamente, el «paternalismo romántico» que la trágica historia del racismo, con el episodio de la esclavitud incluido.

85. SULLIVAN, 2002, p. 744.

86. «Muchos de ambos grupos han sido sometidos a prejuicios sociales y estigmas cuando ellos se excedían de los roles socialmente asignados».

87. *Ibidem*, p. 743. Citando a ELY (*Democracy and Distrust*, 1980, p. 164), SULLIVAN recuerda que «el contacto entre hombres y mujeres no puede ser mayor» en la vida privada (aunque se produzcan diversas segregaciones en la vida pública). SULLIVAN matiza que «quizás sólo aquellas mujeres que asumen roles tradicionalmente masculinos son una "minoría aislada y sin voz" en la medida en que se apartan no sólo de los hombres, sino también del resto de mujeres» (p. 743).

88. KARST, 1977, pp. 1 y ss.

actitud con la que «los normales», «la mayoría» miran a aquellos que son diferentes. Citando a GOFFMAN, KARST afirmará: «la persona víctima de un estigma no es del todo humano». No todas las desigualdades estigmatizan. Los efectos del estigma recaen sobre las víctimas, dañando su autoestima, de modo que la mayoría llegan a aceptar como «naturales» las desigualdades perjudiciales que reciben, pero también recaen sobre toda la sociedad, que llega a elaborar una ideología del estigma para justificarlo.

Nos parece fuera de toda duda que la minoría gitana encaja a la perfección en la categoría de «casta» víctima de un «estigma». Esto determina, en nuestra opinión, que el derecho contra la discriminación racial pueda ser (y deba ser) más incisivo que en otro tipo de discriminaciones.

- b) Pero, además, los gitanos son, en sentido estricto, «una minoría aislada y sin voz» en el proceso político. Como se sabe, la doctrina de las «*discrete and insular minorities*» fue acuñada por el Tribunal Supremo norteamericano en la cuarta nota de pie de página de la Sentencia *Carolene Products v. US*, de 1938 (ponente Stone) y ha sido formulada teóricamente por John H. ELY⁸⁹. Según esta teoría, la prohibición constitucional de discriminación concierne principalmente a la protección judicial de aquellos grupos minoritarios que son incapaces de defenderse en la arena política a causa de su privación de derechos o por sufrir estereotipos negativos. También desde este punto de vista se refuerza la idea de que el derecho contra la discriminación racial ha de ser particularmente serio e incisivo.

3. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIONES POSITIVAS A FAVOR DE LA COMUNIDAD GITANA

Por lo que se refiere concretamente al marco constitucional, entiendo que la prohibición de discriminación racial del artículo 14 CE comprende la prohibición de discriminaciones directas (cualquier trato jurídico diferente y peor en atención a la raza), la prohibición de discriminaciones indirectas (un trato jurídico diferenciado en razón de un criterio formalmente neutro, pero que impacta adversamente sobre los miembros de la minoría racial), el mandato de acciones positivas (tratos jurídicos favorables a aquellos que fácticamente están en desventaja) y licitud, bajo ciertas condiciones, de las discriminaciones positivas (reserva de cuotas o de plazas en listas electorales,

89. ELY, 1977, pp. 69 y ss.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

empleo público o privado, etc.). La interpretación que cabe realizar de la prohibición de discriminación racial es semejante a la que puede deducirse respecto de la prohibición de discriminación sexual, con la salvedad de que, por las peculiaridades de aquélla, el margen para las discriminaciones positivas es mucho mayor. Entiendo, en efecto, que, bajo ciertas condiciones, sería compatible con la Constitución (otra cosa es el debate sobre su oportunidad) el establecimiento de cuotas o plazas reservadas en el acceso a listas electorales, en el acceso y promoción dentro del empleo público y privado, etc. En cualquier caso, como ocurre con la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, me parece que las medidas más efectivas serían los planes de acciones positivas impulsados y monitorizados por organismos públicos especializados. Pero ¿qué existe en la actualidad de modo específico para la comunidad gitana? Podemos indicar el Programa de Desarrollo Gitano y la reciente creación de varias instituciones públicas en relación con la comunidad gitana.

3.1. EL PROGRAMA DE DESARROLLO GITANO

Se trata de un programa que se puede catalogar como medida de acción positiva. A instancia de lo previsto en la Proposición no de Ley de 3 de octubre de 1985 del Congreso de los Diputados, de llevar a cabo un plan de intervención para el desarrollo social y la mejora de la calidad de vida de los gitanos españoles y de crear una unidad administrativa que se encargase de llevarlo a la práctica, en el año 1988 se puso en marcha el Programa de Desarrollo Gitano, adscrito a la Dirección General de Inclusión del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Este Programa co-financia proyectos, en colaboración con otras administraciones regionales y/o locales, de intervención social para la atención e inserción del pueblo gitano en materias de acción social, educación, formación, empleo, salud, vivienda, etc. También se presta apoyo técnico y financiero a las entidades del tercer sector que trabajan con la población gitana. Para el año 2007, la dotación (que se mantiene casi invariable desde hace varios) asciende a algo más de tres millones de euros. El 25 % de los fondos van para Andalucía, el 13 % para Madrid y el 10 % para Valencia (entre las tres Comunidades absorben casi la mitad de todos los fondos). Las Comunidades Autónomas seleccionan y presentan los proyectos al Ministerio para su aprobación en la Comisión de Seguimiento del Programa. El Convenio suscrito entre la Comunidad Autónoma y el Estado se publica en el BOE, junto con el Anexo en el que constan los proyectos y la financiación. Los criterios principales para la selección de proyectos son: el carácter integral del proyecto, la coordinación entre las instituciones y con otras entidades privadas sin fin de lucro, la participación efectiva de

los gitanos y sus asociaciones, la inclusión en proyectos europeos, la promoción de la incorporación de los gitanos en las distintas realidades sociales y la continuidad en el tiempo de los proyectos.

3.2. LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL: EL CONSEJO PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS POR EL ORIGEN RACIAL O ÉTNICO, EL CONSEJO ESTATAL DEL PUEBLO GITANO Y LA FUNDACIÓN INSTITUTO DE CULTURA GITANA

En 2005 se crea el Consejo Estatal del Pueblo Gitano (RD 891/2005), como órgano colegiado interministerial de carácter consultivo y asesor en el que se institucionaliza la cooperación entre el movimiento asociativo gitano y la Administración General del Estado para el desarrollo de políticas de bienestar social basadas en el desarrollo y promoción integral de la población gitana. Según su art. 1, se trata de un «órgano colegiado de participación y asesoramiento en las políticas públicas, generales y específicas, que redunden en el desarrollo integral de la población gitana en España» (art. 1). El Consejo es «un órgano colegiado interministerial de carácter consultivo y asesor», en el que se «institucionaliza la colaboración y cooperación del movimiento asociativo gitano y la Administración General del Estado para el desarrollo de políticas de bienestar social basadas en el desarrollo y promoción integral de la población gitana» (art. 2.1) Se compone de presidente (el Secretario de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad), dos vicepresidentes (Director General de Servicios Sociales y Dependencia y un representante del movimiento asociativo gitano elegido por y entre los vocales de las organizaciones representadas en el Consejo), 40 vocales (20 en representación de la Administración General del Estado y 20 en representación de las organizaciones del movimiento asociativo gitano) y un secretario (Subdirector general de Programas Sociales, con voz, pero sin voto) (arts. 4 a 8).

También en 2005 se aprueba en el Congreso de los Diputados una Proposición no de Ley de 27 de septiembre por la que se insta al Gobierno a promover la cultura, la historia, la identidad y la lengua del pueblo gitano. En aplicación de esta proposición, el Consejo de Ministros ha autorizado la creación de la Fundación Instituto de Cultura Gitana, cuya finalidad es desarrollar y promocionar la historia, la cultura y la lengua gitanas en todas sus manifestaciones y difundir su conocimiento a través de estudios, investigaciones y publicaciones, así como promover iniciativas que conduzcan a la integración de la comunidad gitana desde el reconocimiento de su identidad cultural. El Instituto de Cultura Gitana se configura como una fundación del sector público estatal, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

obrar, que actuará al amparo del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Cultura. Los Presupuestos Generales del Estado para 2007 contemplan una aportación del Ministerio de Cultura de 600.000 euros para la dotación inicial de la Fundación y el inicio de sus actividades y funcionamiento. Los Estatutos de la Fundación constan de veintisiete artículos distribuidos en cinco capítulos, en los que se regulan las normas correspondientes a la constitución de la Fundación, naturaleza, domicilio y ámbito de actuación, fines, objetivos y beneficiarios, gobierno, régimen económico y modificación.

El órgano de gobierno y representación de la Fundación Instituto de Cultura Gitana es el patronato, cuya composición es la siguiente: Presidente, que será la Ministra de Cultura o persona en quien delegue. Un Vicepresidente, elegido por el Patronato entre sus miembros. Un Secretario, que será el Director del Instituto. Un máximo de quince Patronos, de los cuales doce serán natos: tres designados por el Departamento; uno por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación; dos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; uno por el Ministerio de Educación y Ciencia; uno por el de Administraciones Públicas; dos por las Comunidades Autónomas, uno por la FEMP y otro por el vicepresidente segundo del Consejo Estatal del Pueblo Gitano, y tres serán Patronos electos, elegidos por méritos propios por el Presidente, mediante Orden Ministerial. El Patronato podrá designar, con objeto de llevar a cabo los fines fundacionales, un Comité Delegado, que podrá estar integrado por miembros del Patronato y por terceras personas. Conforme a lo previsto en sus Estatutos, la Fundación tendrá los siguientes fines:

- La proposición de acciones dirigidas a lograr la convivencia armónica entre los distintos grupos y culturas que conforman nuestra sociedad. Se preserva que en las mismas se tenga en cuenta la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato, la igualdad de género y la no discriminación de la población gitana.
- El desarrollo y promoción de la cultura y de la lengua gitanas en todas sus manifestaciones, al mismo tiempo que la promoción y difusión de su conocimiento mediante una comunicación permanente, tanto con la elaboración de estudios, investigaciones y publicaciones, como a través de la organización de eventos académicos y culturales.
- El establecimiento de mecanismos y estrategias que contribuyan eficazmente a la preservación y el desarrollo del acervo cultural de la comunidad gitana.

Como se advirtió al comienzo de este capítulo, la Directiva 2000/43 obliga a los Estados Miembros de la Unión a adoptar ciertas medidas de lucha contra la discriminación racial. La constitución del «organismo respon-

sable de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico», permitía concebir fundadas expectativas para avanzar significativamente en el campo de la igualdad étnica. Sin embargo, en España esta Directiva ha constituido, por lo menos hasta el momento, una magnífica oportunidad perdida para impulsar nuevas estrategias.

Uno de los problemas principales del abordaje actual de la discriminación racial es que usualmente se reduce a ser tan sólo un capítulo de los servicios sociales a personas en situación de exclusión social en general. Evidentemente, hay que plantearse cómo solucionar los problemas de los gitanos que se hallen en tales situaciones, pero con ello ni se llega a todos los gitanos ni se destruye el corazón simbólico de los estereotipos. Por eso, la estrategia tiene que ir más allá, atacando las bases ideológicas, culturales y fácticas de la discriminación. Se ha avanzado bastante en el campo de las políticas de *inclusión*, pero apenas nada en las políticas de *reconocimiento*. El abordaje tradicional de las políticas de apoyo al pueblo gitano (sociales y económicas, sobre todo) son insuficientes en «cantidad», pero más todavía en «calidad». Sobre la comunidad gitana pesa un sensible *déficit de ciudadanía*. Si casi todo se fía al Plan de Desarrollo Gitano, se seguirá actuando contra los síntomas de la discriminación, pero no contra sus causas. El formato finalmente elegido para el Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico no responde, creemos, a los impulsos de la Directiva que lo propuso.

El hecho de que las Directivas de igualdad de trato en el empleo y de igualdad racial fueran transpuestas por una ley de acompañamiento a los presupuestos generales del Estado (la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social) ya da idea del carácter más bien rutinario y escasamente entusiasta de la incorporación de la nueva normativa a nuestro ordenamiento. La transposición fue, en efecto, de mínimos. Es cierto que la mayoría de requerimientos ya estaban vigentes entre nosotros, pero esto no elimina del todo el bajo nivel de consideración política que motivó la importación de las Directivas. Es paradójico que aunque estas normas obliguen al Estado a colaborar con el tercer sector, el instrumento elegido fue el de un tipo de norma especial que no sólo evita ese diálogo, sino incluso el usual de cualquier procedimiento legislativo ordinario (que reclama la atención del Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social y la implicación de los grupos afectados por la nueva regulación y del público en general). La transposición fue realizada de noche, en despoblado y a escondidas.

El artículo 33 de la Ley española dispuso la creación del Consejo para

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico. El apartado cuarto de ese artículo remite a la regulación reglamentaria la composición y funcionamiento del Consejo. Casi cuatro años después se crea ese Consejo: Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, por el que se regulan la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico.

Todas estas expectativas en el nuevo organismo para la igualdad racial exigido por el Derecho europeo se hallan, sin embargo, seriamente en entredicho. Como se ha señalado, más que «transponer», el legislador español se «transpuso». Y ahora el Decreto aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2007 de creación del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico no permite precisamente albergar tampoco grandes expectativas. De momento, el título del Real Decreto es incorrecto: se reitera «igualdad de trato» y «discriminación», sería mejor optar por uno o por otro (mejor discriminación, porque engloba «igualdad de trato», pero también «igualdad de oportunidades» —es significativo que se omita este concepto—). Por otro lado, si se habla de discriminación étnica ya engloba la racial; quizás no hubiera sido necesario tampoco reiterar «ética» y «racial».

Se trata de un órgano colegiado interadministrativo con participación de las organizaciones representativas de intereses sociales (sindicatos, empresarios y ONG que trabajan en este campo) de los previstos en el art. 22.2 LPC. Tanto su naturaleza jurídica como sus competencias se ajustan a las competencias que establecía la Directiva, aunque por lo bajo, esto es, se configura un Consejo que podríamos llamar «de baja intensidad»; se transponen al pie de la letra las obligaciones provenientes de Bruselas, no se añade ni una tilde de más.

El Consejo se adscribió inicialmente, sin participar en la estructura jerárquica del mismo, al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (nada que objetar), a través de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes dependiente de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (todo que objetar). Se ve que se asociaba discriminación étnica a los problemas derivados de la inmigración; la comunidad gitana, que es española, que es de las más numerosas, y es sobre la que recaen los estereotipos racistas más destructores, ¿cómo se ubica en este escenario? Está claro que el legislador español no está pensando en ella y a mí me parece (con respeto para otros grupos étnicos) que debe ser la primera cuyas necesidades de inclusión (y también de reconocimiento) deben ser atendidas (porque las políticas de igualdad en relación con ella están aún en fase embrionaria, pese a todo). Es elo-

cuenta que este borrador de Real Decreto no requiera siquiera el informe previo del Consejo Estatal del Pueblo Gitano. Con mejor criterio, no obstante, el Consejo se ha adscrito posteriormente al Ministerio de Igualdad.

Las finalidades del Consejo se establecen en el artículo 2: le corresponde la promoción de «la igualdad de trato y no discriminación» (nuevamente esta fórmula no muy feliz desde el punto de vista técnico) racial o étnico en la educación, la sanidad, las prestaciones y servicios sociales, la vivienda, la oferta y el acceso a cualquier bien o servicio, el acceso al empleo, la actividad por cuenta propia y el ejercicio profesional, la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua. De aquí se deriva el triple orden de competencias (art. 3):

1. Prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación directa o indirecta por su origen racial o étnico a la hora de tramitar sus reclamaciones. Si la agresión procede de un poder público, el carácter «independiente» de la asistencia padecerá, sin duda, porque el Consejo será juez y parte. En el modelo inglés de Consejo en el que se inspira la norma comunitaria, ésta es una especie de agencia independiente que no se adscribe a ningún ente administrativo.
2. Realizar con autonomía análisis e informes, así como publicar informes independientes sobre la discriminación racial. La norma concreta que el Consejo podrá emitir, a iniciativa propia o a petición de los órganos competentes de la Administración estatal, informes sobre proyectos normativos, planes, programas, etc. relacionadas con el objeto y finalidad del Consejo (no ha llegado a exigir este Informe previo sobre el borrador de toda norma que afecte a la materia, como sí se hace en relación con la discriminación sexual; sin embargo, creemos que sería interesante que se hiciera). En segundo lugar, la norma concreta que el Consejo deberá elaborar un Informe anual sobre la situación de la discriminación racial.
3. Promover medidas que contribuyan a la igualdad racial formulando, en su caso, recomendaciones y propuestas que procedan; y se ejemplifican algunas (escrutar la normativa y los planes de promoción de igualdad racial para detectar discriminaciones, promover que en la negociación colectiva se establezcan reglas que impidan la discriminación, promover actividades de información y sensibilización, establecer mecanismos de cooperación y colaboración interadministrativa, etc.)

En cuanto a la composición del Consejo (art. 4), estará integrado por el

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

presidente (nombrado por la Ministra de Igualdad entre personalidades de reconocido prestigio en este campo –su mandato, como el del resto de miembros, es de tres años–); un vicepresidente primero (elegido por los vocales representantes de sindicatos, empresarios y tercer sector), un vicepresidente segundo (la Directora general de lucha contra la discriminación), 8 vocales de la Administración General del Estado (con rango de directores generales de los ministerios de Trabajo, Educación, Justicia, Sanidad y Consumo, Interior y Vivienda), cuatro vocales representantes de las Comunidades Autónomas (a propuesta del Consejo Superior de Política de Inmigración), dos vocales representantes de la Administración local (a propuesta de ese mismo Consejo –debería ser a propuesta de la FEMP–), dos vocales representantes de las organizaciones empresariales y otros dos de los sindicatos y diez en representación de organizaciones y asociaciones cuya actividad esté relacionada con la promoción de la igualdad racial (la selección de estas organizaciones se realizará por convocatoria pública efectuada a través de Orden del Ministerio de Trabajo). El Secretario del Consejo será el Director del Observatorio español del racismo y la xenofobia (del que se dice que dará funciones de apoyo técnico al Consejo, pero sin concretar cuáles: la relación entre el Consejo y el Observatorio es bastante confusa en la norma). En total, pues, 40 miembros (A esto hay que añadir que el Pleno del Consejo podrá designar dos expertos independientes que podrán asistir a las sesiones del Pleno con voz y sin voto con funciones de asesoramiento). Un órgano muy poblado, ciertamente, así que será clave en su funcionamiento no tanto su Pleno como la Comisión Permanente. El Pleno se reunirá al menos dos veces al año en sesión ordinaria (cabén reuniones extraordinarias). La Permanente estará formada por el Presidente, los dos Vicepresidentes, el Secretario, y cuatro vocales (nombrados por el Ministerio de Trabajo a propuesta y de entre los vocales que representan al Ministerio de Trabajo, a las administraciones local y autonómica y a las organizaciones sindicales, empresariales y sociales). Ocho personas en total.

Lo peor que se puede decir del Decreto es que no se aseguran los recursos presupuestarios (sólo se alude vagamente a ello; junto con una previsión de que los vocales que no pertenezcan a la administración que no residan en Madrid cobren dietas en sus desplazamientos –faltaría más–) ni tampoco personales y técnicos suficientes para cumplir las funciones encomendadas. Las competencias requieren una estructura técnica y de gestión, personal suficiente y un presupuesto adecuado para poder ser llevadas a cabo. El borrador parece configurar un Consejo *baratito*, de poquitas reuniones al año; incluso de la Permanente sólo se dice que tendrá tres reuniones como mínimo al año. Parece estar pensando en un simple órgano consultivo, pero

esto no se corresponde con sus funciones, que requerirán un serio esfuerzo presupuestario (para hacerlas bien, claro). Este borrador no revela una gran voluntad de configurar un Consejo eficaz de verdad; parece algo cosmético. No hay auténtica cirugía antidiscriminadora; apenas una inyección de botox, con efectos menores y temporales.

Tampoco quedan claras las funciones y escenarios de cooperación con las asociaciones que trabajan en este campo (que podrían ser muy importantes en la función de asistencia a las víctimas de discriminación, p. ej.; es difícil que el Consejo, desde Madrid y conocido por escasas personas, pueda prestar este tipo de servicio sin la ayuda del tercer sector, instalado capilarmente en todo el territorio y que conoce y que viene asistiendo a las víctimas de discriminación).

Este importante y reciente reconocimiento institucional no es suficiente. El Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia alerta, en su último informe relativo a 2006, de que en España los inmigrantes y la comunidad gitana sufren discriminación, entre otros, en los sectores del empleo, la vivienda y la educación, destacando especialmente el aumento de la discriminación silenciosa y encubierta en nuestro país. El Informe constata también que los gitanos siguen sufriendo una clara discriminación pública y privada en todos los ámbitos sociales, y que la violencia racista es un fenómeno real que es preciso abordar con urgencia. El tercer informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) sobre España coincide, asimismo, en que algunos colectivos, incluyendo los gitanos, siguen sufriendo una discriminación racial cotidiana en muy diversos ámbitos, y que se ven particularmente afectados por la práctica habitual de la policía de establecer perfiles étnicos, lo que incrementa sus posibilidades de ser objeto de mala conducta policial. La conclusión final es que las autoridades españolas siguen sin entender, en gran medida, qué significa e implica la lucha contra la discriminación racial.

Bibliografía

- AA VV, *Diccionario ideológico feminista*, vol. I, Icaria Editorial, Barcelona, 1981.
- «La Protección Social», número monográfico de la revista *Economía y Sociología del Trabajo*, n° 3, 1989.
 - *Historia de la acción social pública en España. Beneficencia y Previsión*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
 - *El Derecho y los servicios sociales*, Comares, Granada, 1997.
 - *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario Artículo por artículo*, Icaria, Barcelona, 1998.
 - *Parlamento y control del gobierno*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Aranzadi, Pamplona, 1998.
 - *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Cincuenta Aniversario. Un Estudio Interdisciplinar*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
 - *El derecho a exigir nuestros derechos. Derechos económicos, sociales y culturales en el panorama internacional*, Icaria, Barcelona, 2002.
 - *Trata de personas y prostitución*, Crítica, n° 940, Madrid, 2006.
 - *La evaluación de las leyes*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 2006.
 - *La Ley de responsabilidad penal del menor: situación actual*, CGPJ, Madrid, 2006.
 - *Protocolos sobre acoso laboral*, Padilla Libros, Valencia, 2009.
 - *Propuesta de regulación del ejercicio voluntario de la prostitución entre adultos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ABENDROTH, W., FORSTHOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986.
- ABELLÁN HONRUBIA, V., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 1994.
- ABELLÁN HONRUBIA, V. y VILÀ COSTA, B., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Ariel, Barcelona, 1996.
- ABRAHAMSON, P., «Regímenes europeos del bienestar y políticas sociales europeas: ¿convergencia de solidaridades?», en SARASA, S. y MORENO, L.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

[comps.] *El Estado del Bienestar en la Europa del Sur*, CSIC/MAS, Madrid, 1995.

ABRAMOVICH, V., «Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados», en *Grupo de reflexión regional. Temas de derechos humanos en debate*, Universidad de Chile, Santiago, 2004.

- «El acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política», en H. BIRGIN y B. COHEN (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, Biblos, Buenos Aires, 2006.
- «La articulación de acciones legales y políticas en la demanda de derechos sociales», en A. ELY YAMIN (coord.), *Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta*, Plaza y Valdés, México, 2006.

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C., «La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana», *Jueces para la Democracia*, n° 40, 2001.

- *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- «Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales», en M. ABREGÚ y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- «Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales», *Jura Gentium*, n° I-1, 2005, disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm>.
- *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- *Los derechos sociales en el debate democrático*, Bomarzo, Madrid, 2006.

ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L., «Judicial Activism in the Argentine Health System: Recent Trends», *Health and Human Rights: An International Journal*, vol. 10-2, 2008.

- *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales. Estudio de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- *La Medición de Derechos en las Políticas Sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

ACKEMAN, E. (coord.), *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, La Ley, Buenos Aires, 2004.

ACKERMAN, B., *La nueva división de poderes*, FCE, México, 2007.

ACOSTA LÓPEZ, J. I. y DUQUE VALLEJO, A. M., «Declaración Universal de Dere-

- chos Humanos: ¿norma de Ius Cogens?», *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 12, 2008.
- ADROHER BIOSCA, S., «Menores extranjeros en España. Marco jurídicos general y nuevos desafíos», en I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. CULEBRAS LLANA (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006.
- AGACINSKI, S., *Política de sexos*, Taurus, Madrid, 1998.
- AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Inactividad en la prestación de servicios públicos y control jurisdiccional», *Revista vasca de Administración pública*, n° 57, 2000.
- AGIS DASILVA, M. y BLASCO LAHOZ, J. F., «Derecho a la salud de la mujer», en C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010.
- AGNEW, E. N., *From Charity to Social Work: Mary E. Richmond and the Creation of an American Profession*, University of Illinois Press, Urbana, 2004.
- AGOUÉS MENDIZÁBAL, C., «El régimen disciplinario en los centros docentes de educación no universitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 61-2, 2001.
- AGUADO I CUDOLA, V., *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- AGUDO ZAMORA, M., *Estado social y felicidad*, Laberinto, Madrid, 2007.
- «Fundamentación filosófica de la lucha contra la pobreza y la marginación como objetivo básico del Estado social», en M. J. TEROL BECERRA (dir.), *II Foro andaluz de los derechos sociales. Pobreza y exclusión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
 - «Derecho a la vivienda y reformas estatutarias», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 14, 2010.
- AGUIAR DE LUQUE, L., «La problemática del control en la actualidad», en M. RAMÍREZ, *El Parlamento a debate*, Trotta, Madrid, 1997.
- AGUILERA, P., «La participación política en la comunidad gitana», *Gitanos, pensamiento y cultura*, n° 4.
- AGUILERA, R.; BARRIOS, G. y SÁNCHEZ-URÁN, Y., *Protección social complementaria*, Tecnos, Madrid, 2005.
- AHUMADA RUIZ, M. A., «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 8, 1991.
- AINIS, M., *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Cedam, Padua, 1991.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «Azioni positive e principio d'eguaglianza», *Giurisprudenza costituzionale*, 1992.

AINIS, M. y FIORILLO, M., *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Giuffrè, Milán, 2008.

AJA, E. (coord.) «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en AA VV, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, IEA, Barcelona, 1992.

- *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

AJA, E.; MONTILLA, J. A. y ROIG, E. (coords.), *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

AJA FERNÁNDEZ, E. y LARIOS PATERNA, M. J., «Parlamentos autonómicos y participación popular. La participación de los grupos sociales en la elaboración de las leyes», *Corts n° 6 extraordinario*, 1998.

AKANDJI-KOMBE, J. F., «Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho político*, n° 67, 2006.

ALÁEZ CORRAL, B., *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

- «Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 67, 2003.
- «La eficacia de los derechos fundamentales», en F. J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- «El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos», en *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, Madrid, 2006.
- «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre "Educación para la ciudadanía"», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 2009.
- «Principio de solidaridad y derecho a la educación», en M. A. PRESNO LINERA e I. W. SARLET (eds.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

ALÁEZ CORRAL, B. y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, L., *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, CEPC, Madrid, 2008.

- ALARCÓN CARACUEL, M. R., «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar», *Revista de Política Social*, n° 121, 1979.
- «Estado social y Derecho del Trabajo», en *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
 - «La Carta Social Europea», en L. MONTERO FERNÁNDEZ (coord.), *Unión Europea y estado de bienestar*, CSIC/Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1997.
 - *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
 - «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social (1981-2000)», en F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y F. ELORZA (coords.), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2001.
 - «Los principios jurídicos de la Seguridad Social», en J. LÓPEZ LÓPEZ y C. CHACARTEGUI (coords.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- ALARCÓN, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 1991.
- ALBA, A. y MORENO, F., *Discapacidad y mercado de trabajo*, Obra Social Caja Madrid, Madrid, 2004.
- ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución económica de 1978», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 71, 2004.
- «El blindatge de les competències i la reforma estatutària», *Revista Catalana de Dret Públic*, n° 31, 2005.
- ALBIÑA GARCÍA-QUINTANA, C., «Artículo 31. El Gasto Público», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, tomo 2, Edersa, Madrid, 1983.
- ALDECOA LUZARRAGA, F. y GUINEA LORENTE, M., «El rescate sustancial de la Constitución Europea a través del Tratado de Lisboa: la salida del laberinto», *Documento de Trabajo/Working Paper* n° 9/2008, Real Instituto Elcano (www.realinstitutoelcano.org).
- ALEGRE ÁVILA, J. M., «El ordenamiento protector de los bienes de interés cultural: consideraciones sobre su ámbito y límites. La perversión de las técnicas jurídicas de protección», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Civitas, Madrid, 1991.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A., *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad, León, 1996.
- «Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en L. JIMÉNEZ QUESADA (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «Reconocimiento constitucional de la dignidad humana: significado y alcance», en el *Libro homenaje a Don Iñigo Cavero Lataillade* (coord. por J. PEÑA GONZÁLEZ), Tirant lo Blanch/Universidad San Pablo CEU, Valencia, 2005.

ALEMÁN BRACHO, C., y otros, *Servicios sociales sectoriales*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

- «La familia, prestadora y destinataria de prestaciones», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.

ALEMANY, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006.

ALEMANY GÓMEZ, C. LUC, V. y MOZO GONZÁLEZ, C., *El acoso sexual en los lugares de trabajo*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.

ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

- *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.
- «Derechos sociales fundamentales», en M. CARBONELL SÁNCHEZ, J. A. CRUZ PARCERO, y R. VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000.
- «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 66, 2002.
- «Sobre los derechos constitucionales a protección», en R. Alexy y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

ALLI ARANGUREN, J. C., «Urbanismo y vivienda: la interrelación de las políticas de suelo y vivienda», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, n° 219, 2005.

ALLOTT, P., «Epilogue: Europe and the dream of reason», en J. H. H. WEILER y M. WIND (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.

ALMANSA, J. M., *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1991.

ALMQVIST, J. y GÓMEZ ISA, F. (coords.), *El Consejo de Derechos Humanos: oportunidades y desafíos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

ALONSO, G. V., *Política y Seguridad Social en la Argentina de los 90*, Miño y Dávila-FLACSO, Buenos Aires, 2000.

ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

ALONSO GARCÍA, E., «Los *welfare rights* y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: la lucha entre dos principios constitucionales de

política socio-económica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 4, 1983.

– *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.

– «Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalización de los derechos prestacionales del Welfare State en Norteamérica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 11, 1984.

– «La jurisprudencia constitucional», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, 1988.

ALONSO MADRIGAL, F. J., «La protección del mínimo vital de los mayores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: Las reducciones en la base imponible por edad, asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados», *Impuestos: Revista de doctrina, legislación y jurisprudencia*, vol. 22, n° 1, 2006.

ALONSO MAS, M. J., «Territorio y población», en *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, Civitas, Cizur Menor, 2005.

ALONSO OLEA, M., «Las bases de la Seguridad Social (Consideración de conjunto de la Ley de 28 de diciembre de 1963)», *Revista de Política Social*, n° 61, 1964.

– «Prólogo» a J. SERRANO CARVAJAL, *La emigración española y su régimen jurídico* Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.

– *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.

– «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», *Revista de Política Social*, n° 121, 1979.

– «El sistema normativo del Estado y de las Comunidades Autónomas», en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

– *Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo, según la Constitución*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1990.

– *El trabajo como bien escaso y la reforma de su mercado*, Civitas, Madrid, 1995.

– «Prólogo» a Y. SÁNCHEZ-URÁN, *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

ALONSO OLEA, M. y ALONSO GARCÍA, R. M., *Derecho Procesal del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2008.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 12ª ed., 1991; 27ª ed., 2009.

ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L. *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 17ª ed., 2000; 18ª ed., 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- ALONSO PÉREZ, M. T., «La protección jurídica del comprador de vivienda», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ALONSO SECO, J. M., «El status jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derecho y obligaciones», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.
- ALONSO SECO, J. M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 1997.
- ALONSO SOTO, F., «Alcance y límites de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Documentación social*, n° 123, 2001.
- ALSTON, P., «Fines de la presentación de informes», en *Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos*, Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas/Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional y la Investigación, 1991.
- ALSTON, P. y CRAWFORD, J. (eds.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- ALSTON, P. y GILMOUR-WALSH, B., *El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los Derechos del Niño y de los Valores Culturales*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Comité Español de UNICEF, 1999.
- ALSTON, P. y QUEEN, G., «The Nature and Scope of the State Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Humans Rights Quarterly*, n° 9, 1987.
- ALPA, G., «Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: "nuevo diritto" o expediente tecnico?», en S. GRASSI, M. CECCHETTI y A. ANDRONIO (coords.), *Ambiente e diritto*, Olschki, Florencia, 1999.
- ALUJAS RUIZ, J., *Políticas activas de mercado de trabajo en España. Situación en el contexto europeo*, CES, Madrid, 2003.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», *Relaciones laborales*, t. I, 2001.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «El art. 41 de la Constitución. Garantía institucional y compromisos internacionales», *Revista de Seguridad Social*, n° 15, 1982.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Las parejas de hecho: perspectiva jurisprudencial», *Derecho Privado y Constitución*, n° 12, 1998.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad y emigración*, La Ley, Madrid, 1990.

- ÁLVAREZ URÍA, F., *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*, Tusquets, Barcelona, 1983.
- ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ed. Del Foro, Madrid, 1978.
– *Por la libertad de enseñanza*, Planeta, Barcelona, 1985.
- AMATO, G. y BARBERA, A. (eds.), *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 5ª ed., 1997.
- AMEZÚA AMEZÚA, L. C., «Los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista de Derecho*, vol. 16, n° 1, 2004.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Amnistía Internacional, Madrid, 2005.
- ANDRADE, J. C. V., «A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n° 3929, 2001.
– «Repensar a relação entre o Estado e sociedade», *Nova Cidadania*, n° 31, 2007.
– *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, Coimbra, 4ª ed., 2009.
- ANDREIS, M., «La tutela giurisdizionale del diritto alla salute», en C. E. GALLO y B. PEZZINI (eds.), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milán, 1998.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «El juez», en L. M. DÍEZ-PICAZO (coord.), *El oficio de jurista*, Siglo XXI, Madrid, 2006.
– *En torno a la jurisdicción*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., «Consejo de Europa y Derechos Humanos: desarrollos recientes», en *Andorra en el ámbito jurídico europeo: XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
– «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial. Comentario a la Sentencia del TJCE de 6 de julio de 2000, *Abrahamsson*», *La Ley-Unión Europea*, n° 5164, 2000.
– «La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea en la práctica Española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 15, 2008.
- ANGELINA GONZÁLEZ, F. J., «El derecho de los consumidores ante la adquisición e intermediación inmobiliaria. Especial consideración a las cláusulas abusivas en los contratos de compraventa», en M. P. LEDESMA IBÁÑEZ (dir.), *Derecho y vivienda*, CGPJ, Madrid, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

ANSUÁTEGUI ROIG, J., «Argumentos para una teoría de los derechos sociales», en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, 2009.

AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

– «Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes», en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– «Derechos sociales: inconsistencias de una visión compartimentada», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, vol. III, 2008.

AÑÓN ROIG, M. J. y GARCÍA AÑÓN, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2004.

APARICIO, J., «La Seguridad Social en la Constitución», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

APARICIO, M. y otros, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006.

APARICIO, M. A.; CASTELLÀ, J. M. y EXPÓSITO, E. (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.

APARICIO, M. A. (ed.) y CASTELLÀ ANDREU, J. M., y EXPÓSITO, E. (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008.

APARICIO, M., JARIA, J. y PISARELLO, G., «Los derechos y principios del ámbito civil y social en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en M. A. APARICIO (ed.) y J. M. CASTELLÀ y E. EXPÓSITO (coords.), *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*, Cedecs, Barcelona, 2008.

APARICIO PÉREZ, M. A., «El Estado social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en G. CÁMARA VILLAR y J. CANO BUESO (eds.), *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1993.

APARICIO PÉREZ, M. A. y BARCELÓ SERRAMALERA, M., «Los derechos públicos estatutarios», en M. A. APARICIO (ed.) y J. M. CASTELLÀ y E. EXPÓSITO (coords.), *Derechos y principios en los estatutos de autonomía*, Cedecs, Barcelona, 2008.

APARICIO TOVAR, J., «El derecho a la protección de la salud. El derecho a la asistencia sanitaria», en J. L. MONEREO PÉREZ y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

- APDCM, *Guía de protección de datos personales para Universidades Públicas*, APDCM, Madrid, 2004.
- *Guía de protección de datos personales para Centros Educativos Públicos*, APDCM, Madrid, 2005.
 - *Protección de datos personales para Centros Educativos Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- ARAGÓN BOMBÍN, R., «La emigración española a través de la legislación y de la organización administrativa», *Economía y Sociología del Trabajo*, n° 8-9, 1980.
- ARAGÓN REYES, M., *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989.
- «Artículo 1», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- ARANDA ÁLVAREZ, E., *Cuota de mujeres y régimen electoral*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ARANGO, R., «Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos», *Pensamiento Jurídico*, n° 8, 1997.
- «La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales», *Revista de Derecho Público*, n° 12, 2001.
 - «Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales» en M. A. ALONSO y J. GIRALDO (eds.), *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Ediciones Escuela Nacional Sindical, Bogotá 2001.
 - «Introducción; jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental al mínimo vital», *Revista Estudios Ocasionales*, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad de Los Andes, Bogotá, 2002.
 - «Basic Social Rights, Constitutional Justice, and Democracy», *Ratio Juris*, vol. 16, n° 2, 2003.
 - *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
 - *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.
- ARANGO, R. y LEMAITRE, J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, CIJUS, Universidad de los Andes, Bogotá, 2002.
- ARANGÜENA, C., «El cumplimiento de las sentencias de la TEDH y la revisión de las sentencias firmes», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- ARANY TÓTH, M., «The right to dignity at work: Reflections on Article 26 of

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

the Revised European Social Charter», *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 29, n° 3, 2008.

ARARTEKO, *La respuesta a las necesidades educativas especiales en la CAPV*, 2001.

– *Convivencia y conflicto en los centros educativos*, 2006.

– *Atención sociosanitaria: una aproximación al marco conceptual y a los avances internacionales y autonómicos*, Arateko, 2007.

ARASTEY, M. L., «La protección por despido en la Constitución Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 57, 2005.

ARBELÁEZ, M., *La protección a la salud. Línea jurisprudencial y notas constitucionales*, CINEP y DIAKONIA, Bogotá 2002.

ARCE, J. C., *El trabajo de las mujeres en el Derecho Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ARCE JANÁRIZ, A., «Primeras leyes en España sobre paridad electoral», *La Ley*, n° 5617, 2001.

ARCE JIMÉNEZ, E., «Menores extranjeros no acompañados», en I. E. LÁZARO GONZÁLEZ e I. CULEBRAS LLANA (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006.

ARCHENTI, N. y TULA, M. I., (eds.), *Mujeres y política en América latina*, Heliasta, Buenos Aires, 2008.

ARENAS MEZA, M., «Algunas reflexiones en torno al papel del Defensor del Pueblo Europeo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en la Unión Europea», en F. ALDECOA LUZÁRRAGA (coord.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

ARIÑO, A. (dir.), *La participación cultural en España*, SGAE, Madrid, 2006.

ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999.

ARIÑO VILLARROYA, A. y GARCÍA FERRANDO, M., «Cultura y ocio», en S. DEL CAMPO y J. F. TEZANOS (dirs.), *España Siglo XXI: La sociedad*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008.

ARNALDO ALCUBILLA, E., *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*, CEC, Madrid, 1995.

ARP, B., «La protección de las minorías nacionales en España vista desde el Consejo de Europa: la Opinión del Comité Consultivo del Consejo de Eu-

- ropa para las Minorías Nacionales», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, n° 2, 2004.
- ARRIBA GONZÁLEZ DE DURANA, A., *Rentas mínimas de inserción en España: Procesos de implantación y dinámicas sociales*, Instituto de Ciencias Sociales Avanzadas, Madrid, 1999.
- ASENSI SABATER, J., «Cultura y Constitución. Una propuesta cultural en la crisis», *Revista de Estudios Políticos*, n° 35, 1983.
– *Políticas de la sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- ASHFORD, D. E., *La aparición de los Estados de Bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, *La Corte y los Derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante 2003/2004*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.
- ASTELARRA, J. (comp.) *Participación política de las mujeres*, CIS, Madrid, 1990.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., «Un comentario al caso Kalanke», *Doxa*, n° 19, 1996.
- ATRIA, F. «¿Existen derechos sociales?», *Discusiones*, n° 4, 2004.
- AUBERT, G., «Les sources du droit du travail en Suisse», en B. TEYSSIÉ (dir.), *Les sources du droit du travail*, PUF, Paris, 1998.
- AUER, A.; MALINVERNI, G. y HOTTELIER, M., *Droit constitutionnel suisse*, vol. II: *Les droits fondamentaux*, Staempfli, Berna, 2000.
- AUGSBERG, I. y S., «Kombinationsgrundrechte», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 132, 2007.
- AUSÍN, T., «Tomando en serio los derechos de bienestar», *Enrahonar*, n° 40-41, 2008.
- ÁVILA ORIVE, J. L. y ARNÁEZ ARCE, V. M., «Una aproximación al tratamiento legislativo del derecho a una vivienda digna y adecuada, después de tres décadas de reconocimiento constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 87-88, 2010.
- AVILA RODRÍGUEZ, C. M., «El Defensor del Pueblo Europeo y el Código de Buena Conducta Administrativa», en *Administración de Andalucía: Revista andaluza de Administración Pública*, n° 69, 2008.
- ÁVILA SANTAMARÍA, R. (coord.), *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2007.
- AYALA CAÑÓN, L., *Las rentas mínimas en la reestructuración de los Estados del Bienestar*, CES, Madrid, 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- AYALA RUBIO, A., «Secretos a voces: exclusión social y estrategias profesionales de construcción de la obligatoriedad a la Renta Mínima de Inserción (IMI) con el colectivo de etnia gitana», *Cuadernos de Trabajo Social*, n° 22, 2009.
- AYALA RUBIO, A. y GARCÍA GARCÍA, S., «Gestión de cuerpos y actuación de resistencias en una política social. La aplicación de la renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid», *Revista de Antropología Experimental*, n° 9, 2009.
- AZKIN, B., *Estado y nación*, FCE, México, 1968.
- AZNAR LÓPEZ, M., «Los derechos sociales de los extranjeros en España», en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- AZPITARTE SÁNCHEZ, M., «Gobernar la crisis. Crónica política y legislativa del año 2009», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 88, 2010.
- AZURMENDI, M., «Inmigración y conflicto en El Ejido», *Claves de Razón Práctica*, n° 116, 2001.
- AZZARITTI, G., «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel proceso costituente europeo», *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n° 1-2, 2002.
- BACHMAIER WINTER, L., *La asistencia jurídica gratuita*, Comares, Granada, 2ª ed., 1997.
- BACHOF, O., *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1987.
- BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- BADERIN, M. A. y McCORQUODALE, R., «The International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights: forty years of development», en *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BADURA, P., «Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland», *Der Staat*, n° 14, 1975.
– *Staatsrecht*, 2ª ed., 1996.
- BAILYN, B., *The ideological origins of American revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1967.
- BALAGUER CALLEJÓN, M. L., «Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico-constitucional español», en *Artículo 14*, n° 4, 2000.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., «El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social», en J. L. MONE-

- REO PÉREZ y otros, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- BALAGUER, F. y otros, *Derecho Constitucional*, vol. II, Tecnos, Madrid, 2001.
- BALDASARRE, A., «Diritti inviolabili», en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, t. IX, 1989.
- «Diritti sociali», en *Enciclopedia giuridica*, Treccani, Roma, t. XI, 1989.
 - «I diritti sociali nella Costituzione italiana», en *La Corte costituzionale e i diritti di libertà*, Alessandria, 1990.
 - *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Turín, 1997.
- BALDUS, C., «Calidad: ¿para qué, para quién? Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 4, 2009.
- BALLESTER PASTOR, M. A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- BALLESTRERO, M. V., «Acciones positivas. Punto y aparte», *Doxa*, n° 19, 1996.
- BAÑO LEÓN, J. M., «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 24, 1988.
- *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, Civitas, Madrid, 1991.
 - «La promoción de los autores y de la industria del libro en la Ley 10/2007», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.
- BAQUERO CRUZ, J., «La protección de los derechos sociales en la Comunidad Europea tras el Tratado de Amsterdam», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 4, 1998.
- BAQUÉS, J. B. *Friedrich Hayek. En la encrucijada liberal-conservadora*, Tecnos, Madrid, 2005.
- BARAHONA, R., «La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en las sociedades actuales. Especial referencia a las instituciones nacionales de derechos humanos», en G. ESCOBAR ROCA (coord.), *El Ombudsman en el Sistema Internacional de Derechos Humanos: contribuciones a debate*, Dikynson, Madrid, 2008.
- BARBER, S., *Welfare and the Constitution*, Princeton University Press, Princeton, 2003.
- BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, G., «Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia», *Relaciones Laborales*, n° 7, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- BAREA, J., «La asistencia sanitaria pública», *Economistas*, n° 35, 1988.
- BARILE, P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BARNES VÁZQUEZ, J., «La educación en la constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 12, 1984.
- «Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BARRADA RODRÍGUEZ, A., *El gasto público de bienestar social en España de 1964 a 1995*, Fundación BBV, Bilbao, 1999.
- *La protección social en España hacia 1845*, Fundación BBV, Bilbao, 2001.
- BARRANCO AVILÉS, M. C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid, 2011.
- BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas, Madrid, 1997.
- «Problemas del Derecho Antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 60, 2001.
 - «De la acción positiva a la "discriminación positiva" en el proceso legislativo español», *Jueces para la Democracia*, n° 51, 2004.
- BARRERO ORTEGA, A., «Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo (A propósito de la STC 154/2002, de 18 de julio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 75, 2005.
- *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La Ordenación Jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990.
- «El patrimonio histórico-artístico», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, t. VIII: *Los sectores regulados*, v. II, Iustel, Madrid, 2009.
- BARRIGA, J. J., «Imagen social y visibilidad de la discapacidad», en R. DE LORENZO GARCÍA y L. C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- BARRIOS, G., *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1988.

- «Artículo 47», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV: *artículos 39 a 55*, Edersa, Madrid, 1996.
 - «El derecho a la vivienda ante la crisis económica y el cambio climático: intervención de las Administraciones públicas ante situaciones de vulnerabilidad social y urbanística», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n° 1, 2011.
- BASTIDA, F. J., «La dignidad de la persona en la Constitución Española: Naturaleza jurídica y funciones», *Cuestiones Constitucionales*, n° 14, 1992.
- «Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales» y «La interpretación de los derechos fundamentales», en F. J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
 - «¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?», en R. Alexy y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- BAUMAN, Z., *Modernidad líquida*, FCE, Buenos Aires, 2003.
- BAUTISTA JIMÉNEZ, J., «El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, n° 3, 1995.
- «Buenas noticias desde el Consejo de Europa: puesta en marcha del mecanismo de seguimiento del Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo, Sevilla, 2010.
- BAVIERA PUIG, I., *La protección de la dependencia: un estudio global*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- BAYLOS, A., «El derecho al trabajo como derecho constitucional», en F. SALINAS y G. MOLINER (dirs.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, CGPJ, Madrid, 2003.
- BAYLOS, A. y PÉREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, Madrid, 2009.
- BAYONA DE PEROGORDO, J. J., «El procedimiento del gasto público y su control», *Presupuesto y Gasto Público* n° 13, 1982.
- *El derecho de los gastos públicos*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991.
- BEA PÉREZ, E., «Los derechos sociales y el Estado de bienestar», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. X, 1994.
- BECERRA, J. J., «Historia de los órganos jurisdiccionales agrarios en México y sus perspectivas a futuro», *Podium notarial*, n° 29, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

BELADIEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia», *Cuadernos de Derecho Público*, n° 21, 2004.

BELORGEY, J. M., «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho político*, n° 70, 2007.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *La intervención administrativa en materia de vivienda. Aspectos competenciales, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

BENCHIKH, M., «La dignité de la personne humaine en droit international», en M. L. PAVIA y T. REVET (eds.), *La dignité de la personne humaine*, Economica, París 1999.

BENDA, E., *Handbuch des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2ª ed., 1995.

– «El Estado social de Derecho», en E. BENDA y otros (eds.), *Manual de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

BENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, F., *El patrimonio cultural español (aspectos jurídicos, administrativos y fiscales)*, Comares, Granada, 1988.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La competencia para legislar sobre parejas de hecho», *Derecho Privado y Constitución*, n° 17, 2003.

– (Coord.) *Manual de propiedad intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BERGALLI, R. y MARI, E. (eds.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989.

BERLIN, I. «Two Concepts of Liberty», en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford, 1986.

BERLIT, U., «Las prestaciones existenciales para el aseguramiento del sustento en Alemania», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.

BERMEJO LATRE, J. L., «La evolución de las políticas de vivienda en la España del siglo XX», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- BERMEJO VERA, J., «La Administración inspectora», *Revista de Administración Pública*, n° 147, 1998.
- BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003.
- «Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria», *Discusiones*, n° 4, 2004.
- BERRUEZO ALBÉNIZ, M. R. y CONEJERO LÓPEZ, S. (coords.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*, v. 1, 2009.
- BERTINOTTI, F., *Chi comanda qui? Come e perché si è smarrito il ruolo della Costituzione*, Mondadori, Milán, 2010.
- BESSELINK, L. F. M., «Extrapped by themaximum estándar: on fundamental Rights, pluralismo andsubsidiarity in the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 35, n° 3, 1998.
- BEUTLER, B., *Das Staatsbild in den Länderverfassungen nach 1945*, Duncker & Humblot, Berlín, 1973.
- BEVERIDGE, W., *Seguro Social y Servicios afines*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- BIDART CAMPOS, G., *Historia Política y Constitucional de Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 1976.
- «Las fuentes del Derecho constitucional y el principio *pro homine*», en *El Derecho constitucional del siglo XXI*, Buenos Aires, 2000.
- *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2002.
- BIEL PORTERO, I., «Discapacidad, Derecho Internacional y ¿Cooperación al Desarrollo?», en J. FERRER LLORET y S. SANZ CABALLERO (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BIEL PORTERO, I. y REY ANEIROS, A., «La apuesta comunitaria por el enfoque de las personas dependientes: la dignidad de la persona como punto de partida», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA (dir.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, BOE, Madrid, 2007.
- «La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿Una etapa superada?», en C. R. FERNÁNDEZ LIESA (dir.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, BOE, Madrid, 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (coords.), *La Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- BIGLINO CAMPOS, P. (dir.), *Nuevas expectativas democráticas y elecciones*, Iustel, Madrid, 2008.
- BILBAO UBILLOS, J. M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEPC, Madrid, 1997.
- «Prohibición de discriminación y autonomía privada», en *Los Alardes: una perspectiva jurídica*, Irún, 2000.
 - «Prohibición de discriminación y relaciones entre particulares», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 18, 2006.
 - «Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., 2009.
- BLANC ALTEMIR, A., «Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal», en A. BLANC (ed.), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001.
- BLANCO VALDÉS, R., *La Constitución de 1978*, Alianza, Madrid, 2003.
- «El Estatuto catalán y la Sentencia de nunca acabar», *Claves de Razón Práctica*, n° 205, 2010.
- BLASCO DÍAZ, J. L., «El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BLASCO LAHOZ, J. F., *La protección asistencial en la Seguridad Social: La Ley de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, de 20 de diciembre)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- *La reforma de la Seguridad Social: el Pacto de Toledo y su desarrollo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
 - «Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de españoles no residentes en España», *Actualidad Laboral*, n° 2, 2000.
 - «El procedimiento para la determinación del grado de minusvalía o enfermedad crónica», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 214, 2001.
 - *El Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

- BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, Aguilar, Madrid, 1980.
- BOBBIO, N., «Introducción» a C. ROSSELLI, *Socialismo liberal*, Pablo Iglesias, Madrid, 1991.
- *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.
 - *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- BÖCKENFÖRDE, E. W., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Francfort, 1976.
- *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos, Baden-Baden, 1993.
- BOIX PALOP, A., «La adaptación del concepto normativo de libro a la pluralidad de soportes en la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Trata de seres humanos, en especial menores», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n° 23, 2010.
- BONDIA GARCÍA, D. y BONET I PÉREZ, J., «La carta social europea», en F. GÓMEZ ISA y J. M. PUREZA (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 2004.
- BORGETTO, M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993.
- «Alinéa 5», en G. CONAC y otros, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, Dalloz, Paris, 2001.
- BORGIA SORROSAL, S.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, A.; y NAVAU MARTÍNEZ-VAL, P., «La vivienda en alquiler en España: pasado, presente y futuro de la política legislativa actual», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 24, 2011.
- BORRAJO DACRUZ, E., *Estudios jurídicos de previsión social*, Aguilar, Madrid, 1963.
- «La Seguridad Social en la Constitución Española», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II: *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.
 - (ed.), *Política Social y familia en España*, Fundación A. Brañas, Santiago de Compostela, 1992.
 - «Artículo 43. Protección de la salud», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, t. IV, 1996.
 - «El "Decretazo": constitucionalidad de la supresión de los salarios de tramitación en el despido improcedente», *Actualidad Laboral*, suplemento n° 7, 2003.
 - «La jubilación laboral como institución jurídica. Vejez, senilidad, retiro y redistribución del empleo», *Actualidad Laboral*, n° 16, 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- BORRÁS, J. M. (dir.), *Historia de la infancia en la España contemporánea, 1834-1936*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- BOROWSKI, M., *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- «Grundrechtliche Leistungsrechte», *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, n° 50, 2002.
- BORGETTO, M., *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, París, 1993.
- BORGETTO, M. y LAFORE, R., *La république sociale*, PUF, París, 2000.
- BORGIA SORROSAL, S., «Los principios constitucionales de eficiencia y economía en la programación y ejecución de los gastos públicos», *Presupuesto y Gasto Público* n° 36, 2004.
- BOVINO, A. y COURTIS, C., «Por una dogmática conscientemente política», en C. COURTIS (comp.), *Desde otra mirada. Textos de Teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.
- BRAGE CAMAZANO, J., *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- «Estudio preliminar. Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las Repúblicas de Weimar y Bonn», en R. SMEND, *Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*, UNAM, México, 2005.
- «Ensayo de teoría general sustantiva de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Du Seuil, París, 2001.
- BRATT, R. G.; STONE, M. E. y HARTMAN, C., «Why a right to housing is needed and makes sense», en *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- BRAUD, P., *La notion de liberté publique en droit français*, LGDJ, París, 1968.
- BRAYBROOKE, D., «Let needs diminish that preferences may prosper», *American Philosophical Quarterly Monograph*, n° 1, 1968.
- BREMER, M., «Summary Report: On Public Health and the Human Rights Framework», en H. LEWIS (ed.), *Realizing Economic, Social and Cultural Rights: Communities, Courts and the Academy*, Northeastern University School of Law, Boston, 2006.
- BREUER, R., «Grundrechte als Anspruchsnormen», en O. BACHOF, L. HEIGL y

- K. REDEKER (comps.), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe zum 25jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts*, Munich, 1978.
- BREUER, R., «Freiheit des Berufs», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (coords.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, t. VI, 1989.
- BRILLAT, R., «La Charte sociale européenne et le contrôle de son application», en N. ALIPRANTIS (ed.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- BRONFMAN, A., «El sentido de la evaluación legislativa en los sistemas políticos democráticos», en *La evaluación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2006.
- BRYSON, D. B., «The role of the Courts and a right to housing», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- BUCHANAN, A., «The Right to Decent Minimum of Health Care», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, 1984.
- BUENO ABAD, J. R., *Servicios sociales: planificación y organización*, NAU, Valencia, 1992.
- BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupos*, Bosch, Barcelona, 1995.
- BURCHILL, R., «Democracy and the promotion and protection of socio-economic rights», en M. A. BADERIN y R. McCORDQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BURDEAU, G., *Manuel de droit public. Les libertés publiques. Les droits sociaux*, LGDJ, París, 1948.
- BURGOA, I., *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 39ª ed., 2002.
– *Las garantías individuales*, Porrúa, México, 36ª ed., 2003.
- BURÓN CUADRADO, J., «Las reservas de suelo para vivienda protegida: lecciones del caso de Vitoria-Gasteiz», *ACE: architecture, city and environment*, 2006.
- BUSTAMANTE, E., *Comunicación y cultura en la era digital*, Gedisa, Barcelona, 2003.
- CAAMAÑO, F., «Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 79, 2007.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., «La tutela judicial efectiva del derecho a la salud», *Revista General de Derecho*, n° 540, 1989.
– *El recurso contencioso-administrativo. Temas claves en la defensa del ciudadano ante la Administración*, Trivium, Madrid, 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Los procesos civiles sobre consumidores y usuarios y de control de las cláusulas generales de los contratos*, Tecnos, Madrid, 2005.
- «El recurso de amparo que queremos. Reflexiones a propósito de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma parcial de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 88, 2010.

CABALLERO LOZANO, J. M., «La capacidad asociativa del menor de edad», en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, t. I, 2003.

CABEDO MALLOL, V., *Marco constitucional de la protección de menores*, Instituto de Iberoamerica y el mediterráneo, Valencia, 2006.

CABELLOS ESPIÉRREZ, M. A., *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001.

- «La relación derechos-Estado Autonómico en la sentencia sobre el Estatuto valenciano», *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, n° 7, 2008.
- «Derechos y garantías jurisdiccionales en la sentencia sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», *Revista Catalana de Dret Públic*, Especial sentencia 31/2010, 2010.

CABEZUDO BAJO, M. J., «La restricción de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n° 62, 2005.

CABRA DE LUNA, M. A., «Dimensión y alcance de las políticas públicas sobre discapacidad en España: el reparto de papeles entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 65.

– *El tercer sector y las fundaciones de España hacia el nuevo milenio*, Fundación ONCE/Escuela Libre Editorial, Madrid, 1998.

CABRA DE LUNA, M. A. y GAZTELU SAN PIO, C., «La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales», en E. ALCAÍN, J. GONZÁLEZ-BADÍA y C. MOLINA (coords.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2006.

CABRERA CABRERA, P. J., «El difícil acceso a la vivienda en España», http://www.enredpsh.org/IMG/pdf/FEANTSA_2001_Informe_espa_ol_Accesibilidad_.pdf.

CACHÓN, P., «Artículo 39», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

CAICEDO CAMACHO, N., «Los servicios sociales y la inmigración», en E. AJA (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- CALVO GARCÍA, M., «La implementación y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales», en V. ZAPATERO y M. I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, 2009.
- CALVO ORTEGA, R., «Reflexiones sobre los principios rectores de la política social y económica en la Constitución», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n° 37, Madrid, 2007.
- *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario. Parte General*, Civitas, Madrid, 13ª ed., 2009.
- CÁMARA DEL PORTILLO, D. y PARADA VÁZQUEZ, J. R., «La enseñanza libre y el derecho a examen en la educación universitaria», *Revista de administración pública*, n° 117, 1988.
- CÁMARA VILLAR, G., «Sobre el concepto y fines de la educación en la Constitución Española» en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, v. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- «Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978)», en G. TRUJILLO y otros, *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, CEPC, Madrid, 2000.
- «El derecho de la educación de los extranjeros en España (art. 9)», en M. MOYA ESCUDERO (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- «El derecho a la educación», en C. MOLINA NAVARRETE y otros, *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», *Revista de educación*, n° 344, 2007a.
- «Educación para la Ciudadanía y promoción de los Derechos Humanos», *Temas para el debate*, n° 149, 2007b.
- «Educación y enseñanza», en F. BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007c.
- CAMAS, F. (coord.), *La edad en relación al empleo, la Seguridad Social y la inmigración*, Bosch, Barcelona, 2009.
- CAMBA CONSTENLA, C., «La reforma de la legislación cinematográfica: la Ley 15/2001, de 9 de julio, de Fomento y Promoción de la Cinematografía y del Sector Audiovisual», *Revista de Administración Pública*, n° 157, 2002.
- CAMPBELL, T, *The Left and Rights*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1983.
- CAMPILLO SAINZ, J., *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales*, Jus, México, 1952.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- CAMPINS ERITJA, M., «La Unión Europea y la protección de la salud pública», en X. PONS RAFOLS (ed.), *Salud pública mundial y Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, M., «Los jueces nacionales ante la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: algunas cuestiones que suscita el Título VII de la Carta», *Noticias de la Unión Europea*, n° 291, 2009.
- CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., «La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo», en *El derecho Internacional en un mundo en transformación. Liber amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Arechaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994 (1).
- «La Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, IIDH, San José, 1994 (2).
- CANDELA SORIANO, M., *Los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la acción exterior de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2006.
- CANO BUESO, J., «Insuficiencias del procedimiento legislativo en el Estado social», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997.
- CANO CAMPOS, T., «El marco general de la intervención pública en la Economía y sus técnicas de intervención», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, t. VIII, *Los sectores regulados*, vol. I, Iustel, Madrid, 2009.
- CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, Valladolid, 2006.
- «La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos», en J. GARCÍA ROCA y P. A. Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- «La prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado: un ejemplo de integración entre tratados internacionales (art. 4 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., 2009 (1).
- «Derecho a la instrucción y pluralismo educativo (art. 2 P1)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., 2009 (2).

- CANOTILHO, J. J. G. y MOREIRA, V., *Fundamentos da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.
- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 3ª ed., 1993.
 - *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, vol. I, 4ª ed., 2007.
- CANTARO, A., «El declive de la Constitución Económica del Estado social», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997.
- *Europa soberana. La constitución de la Unión entre guerra y derechos*, El Viejo Topo, Barcelona, 2006.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 80, 2008.
- CANTERO RIVAS, R. y ESTÁN TORRES, M. C., *El reintegro de gastos sanitarios causados en instituciones sanitarias ajenas a la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1998.
- CAPITÁN DÍAZ, A., *Historia de la educación en España*, Dykinson, Madrid, 1991.
- *Educación en la España contemporánea*, Ariel, Barcelona, 2000.
 - *Breve historia de la educación en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- CAPITANT, D., «À propos de la protection des droits économiques et sociaux en France», en *Les droits individuels et le juge en Europe – Mélanges Fromont*, Presses universitaires, Estrasburgo, 2001.
- CARAMÉS PUENTES, J. «Comentario Artículo 40», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007.
- CARASA SOTO, P., «Metodología del estudio del pauperismo en el contexto de la revolución burguesa española», en S. CASTILLO (ed.), *La Historia Social en España. Actualidad y perspectivas*, Siglo XXI, Madrid, 1991.
- CARAVITA, B., *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, Padua, 1984.
- CARBALLO MARTÍNEZ, G., *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CARBONELL, F., *Inmigrants estrangers a l'escola*, Alta Fulla, Barcelona, 1997.
- CARBONELL, M., *Los Derechos Fundamentales en México*, UNAM-Porrúa, México, 2005.
- «Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas», en C. COURTIS y R. ÁVILA SANTAMARÍA (eds.), *La protección judicial*

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

de los derechos sociales, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2009.

CARBONELL, M.; CRUZ PARCERO, J. A. y VÁZQUEZ, R. (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000.

CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2009.

CARDENAL, M. y HIERRO, J., «Movimientos migratorios y Seguridad Social: el esperado Reglamento de aplicación», *Aranzadi Social*, n° 15, 2009.

CARDENAS, M. E., *Justicia pensional y neoliberalismo*, ILSA, Bogotá, 2004.

CARDONA LLORENS, J., «Migración, derechos humanos y discapacidad», en F. ALDECOA LUZARRAGA y J. M. SOBRINO HEREDIA (coords.), *Migraciones y desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

CARDONA LLORENS, J. y SANJOSÉ GIL, A., «Derechos humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?», en R. Z. R. LEAO (coord.), *Os Rumbo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, t. V, 2005.

– «Un cambio de paradigma en la protección de los derechos humanos: la Convención de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad», en J. FERRER LLORET y S. SANZ CABALLERO (coords.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al derecho internacional y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

CARDONA RUBERT, M. B. (coord.), *Empleo y exclusión social: Rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Bomarzo, Albacete, 2008.

CARETTI, P., *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Turín, 2ª ed., 2005.

CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: Delimitación y problemática de su eficacia jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, n° 76, 1992.

– «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n° 84, 1994.

– *El Estado social de Derecho en la Constitución*, CES, Madrid, 2000.

– «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», *Revista Foro Constitucional Iberoamericano*, n° 8, 2004.

– «La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2005.

- «La consolidación del Estado social en España. El Estado asistencial», en J. PÉREZ ROYO, J. P. URÍAS MARTÍNEZ y M. CARRASCO DURÁN, *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, Aranzadi, Cizur Menor, t. I, 2006 a.
 - «El principio de igualdad material en la Constitución Europea», en M. CARRILLO y H. LÓPEZ BOFILL (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006b.
 - «Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital», *Nuevas Políticas Públicas* n° 2, 2006c.
 - «¿Es la prostitución una vulneración de los derechos fundamentales?», en R. SERRA CRISTÓBAL (coord.), *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
 - «¿Los derechos sociales de prestación son derechos fundamentales?», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, Madrid, 2008.
 - «El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., 2009.
- CARNERERO CASTILLA, R., «El Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales», *Boletín jurídico de la Universidad Europea de Madrid*, n° 2, 1999.
- CARO BAROJA, J., *Los pueblos de España*, Itsmo, Madrid, 1963.
- CARPIZO, J., *Estudios constitucionales*, UNAM, México, 1980.
- *La Constitución mexicana de 1917*, UNAM-Porrúa, México, 6ª ed., 1983.
- CARRACEDO BULLIDO, R., «Por un análisis feminista sobre la prostitución», y VIGIL, C. y VICENTE, M. L. «Prostitución, liberalismo sexual y patriarcado»; <http://www.aboliciondelaprostitucion.org/documentos.htm>.
- CARRASCO DURÁN, «Los complementos de las Comunidades Autónomas a las pensiones no contributivas: un impulso a un nuevo modelo de asistencia social», *Nuevas Políticas Públicas*, n° 2, 2006.
- CARRERA I COMES, N., «The experience of the Municipality of Barcelona regarding immigration and diversity», ponencia presentada en el encuentro celebrado en Bolonia (4 y 5 de marzo de 2004) bajo el título *Immigration and living together in the European cities*.
- CARRILLO, M., «La eficacia de los derechos sociales: entre la Constitución y la ley», *Jueces para la Democracia*, n° 36, 1999.
- «Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 80, 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

CARRILLO SALCEDO, J. A., «El sistema jurisdiccional europeo de protección de los derechos humanos: la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, n° 6, 1989.

- «Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n° 2, 1991.
- «Vers la réforme du mecanisme de contrôle institué par la Convention Européenne des Droits de l'Homme», *Revue Générale de Droit International Public*, 1993.
- «España y la protección de los derechos humanos: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español», *Archiv des Volkerrechts*, 1994.
- *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después*, Trotta, Madrid, 1999.
- «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II): Plano regional: El sistema de protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, CGPJ, 1999.
- «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Europeo*, n° 9, 2001.
- «Una cuestión pendiente: la adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 2, 2002 (1).
- «La protección de los derechos humanos en la Unión Europea», en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, 2002 (2).
- *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003 (1).
- «La búsqueda de una solución normativa a los derechos humanos en la Unión Europea», en *Iglesia, Estado y sociedad internacional: libro homenaje a D. José Jiménez y Martínez de Carvajal*, Universidad San Pablo-CEU, 2003 (2).
- «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Crónicas jurídicas hispalenses: Revista de la Facultad de Derecho*, n° extra 1, 2005.
- «Problemas a los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrenta en la actualidad y remedios posibles», en *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Aranzadi, 2006.

- «La Declaración Universal de Derechos Humanos ¿es universal?», *Tiempo de Paz*, n° 48, 1998 y n° 90, 2008.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., ARCOS VARGAS, M. y SALADO OSUNA, A., «La Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, 1994.
- CARROZZA, P., «El *Multilevel Constitutionalism* y el sistema de fuentes del derecho», *Revista española de Derecho Europeo*, n° 19, 2006.
- CARTABIA, M., «L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"», *Quaderni costituzionali*, n° 3, 2009.
- CASAL, J. M., «¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 82, 2008.
- *Los derechos fundamentales y sus restricciones*, Legis, Caracas, 2010.
- CASALE, G., «Diálogo social para luchar contra la pobreza: La OIT señala el camino», *Revista Educación Obrera. Oficina Internacional del Trabajo de la OIT*, n° 134-135.
- CASAS, M. E.; BAYLOS, A. y ESCUDERO, R., «El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después: pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas», *Relaciones Laborales*, n° 6 y 7, 1990.
- CASAS BAAAMONDE, M. E., «Las competencias de las Comunidades Autónomas en las materias laboral, de empleo y emigración: análisis del Estatuto de Autonomía de Galicia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 23, 1988.
- «Prólogo» a R. DE LORENZO GARCÍA y L. C. PÉREZ BUENO (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- CASCAJO CASTRO, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988.
- «Recientes anotaciones conceptuales sobre los derechos sociales», en *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Bosch, Barcelona, 2008.
- «Los derechos sociales, hoy», *Revista catalana de dret públic*, n° 38, 2009.
- «Derechos sociales», en *Derechos sociales y principios rectores. IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, en prensa.
- CASES, J. A., «Artículo 42. Protección de los emigrantes», en O. ALZAGA VILLAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, t. IV, 1996.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- CASTAÑÉ GARCÍA, J., «La vivienda, un largo camino por recorrer», *Documentación Social*, n° 138, 2005.
- CASTELLÁ ANDREU, J. M., *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública*, Cedecs, Barcelona, 2001.
- «Hacia una protección "multinivel" de los derechos en España. El reconocimiento de derechos en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IIJ-UNAM, n° 120, 2007.
 - «Constituciones estatales y declaraciones de derechos en el federalismo norteamericano», en J. GAVARA DE CARA (ed.), *Los derechos como principios objetivos en los Estados compuestos*, Bosch, Barcelona, 2010.
 - «Derechos en la STC 31/2010: ¿rectificación o depuración de la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia 247/2007?», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 16, 2011
- CASTILLO, S. y RUZAFA, R., *La previsión social en la historia*, Siglo XXI, Madrid, 2009.
- CASTILLO CÓRDOVA, L., «La dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n° 9, 2005.
- *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- CASTILLO GALLARDO, M., *Manual de servicios sociales comunitarios*, Síntesis, Madrid, 2006.
- CASTORIADIS, C., «¿Qué democracia?», en *Escritos políticos*, La Catarata, Madrid, 2005.
- CASTRO, J., *Lecciones de garantías y amparo*, Porrúa, México, 1978.
- CASTRO BUITRAGO, E. J., RESTREPO YEPES, O. C. y GARCÍA MATAMOROS, L. V., «Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, n° extra 1, 2007.
- CASTRO RIVERA, A., «Los derechos humanos económicos, sociales y culturales», *Estudios Jurídicos*, n° 2, 2007.
- CAVALLO AGUILAR, G., «El reconocimiento jurisprudencial de la tortura y de la desaparición forzada de personas como normas imperativas de derecho internacional público», *Ius et Praxis*, vol. 12, n° 1, 2006.
- CAVAS, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., «La protección social por desempleo en el sistema constitucional de relaciones laborales», en A. V. SEMPERE (dir.),

- El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», *Aranzadi Social*, n° 14, 2004.
- «La protección social en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Aranzadi Westlaw.Es*, 2007.
 - «¿Hacia dónde camina el nivel no contributivo de la Seguridad Social?», *Aranzadi Westlaw.Es*, 2007.
 - «Y el diálogo social dio sus frutos», *Aranzadi Social*, n° 22, 2011.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V., *Ley de Dependencia. Estudio de la LD, de 14 de diciembre, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- CAZORLA, L. M., «Artículo 43», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- «Artículo 129.1», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001a.
- CAZORLA PRIETO, L. M. y BLASCO DELGADO, C., en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- CEAPA, *Gratuidad de los libros de texto en las Comunidades Autónomas*, (Curso 2007-2008), Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos, 2008; http://www.stecyl.es/informes/070911_Informe_libros_texto_CEAPA.pdf.
- CEDALS, *Estimating Income Poverty and Inequality from the Gallup World Poll: The Case of Latin America and the Caribbean*, Universidad de La Plata, Ciudad de la Plata, 2009; <http://ideas.repec.org/p/dls/wpaper/0083.html>.
- CEPAL, *Los Derechos Sociales en Argentinas Qué era eso?*, Santiago de Chile, 2002.
- *Macroeconomía en recuperación: la Argentina post-crisis*, Santiago de Chile, 2006.
- CEPEDA, M. J., *Polémicas constitucionales*, Legis, Bogotá 2007.
- CERMI (Comité Español de Representantes de las Personas con Discapacidad), *Informe de Derechos Humanos y Discapacidad 2008*.
- CERVILLA GARZÓN, Mª D., *¿Se pueden modificar retroactivamente las pensiones?*, Tecnos, Madrid, 1995.
- CHACÓN MATA, A. M., «El uso de indicadores para justificar y exigir el derecho a la educación: Apuntes para un debate», *Actualidades Investigativas en Educación*, v. 6, n° 2, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Derechos económicos, sociales y culturales. Indicadores y justiciabilidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.
- «Contenido y alcance del derecho a la educación en el ámbito internacional», *Actualidades Investigativas en Educación*, v. 7, n° 2, 2007.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., «Libertés économiques et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux», en E. DOCKÈS (coord.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, París, 2007.

CHAPMAN, A. R. y RUSSELL, S., «Introduction» a *Core obligations: building a framework for economic, social and cultural rights*, Intersentia, Antwerp, 2002.

CHARPENTIER, L., «L'arrêt Kalanke. Expression du discours dualiste de l'égalité», *Revue trimestrielle de Droit européen*, 1996.

CHATTON, G. T., «L'harmonisation des pratiques jurisprudentielles de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité européen des droits sociaux: une évolution discrète», en C. CHAPPUIS, B. FOEX y T. KADNER (eds.), *L'harmonisation internationale du droit*, Schulthess, Ginebra, 2007.

CHÉROT, J. y VAN REENEN, T. (coords.), *Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation*, Presses universitaires, Aix, 2005.

CHICANO JÁVEGA, E. (dir.), *Legislación sobre violencia de género*, Thomson, Aranzadi, 2007.

CHINCHILLA, T. E., *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá, 1999.

CHUECA SANCHO, A. G., «Por una Europa de los Derechos Humanos (La adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma)», Universidad de Zaragoza: http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/CHUECA.doc.

- «Una aproximación crítica a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n° 14, 2007.

CICALA, G., *Diritti sociali e crisi del diritto soggettivo nel sistema costituzionale italiano*, Nápoles, 1967.

CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva*, Comares, Granada, 2006.

CIRIANO VELA, C. D., *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000.

CLAPHAM, A. y WEILER, J. H., «Lesbians and Gay Men in the European Com-

- munity Legal Order», en K. WAALDIJK y A. CLAPHAM (eds.), *Homosexuality: a European community issue*, Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- COBO, M. y BOIX, J., «Art. 25. Garantía penal», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. III: Artículos 24 a 38, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.
- COBREROS MENDAZONA, E., «Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 19, 1987.
- *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, IVAP, Oñati, 1988.
- «Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 81, 2007.
- COGNAC, G.; PRÉTOT, X. y TEBOUL, G (coords.), *Le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz, París, 2001.
- COGO LEIVAS, P. G., «Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial», en C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *Direitos sociais*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.
- COHEN, S., *Visiones de control social: delitos, castigos y clasificaciones*, PPU, Barcelona, 1988.
- COHEN, D., *La prosperidad del mal. Una introducción (inquieta) a la economía*, Taurus, Madrid, 2010.
- COHEN, G. «Libertad y dinero», *Estudios Públicos*, n° 80, 2000.
- «Vuelta a los principios socialistas», en R. GARGARELLA y F. OVEJERO (comps.), *Razones para el socialismo*, Paidós, Barcelona, 2001.
- COLMENERO GUERRA, J. A., «Algunas notas sobre la tutela jurisdiccional de los derechos sociales», *Nuevas políticas públicas*, n° 2, 2006.
- COMBARROS VILLANUEVA, V. E., «La fiscalidad y su incidencia en la disponibilidad de la vivienda», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- COMINO, A., DE MARCO, A. y NATALINI, A., «La determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni», en L. TORCHIA (ed.), *Welfare e federalismo*, Il Mulino, Bolonia, 2005.
- COMISIÓN EUROPEA, *Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea*, COM (2001) 681 final, 2001a.
- *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Plan de acción eLearning – Concebir la educación del futuro*, COM (2001) 172, 28 de marzo de 2001, 2001b.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

- *Comunicación de la Comisión «Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente»*, 2001c.
- *The Situation of Roma in an Enlarged European Union*, Comisión Europea, Bruselas 2004, http://europa.eu.int/comm/employment_social/publications/2005/ke6204389_en.pdf.
- *Comunicación de la Comisión relativa a las políticas europeas en el ámbito de la juventud – Responder a las expectativas de los jóvenes en Europa – Aplicación del Pacto europeo para la juventud y promoción de la ciudadanía activa* (30 de mayo de 2005), COM (2005) 206, 2005.
- *Comunicación de la Comisión sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación* (8 de septiembre de 2006), COM (2006) 481, 2006a.
- *Comunicación de la Comisión «Aplicar el programa comunitario de Lisboa: Fomentar la mentalidad empresarial mediante la educación y la formación»* (13 de febrero de 2006), COM (2006) 33, 2006b.
- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa al refuerzo de la cooperación con terceros países en materia de enseñanza superior*, COM (2001) 385 final, 2006c.
- *Comunicación de la Comisión «Cumplir la agenda de modernización para las universidades – Educación, investigación e innovación»*, COM (2006) 208 (10 de mayo de 2006), 2006d.
- *Comunicación de la Comisión sobre el seguimiento del Libro Blanco, «Un nuevo impulso para la juventud europea»: Aplicación de los objetivos comunes de participación e información de los jóvenes a fin de promover su ciudadanía europea activa* (20 de julio de 2006), 2006f.
- *MISSOC, La protection sociale dans les états membres de l'Union*, Luxemburgo 2007; en Internet, http://ec.europa.eu/employment_social/soc-prot/missoc98/german/12/index.htm.
- *Comunicación de la comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: «Fomentar la plena participación de los jóvenes en la educación, el empleo y la sociedad»*, COM (2007) 498 final, Bruselas, 5 de septiembre de 2007, 2007.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, «VII. Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en *Principales nociones e institutos de Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, 1991, (<http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/html/swinarsky>).

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS (Declaraciones), *Haiti: United Nations Expert body establishes group to advise on the Situation of the Disabled* (3 de mayo de 2010).

- *Earthquake: «Reconstruction must also become a reality for the disabled»* (4/14/2010).
- *Statement of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities in connection with the earthquake in Qinghai China* (23 de abril de 2010).

CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, Declaración y programa de acción de Viena, Adoptados por la Conferencia Mundial sobre los Derechos del Hombre, el 25 de junio de 1993.

CONILL, J., «¿Adiós a hipócrates? Conflictos éticos en la medicina gestionada», *Claves de Razón Práctica*, n° 98, 1999.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Informe sobre el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva*, febrero 2007

CONSEJO DE EUROPA, *Recomendación n R (85) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos en las escuelas*, de 14 de mayo de 1985, durante la 385a reunión, que recomienda favorecer la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos según sugerencias detalladas en un anexo, 1985.

- *Recomendación del Comité de Ministros R (2000) 4, de 3 de febrero de 2000, relativa a la educación de los niños romaníes y gitanos en Europa*, 2000.
- *Recomendación del Comité de Ministros R (2002) 6, de 15 de mayo de 2002, sobre la educación superior en las políticas de aprendizaje permanente*, 2002.
- *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa Rec (2004) 13, de 17 de noviembre de 2004, sobre la participación de los jóvenes en la vida local y regional; en el ámbito de la Unión Europea*, 2004.
- *Rapport sur la participation des usagers aux services sociaux fournis aux particuliers*, Comité européen pour la cohésion sociale, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 2007.
- *Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales* (www.coe.int/socialcharter), en las versiones oficiales del Consejo de Europa y en la última edición de septiembre de 2008 (en francés *Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux* y en inglés *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente*, 2002.

- *Resolución del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 «Hacer de la escuela un ambiente de aprendizaje abierto para prevenir y luchar contra el abandono de los estudios y el malestar de los jóvenes y favorecer su inclusión social»*, 2003.
- *Conclusiones del Consejo 8771 (2007) sobre las futuras perspectivas de la cooperación europea en el ámbito de la política de juventud* (25 de mayo de 2007), 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y COMISIÓN EUROPEA, *Educación y Formación* 2010 C 142/1: Programa de trabajo detallado para el seguimiento de los objetivos de los sistemas de educación y formación en Europa (14 de junio de 2002), 2002.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La situación de las personas con discapacidad en España*, Informe 4/2003, CES, Madrid, 2004.

- *Dictamen n° 10/2005, de 21 de diciembre de 2005*, sobre el Anteproyecto de Ley del estatuto de los ciudadanos españoles en el exterior.
- «Edad de jubilación y política de empleo», *Observatorio de Relaciones Industriales*, n° 82, 2005.
- *Informe 01/2010: Desarrollo autonómico, competitividad y cohesión social en el sistema sanitario*, CES, Madrid, 2010.

CONSTANT, B. «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», en *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989.

CONSTENLA, C. R., *Teoría y práctica del Defensor del Pueblo*, Reus, Madrid, 2010.

CONSEIL D'ETAT, *Rapport public 2009 Droit au logement droit du logement*, La Documentation Française, Paris, 2009.

CONTRERAS PELÁEZ, F. J., *Derechos sociales: teoría e ideología*, Madrid, Tecnos, 1994.

- *Defensa del Estado social*, Universidad de Sevilla, 1996.

COOMANS, F., «Some introductory remarks on the justiciability of economic and social rights in a comparative constitutional context», en *Justiciability of economic and social rights. Experiences from domestic systems*, Intersentia, Antwerpen, 2006.

CORCHETE MARÍN, M. J., «Los nuevos derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007.

CORIJN, E., «Las políticas culturales en el centro de la política urbana», *Claves de Razón Práctica*, n° 119, 2002.

CORNILS, M., *Die ausgestaltung der grundrechte*, Mohr, Tubinga, 2005.

CORREA HENAO, N. R., *Derecho procesal de la acción de tutela*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2001.

CORREIA, F. A., «Os direitos fundamentais e a sua protecção jurisdiccional efectiva», *Boletim da Universidade de Direito*, vol. 79, 2003.

- «A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n° 3951, 2008.

CORTE HEREDERO, N., «Artículo 42», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

- CORTÉS ALCALÁ, L. «La crisis de la vivienda», *Documentación Social*, n° 138, 2005.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, M. y MARTÍN DELGADO, J. M^a., *Ordenamiento tributario español*, Civitas, Madrid, 3^a ed., 1977.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.
- «Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución», en E. RABASA (coord.), *Ochenta años de vida constitucional en México*, UNAM, México, 1998.
- COSTA, J. P., «La Carta Social Europea revisada», en S. Muñoz Machado y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000.
- COTARELO, J., «Estado social», en J. J. GONZÁLEZ ENCINAR (dir.), *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984.
- COTINO HUESO, L., «Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 22/23, 1998.
- «Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España (*Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década*)», *Revista del Poder Judicial*, n° 55, 1999.
 - (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000a.
 - «Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis», en *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000b.
 - *Derecho constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2007, http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,1428/.
 - *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, CEPC, Madrid, 2012.
- COURTIS, C., «Social Rights and Privatisation: Lessons from the Argentine Experience», en K. DE FEYTER y F. GÓMEZ ISA (eds.), *Privatisation and Human Rights in the Age of Globalisation*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2004.
- *La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en la Argentina*, en *Memorias del Seminario Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y*

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

Culturales, vol. 1, 2005, <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro6/libro6.pdf>.

- «La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios», en C. COURTIS (ed.), *Ni un paso atrás*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- «La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud: apuntes críticos», en V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.
- «Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social», en A. SOJO y A. UTHOFF (eds.), *Desempeño económico y política social en América Latina y el Caribe: Los retos de la equidad, el desarrollo y la ciudadanía*, Fontamara, México, 2007.
- «Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
- *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009.
- «La aplicación de los Tratados internacionales de derechos humanos por los Tribunales nacionales. El caso de los derechos de la mujer», en C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010.
- *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2010.

COURTIS, C. y ABRAMOVICH, V., «Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de los derechos económicos, sociales y culturales», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 4, 2001. (http://www.uv.es/CEFD/Index_4.html).

COX, R. H., «The consequences of welfare reform: how conceptions on social rights are changing», *Journal of Social Policy*, n° 27, 1998.

CRAVEN, M., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*, Clarendon Press, Oxford, 2002.

- «The violence of dispossession: extra-territoriality and economic, social and cultural rights», en M. A. BADERIN y R. McCORDQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- CREMADES, J., «Cultura e Internet. Una nueva revolución», *Claves de Razón Práctica*, n° 103, 2000.
- CRUZ, L. M. *La Constitución como orden de valores*, Comares, Granada, 2005.
- CRUZ, J., «Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros», en M. E. CASAS, F. DURÁN y J. CRUZ (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.
- CRUZ MIÑAMBRES, J. E., *El derecho fundamental a la educación*, Universidad Complutense, Madrid, 1988.
- CRUZ PARCERO, J. A., *Los derechos sociales desde una nueva perspectiva*, CNDH, México, 2000.
- «Los derechos sociales como técnica de protección jurídica» en M. CARBONELL, J. CRUZ PARCERO y R. VÁZQUEZ (comps.), *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Porrúa, México, 2001.
 - «Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de derechos sociales (réplica a Fernando Atria)», *Discusiones*, n° 4, 2004.
 - *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.
- CRUZ VILLALÓN, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 25, 1989.
- «El legislador de los derechos fundamentales», en A. LÓPEZ PINA (dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.
 - «Derechos fundamentales y legislación», en *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Ignacio de Otto*, Universidad de Oviedo, 1993.
 - «Los derechos sociales y el Estatuto de Autonomía», en G. CÁMARA y J. CANO (ed.), *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993.
 - *La Constitución inédita*, Trotta, Madrid, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, J., «La protección social de la dependencia», *Temas Laborales*, n° 89, 2007.
- CUERDA ARNAU, M. L., «Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores», en *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1997.
- CUESTA BUSTILLO, J., *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1988.
- CUESTA CIVIS, Y., «El Tribunal de Justicia y la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio de Roma: el Dictamen 2/94», *Derechos y libertades*, n° 7, 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- CUESTA SANZ, C., «La salud como Derecho Humano», en *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DA COSTA NEWTON, P. CH., *Empleo y sexismo. Medidas de protección e inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- DANIELS, N., *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.
- «Justice, Health and Health Care», en *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*, Oxford University Press, Oxford – Nueva York, 2002.
- DANIELS, N. y SABIN, J., «Limits to Health Care: Fair Procedures, Democratic Deliberation and the Legitimacy Problem for Insurers», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 26, n° 4, 1997.
- DÄUBLER, W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, Bund, Frankfurt, 5ª ed., 2004.
- DAUNOU, P., *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Plassan, Paris, 1837.
- DÁVILA, *Simposio internacional sobre prostitución y tráfico de mujeres con fines de explotación sexual*, Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 2001.
- DAVIS, J. E., «Between devolution and the deep blue sea: what's a city or state to do?», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- DE ASÍS, A., «Discriminación por razón de la raza», *Anuario de Derechos Humanos*, 1982.
- DE BECO, R., «Handicap et détention», en G. A. DAL y F. KRENC (dirs.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruylant, Bruselas, 2006.
- DE BLAS GUERRERO, A., *Nacionalismos y naciones en Europa*, Alianza, Madrid, 1994.
- DE CABO MARTÍN, C., *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo*, UNAM, México, 1997.
- «El sujeto y sus derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 7, 2001.
- *Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución*, Trotta, Madrid, 2010.
- DE CARRERAS SERRA, F., «A cada uno lo suyo: las culpas propias y las culpas de Bolonia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 4, 2009.
- DE CASTRO CID, B., «Derechos humanos y Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, n° 18, 1980.

- *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad de León, 1993.
- «La eficacia de los derechos humanos: diversos cauces de operatividad», en *Problemas básicos de Filosofía del Derecho: desarrollo sistemático*, Universitas, 1994.

DE CURREA-LUGO, V., *La salud como derecho humano*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

DE ESTEBAN, J. y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980.

DE FRANCISCO, A., «Los límites de la izquierda», *Claves de Razón Práctica*, n° 204, 2010.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española*, CEC, Madrid, 1984.

DE KONINCK, T., *De la dignidad humana*, Dykinson, Madrid, 2006.

DE LORENO GARCÍA, R., «Fundamentación constitucional y fortalezas/debilidades de la nueva ordenación legal de la dependencia con especial referencia a la discapacidad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 65, 2006.

DE LORENZO GARCÍA, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (dirs.), *Tratado sobre Discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE LA CALLE VELASCO, M. D., *La Comisión de Reformas Sociales, 1883-1903. Política social y conflicto de intereses en la España de la Restauración*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1989.

DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, B., «Autonomía frente a solidaridad: la eterna controversia», *Quincena Fiscal* n° 17, 1998.

DE LA CUEVA ALEU, I., «El derecho constitucional a la protección de la salud. Jurisprudencia constitucional», en J. GUERRERO ZAPLANA (dir.), *Salud pública y Derecho administrativo*, CGPJ, Madrid, 2004.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I.; VEGAS TORRES, J.; y BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Artículo 29», *Revista española de Derecho administrativo*, n° 100, 1998.

- «Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud», en L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y descentralización política*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- «TJCE –Sentencia de 18.12.2007, Laval, c-341/05– Libre prestación de servicios-Desplazamiento de trabajadores-La supuesta legalización del dumping social en el interior de la unión europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 31, 2008.
- «El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, n° 5, 2008.

DE LA ROSA CORTINA, J. M., «El derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores. Perspectivas en Derecho Civil, Penal y reforma de menores», *Revista del Poder Judicial*, n° 72, 2003.

DE LA SERNA BILBAO, M. N., *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DE LA SIERRA, S., «El cine», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, t. VIII: *Los sectores regulados*, v. II, Iustel, Madrid, 2009.

- *Derecho del cine: Administración cultural y mercado*, Iustel, Madrid, 2010.

DE LA VILLA, L. E. y DESDENTADO, A., «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de relaciones laborales y Seguridad Social. De la experiencia republicana a la Constitución de 1978», en *Los trabajadores y la Constitución*, Sociedad de Estudios Laborales, Madrid, 1980a.

- «Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas en la Constitución Española de 1978 (las relaciones laborales y la Seguridad Social)», en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980b.

DE LA VILLA, L. E., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 32, 2001.

- «El modelo constitucional de protección social», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- «El modelo constitucional de protección social», *Aranzadi Social*, n° 3, 2004.

DE LORA, P., «El derecho a la protección de la salud», en *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004.

DE LORA, P. y ZÚNIGA FAIJURI, A., *El derecho a la asistencia sanitaria*, Iustel, Madrid, 2009.

- DE LUCAS MARTÍN, F. J., «La realidad actual de las minorías en nuestra sociedad», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n° 15, 2001.
- DE LUCAS MARTÍN, F. J.; RAMÓN, C.; y SOLANES, A., *Informe sobre la necesidad y oportunidad de la ratificación por España de la Convención internacional de la Organización de Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios*, DIM, Barcelona, 2008.
- DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1992.
- «Globalización, migraciones y derechos humanos: la inmigración como res política», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 10, 2004.
- DE LUCAS, J. y AÑÓN, M. J., «Necesidades, razones, derechos», *Doxa*, n° 7, 1990.
- DE MAUSE, L., *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1982.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J., «Los derechos sociales en la Unión Europea: comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n° 12, 2008.
- «La justicia constitucional en la teoría de la Constitución europea», en V. BAZÁN (coord.), *El derecho procesal constitucional americano y europeo*, Tomo II, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 2010.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. y RAMOS TRUCHERO, G., «La crisis y el gobierno económico de la Unión Europea», *Sistema*, n° 221, 2011.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte digna y Constitución*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2009.
- DE OTTO, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 10, 1984.
- *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC, Madrid, 1985.
- *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986.
- *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.
- «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- DE PALMA DEL TESO, Á., *Administraciones Públicas y protección de la infancia. En especial, estudio de la tutela administrativa de los menores desamparados*, INAP, Madrid, 2006.
- DE PUELLES BENÍTEZ, M., *Educación e ideología en la España contemporánea: (1767-1975)*, Labor, Barcelona, 1980.
- *Textos sobre la educación en España (siglo XIX)*, UNED, Madrid, 1988.
- *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Barcelona, 1991.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «Las reformas educativas en nuestro contexto histórico», *Cuenta y razón*, n° 63, 1992.
- «Política y educación: Cien años de historia», *Revista de educación*, n° extraordinario 1, 2000.
- «¿Cómo conciliar valores y fines en educación?», 2007a.
- «¿Pacto de estado?: la educación entre el consenso y el disenso», *Revista de educación*, n° 344, 2007b.

DE SALAS MURILLO, S., «El arrendamiento en el marco del derecho a la vivienda», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

DE SOUSA, B., *Democracia de alta intensidad. Apuntes para democratizar la democracia*, Corte Nacional Electoral de Bolivia, La Paz, 2004.

DE SOUSA SANTOS, B. y GARCÍA VILLEGAS, M., *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Siglo del hombre-Universidad de los Andes, Bogotá, t. 1, 2001.

DE SOUSA SANTOS, B. y RODRÍGUEZ, C. (eds.) *El derecho y la globalización desde abajo*, Anthropos, Barcelona, 2007.

DE SOUZA CRUZ, A. R., «Um olhar crítico-deliberativo sobre os direitos sociais no Estado democrático de Direito», en C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *Direitos sociais*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.

DE URBANO CASTRILLO, E. y DE LA ROSA CORTINA, J. M., *La responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi, Pamplona, 2007.

DE VEGA, P., «La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social», en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y Economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

- «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 1, 1998.

DE VERGOTTINI, G., *Diritto costituzionale comparato*, Padua, 6ª ed., 2004.

- *Más allá del diálogo entre tribunales*, Civitas, Madrid, 2010.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Situación penitenciaria en España*, Madrid, 1988.

- *Residencias públicas y privadas de la tercera edad*, Madrid, 1990.
- *Situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España*, Madrid, 1991.
- *Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Madrid, 1994.
- *Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Madrid, 1995.
- *La atención sociosanitaria en España: perspectiva gerontológica y otros aspectos conexos*, Madrid, 2000.
- *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*, Madrid, 2000.

- *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria*, Madrid, 2000.
 - *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, Madrid, 2003.
 - *Listas de espera en el Sistema Nacional de Salud*, Madrid, 2003.
 - *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005.
 - *Daño cerebral sobrevenido en España: un acercamiento epidemiológico y sociosanitario*, Madrid, 2006.
 - *Informe sobre Centros de Protección de Menores con Trastornos de Conducta y en Situación de Dificultad Social*, Madrid, 2009.
 - *Atención residencial a personas con discapacidad y otros aspectos conexos*, Informes, Madrid, 1995.
- DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Personas prisioneras en sus viviendas*, 2003.
- *Chabolismo en Andalucía*, 2005.
 - *Vivir en la calle: la situación de las personas sin techo en Andalucía*, Sevilla, 2006.
 - *Informe especial sobre Universidades y Discapacidad*, diciembre de 2008.
- DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA, *El régimen jurídico de plazos preclusivos para la impugnación del silencio administrativo*, Pamplona, 2008.
- DEFENSORA DEL PUEBLO RIOJANO, *Estudio de los derechos de los ciudadanos frente al silencio administrativo de las Administraciones Riojanas (Autonómicas y Locales). El silencio administrativo versus el deber de resolver expresamente*, Logroño, 2008.
- DÉFOSSEZ, M., «Note à Cour de Cassation, Soc., 25 février 1992», *Dalloz*, Jurisprudence, 1992.
- DEL CAMPO, S. (ed.), *Tendencias Sociales en España (1960-1990)*, Fundación BBV, Bilbao, 2ª ed., 1994.
- DEL REY GUANTER, S., «El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional», *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998.
- DEL SOL, M., «Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante: des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées», *Droit Social*, nº 4, 1994.
- DEL VALLE, J. M., *La protección legal de la suficiencia del salario*, Dykinson, Madrid, 2002.
- DEL VALLE, J. A. y RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., «El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 2, 1997.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

DEMIER, F., *Histoire des politiques sociales. Europe, XIX^e–XX^e siècles*, Paris, 1996.

DEN UYL, D. J., «The Right to Welfare and the Virtue of Charity», *Social Philosophy & Policy*, vol. 10, n° 10, 1993.

DENNINGER, E., «La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, n° 84, 1994.

DENTON, N. A., «Segregation and discrimination in housing», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.

DESCALZO GONZÁLEZ, A., «Museos, archivos, libros y bibliotecas», en T. CANO CAMPOS (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, t. VIII: *Los sectores regulados*, v. II, Iustel, Madrid, 2009.

DESDENTADO, A., «El sistema normativo de la Seguridad Social», *Revista de Derecho Social*, n° 18, 2002.

DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

– «Discrecionalidad administrativa en la imposición de sanciones», en B. LOZANO CUTANDA (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010.

DÍAZ, E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978.

– *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 7^a ed., 1979.

– «El Estado democrático de Derecho en la Constitución de 1978», en *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Mezquita, Madrid, 1982.

DÍAZ ALABART, S., «El derecho de asociación de los menores». *Revista de Derecho Privado*, 2002.

– «Comentario Artículo 39», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 2007.

DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de las minorías nacionales en el seno del Consejo de Europa: el Convenio marco para la protección de Minorías Nacionales», *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, n° 17, 1999.

– «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa», *Diario La Ley*, n° 7075, 2008.

DÍAZ CREGO, M., *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*, Reus, Madrid, 2009.

- DÍAZ LEMA, J. M., *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- «El régimen de las autorizaciones de los Centros privados de Enseñanza no universitaria», *Revista de Administración Pública*, n° 133, 1994.
 - «La reforma de los conciertos educativos en el contexto constitucional (1985-2005)», en M. ESTEBAN VILLAR y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.
- DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.
- «El derecho a la educación», *Parlamento y Constitución*, n° 2, 1998.
 - «El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el Derecho comparado europeo», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 61, 2001.
 - *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones parlamentarias de Castilla-La Mancha, 2002a.
 - «Comunidades autónomas y educación», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n° 32, 2002b.
- DIETERICH, T.; MÜLLER-GLÖGE, R.; PREIS, U. y SCHAUB, G., *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Beck, Munich, 7ª ed., 2007.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.; FEJOO SÁNCHEZ, B.; y POZUELO PÉREZ, L., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores*, Aranzadi, Madrid, 2008.
- DÍEZ FERNÁNDEZ, J. A., *Examen prenatal del síndrome de Down: ¿Una nueva forma de «discriminación genética»?», <http://www.el-observatorio.org/2009/08/examen-prenatal-del-sindrome-de-down-¿una-nueva-forma-de-discriminacion-genetica-por-jose-antonio-diaz-fernandez-pdf/>.*
- DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., *Derecho de la Unión Europea. Textos y comentarios*, McGraw Hill, Madrid, 2001.
- DÍEZ MORENO, F., *El Estado social*, CEPC, Madrid, 2004.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., «Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Edersa, Madrid, 1996.
- «¿Pueden los estatutos de autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 78, 2006.
 - «Respuesta a la encuesta sobre derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Madrid, 2ª ed., 2005; 3ª ed., 2008.
- «Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, donde determina la inexistencia de un derecho a la objeción de conciencia en la materia de Educación para la Ciudadanía», *Revista de Derecho de Extremadura*, n° 4, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil. Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Tecnos, Madrid, 1997.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. M., «Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Tribunales de justicia: Revista española de Derecho procesal*, n° 5, 2001.

DOGLIANI, M., «Los problemas del constitucionalismo en la crisis del Estado social», en M. A. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, 1997.

DOHERTY, J., «El origen del sinhogarismo: perspectivas europeas», *Documentación Social*, n° 138, 2005.

DOLDERER, M., *Objektive Grundrechtsgehalte*, Duncker & Humboldt, Berlín, 2000.

DOMÈNECH, A., *El eclipse de la fraternidad: una visión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Madrid, 2004.

DOMÈNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Lex Nova, Valladolid, 2003.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006.

DOMÍNGUEZ VILA, A., «El derecho constitucional a la vivienda», en *Derechos sociales y principios rectores. IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, en prensa.

DOMÍNGUEZ ZORRERO, M., y SÁNCHEZ PINO, A. J., «La solidaridad interterritorial y la financiación autonómica», *Revista de Estudios Regionales* n° 66, 2003.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. A. y SENDÍN GARCÍA, M. A., *Derecho y educación: régimen jurídico de la educación*, Universidad de Salamanca, Salamanca 2005.

DOWELL-JONES, M., *Contextualising the International Covenant on Economic, Social*

- and Cultural Rights: assesing the economic deficit*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2004.
- DOWSE, R. E. y HUGUES, J. A., *Sociología Política*, Alianza, Madrid, 1975.
- DOYAL, L. y GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.
- DÜRIG, G., «Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 117, 1956.
- DUPEYROUX, J. J.; BORGETTO, M.; LAFORE, R. y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, París, 15ª ed., 2005.
- DURÁN, F., «El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social», *Foro de Seguridad Social*, n° 6-7, 2002.
- DURÁN Y LALAGUNA, P., *La perspectiva de las Naciones Unidas en la protección de los derechos sociales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social* (1953), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, J., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ámbito de aplicación, orígenes y otros aspectos generales», en *Tratado de Derecho y Política de la Unión Europea*, Aranzadi, 2009.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
– *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003 (original de 2000).
- DWORKIN, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988.
- EBSSEN, I., «Verfassungsrechtliche Implikationen der Ressourcenknappheit im Gesundheitswesen», *Nachrichtendienst des Deutschenvereins für öffentliche und private Fürsorge*, n° 77, 1997.
- ECHEVARRÍA, B., «Artículo 40. Pleno empleo», en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. IV, Edersa, Madrid, 1983.
– «Artículo 40. Pleno empleo», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Edersa, Madrid, 1996.
- EGUIDAZU, F., «Otro Estado del bienestar. El nuevo modelo sueco», *Revista de Libros*, n° 139-140, 2008.
- EIDE, A., «Economic, social and cultural rights as human rights», en A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2ª ed., 2001.
- EIDE, A. y ROSAS, A., «Economic, social and cultural rights: a universal cha-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- llenge», en A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2ª ed., 2001.
- EKMEKDJIAN, *Manual de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 4ª ed., 1999.
- ELIPE SONGEL, J. A., *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Poder-Punto y Coma, Valencia, 2003.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, CEPC, Madrid, 2003.
- ELVIRA PERALES, A., «En torno a la jurisprudencia Europea sobre la igualdad entre hombres y mujeres», en A. GARCÍA INDA y E. LOMBRADO (eds.), *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002.
- ELY, J. H., «Equal Citizenship under the XIV Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977.
- *Democracia y desconfianza*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997 (original de 1980).
- EMBED IRUJO, A., «El contenido del derecho a la educación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 31, 1981.
- *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1982.
 - «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 15, 1985.
 - *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI: consideraciones jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2000.
 - «Enseñanza no universitaria», en *Temas de Derecho constitucional*, Iustel, 2002a.
 - «Enseñanza universitaria», en *Temas de Derecho constitucional*, Iustel, 2002b.
 - «Minorías sociales y derecho a la educación (consideración especial de los extranjeros y su acceso y permanencia en la Universidad)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 123, 2004.
 - «El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación universitaria: el papel de la administración pública», en M. Esteban Villar y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.
 - «La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 83, 2008.
 - «Educar a ciudadanos: reflexiones en torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre la "Educación para la ciudadanía"», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 4, 2009.

- ENDERS, C., *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, Mohr, Leipzig 1997.
- ENGELHARDT, H. T., *Los fundamentos de la bioética*, Piados, Barcelona, 1995.
- ENNUSCHAT, J., «Escuela de jornada completa (Ganztagsschule) y derechos fundamentales», *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 52, 2005.
- EPPING, V., *Grundrechte*, Springer, Berlín, 2004.
- ENRICH MAS, M., «Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Comisión européenne des droits de l'homme», *Affari internazionali*, n° 1, 1992.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V., «Seguridad y calidad en la vivienda», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ESCOBAR, S., «Necesidad de la redacción de un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de las Naciones Unidas», en *Derechos humanos y desarrollo: Justicia universal: el caso latinoamericano*, Icaria, 2007.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Comunidad Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿el fin de una vieja polémica? (Comentario al Dictamen 2/94 del TJCE, de 28 de marzo de 1996)», http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_023_003_095.pdf.
- ESCOBAR ROCA, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, CEC, Madrid, 1993.
- *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995.
 - «Los derechos constitucionales dispersos, como derechos subjetivos: el ejemplo del medio ambiente», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.
 - «La objeción de conciencia del personal sanitario», en M. CASADO (coord.), *Bioética, Derecho y sociedad*, Trotta, Madrid, 1998.
 - «Derechos fundamentales e intervención administrativa», en *La Ley*, n° 4803, 1999.
 - «El nuevo Derecho de las telecomunicaciones, ante el Tribunal Supremo», *Revista española de Derecho administrativo*, n° 108, 2000.
 - «Libertad de expresión y democracia en Owen Fiss», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 58, 2000.
 - «Recensión a *Derechos y garantías*, de Luigi Ferrajoli», *Derechos y libertades*, n° 9, 2000.
 - «El derecho a un medio ambiente adecuado en la legislación estatal y autonómica», En M. A. APARICIO (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Cedecs, Barcelona, 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *El estatuto de los periodistas*, Tecnos, Madrid, 2002.
- *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005.
- «La responsabilidad patrimonial de la Administración como técnica de garantía de los derechos fundamentales», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, n° 2, 2006.
- «Derecho a la salud y responsabilidad de la Administración sanitaria», *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro*, n° 9, 2007.
- «Del Derecho débil a la fuerza de los derechos», en *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*, Dykinson, Madrid, 2008.
- «Derechos fundamentales y políticas públicas de protección frente al ruido», *Nuevas Políticas Públicas*, n° 4, 2008.
- «España», en *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- «Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista catalana de dret públic*, n° 37, 2008.
- «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud», *Revista de Derecho Político*, n° 71-72, 2008.
- «Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, vol. III, 2008.
- *Lecciones sobre Derechos humanos y derechos sociales. Materiales del Curso de las Defensorías del Pueblo Iberoamericanas*, pendiente de publicación, Alcalá de Henares, 2008.
- «Derechos y principios constitucionales de la comunicación pública en el ciberespacio», en A. TORRES DEL MORAL (dir.), *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009.
- «La protección de los derechos sociales por las Defensorías del Pueblo», en *Memoria del X Congreso iberoamericano de Derecho constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
- «¿Derecho fundamental a la propiedad industrial?», en M. LUCAS DURÁN (coord.), *Derecho de la I+D+i, Investigación, desarrollo e innovación*, Bosch, Barcelona, 2010.
- «Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 26, 2010.
- «Vías constitucionales para la integración social de los inmigrantes», en J. GARCÍA ROCA y E. ALBERTÍ (coords.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- «Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general

- de los derechos fundamentales», en *Derechos sociales y principios rectores. IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, en prensa.
- «Declaración universal, indivisibilidad y derechos sociales», en M. TEROL BECERRA y L. JIMENA QUESADA (coords.), *Protección de los derechos sociales* (título provisional), en prensa.
 - «El futuro de la dogmática de los derechos», en *Libro homenaje al Profesor José Juan González Encinar*, en prensa.
 - «La aplicación de la Carta Social Europea por los tribunales nacionales», en prensa.
- ESCOBAR ROCA, G. y CHILLÓN MEDINA, J. M., *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ESCOBAR ROCA, G. y VILLACORTA MANCEBO, L., «Consideraciones acerca de la enseñanza del Derecho constitucional y alguna otra cuestión (de paso)», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 21, 2008.
- ESCRIBANO LÓPEZ, F., *Presupuesto del Estado y Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- ESCRIBANO COLLADO, P., *El derecho a la salud*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Una norma de envergadura: la Ley de Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, vol. I, 1991.
- ESCUIN PALOP, C., «La renta mínima de inserción», en A. EMBID Irujo (coord.), *Derecho público aragonés: estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón*, El Justicia de Aragón/Ibercaja, Zaragoza, 1990.
- ESPADA RAMOS, M. L., «Los derechos sociales en la Unión Europea: mercado o justicia», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 35, 2001.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., «Artículo 39. Protección de la familia», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, t. IV, 1996.
- ESPINA, A., «Industria audiovisual y arte sublime», *Claves de Razón Práctica*, n° 44, 1994.
- ESQUINAS VALVERDE, P., *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*, Trotta, Madrid, 1994.
- *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Icaria, Barcelona, 1998.
- ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C., *Las rentas mínimas autonómicas*, CES, Madrid, 1998.
- «Aproximación a la realidad sociolaboral del colectivo de trabajadores

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

de cierta edad: las personas longevas ante el mercado de trabajo y las políticas de empleo», en M. D. DÍAZ y D. M. SANTANA (coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2008.

ESTEBAN DE VEGA, M., «La Asistencia liberal española: Beneficencia pública y previsión particular», *Historia Social (Dossier: Pobreza y Asistencia Social)*, n° 13, 1992.

– «Pobreza, beneficencia y política social», *Ayer*, n° 25, 1997.

ESTEBAN VILLAR, M. y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español : cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.

ESTEVE PARDO, J., «Transparencia y legitimidad en las decisiones públicas adoptadas en entornos de complejidad científica», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

ESTIVILL PASCUAL, J., «Estrategias y técnicas contra la exclusión y la pobreza: OIT», *Políticas sociales en Europa*, n° 18, 2005.

EVERSON, M., «The Legacy of the Market Citizen», en J. SHAW y M. GILIAN (eds.), *New Legal Dynamics of the European Union*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

EXPÓSITO, E., *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995.

– «La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, n° 5, 2007.

EZIONI, A., *La Tercera Vía hacia una buena sociedad. Propuestas desde el comunitarismo*, Trotta, Madrid, 2001.

EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *La argumentación en la justicia constitucional española*, IVAP, Oñati, 1987.

FABRE, C., *Social Rights under the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

FAJARDO BULLÓN, F. (coord.), *Historias a la intemperie. Estudio de la situación de las personas sin hogar en Mérida y Badajoz*, Cáritas, Madrid, 2010.

FANLO, I. (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004

FARGAS, J., *Análisis crítico del sistema español de pensiones no contributivas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

FARIAS BATLE, M., «Participación de las mujeres en los Consejos de administración de sociedades mercantiles», en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS y A. V. SEMPERE

- NAVARRO (dirs.), *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A. V., (Codir.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- FAVOREU, L. y PHILIP, L., *Les Grands décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2001.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN, *I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, Dykinson, Madrid, 2003.
- *II Informe sobre Derechos Humanos: Derechos de la mujer*, Trama, Madrid, 2004.
 - *III Informe sobre Derechos Humanos: Niñez y adolescencia*, Trama, Madrid, 2005.
 - *IV Informe sobre Derechos Humanos: Protección de la salud*, Trama, Madrid, 2006.
 - *V Informe sobre Derechos Humanos: Sistema penitenciario*, Trama, Madrid, 2007.
 - *VI Informe sobre Derechos Humanos: Educación*, Trama, Madrid, 2008.
 - *VII Informe sobre Derechos Humanos: Personas con discapacidad*, Trama, Madrid, 2009.
 - *VIII Informe sobre Derechos Humanos: Seguridad ciudadana*, Trama, Madrid, 2011.
 - *IX Informe sobre Derechos Humanos: Pensiones*, Trama, Madrid, 2012.
- FEINBERG, J., *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, Nueva York, 1973.
- FENWICK, H., «From formal to substantive equality: the place of affirmative action in European Union sex equality law», *European Public Law*, vol. 4, n° 4, 1998.
- FERNANDES, M. P., ROCHA, R. A. y CERQUEIRA, M., *22 Anos de Jurisprudência Portuguesa sobre Igualdade Laboral em Razão do Sexo*, CITE, Lisboa, 2006.
- FERNÁNDEZ, E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- «Los derechos económicos, sociales y culturales», en J. J. MEJÍAS (coord.), *Manual de derechos humanos: los derechos humanos en el siglo XXI*, Aranzadi, 2006.
- FERNÁNDEZ, T. R., «Derecho administrativo y derecho de la Seguridad Social», en *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984.
- *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1994.
 - «Las garantías de los derechos sociales», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA (dirs.), *Las estructuras del Bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, A., «Libertades. Derecho a la educación»,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

en V. GARRIDO MAYOL y otros, *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, v. II, 2004.

FERNÁNDEZ DE MATA, E., «Las prestaciones por desempleo y los trabajadores emigrantes», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 22, 1997.

FERNÁNDEZ ENGUITA, M., *Poder y participación en el sistema educativo*, Paidós, Barcelona, 1992

FERNÁNDEZ FARRERES, G., *¿Hacia una nueva doctrina del constitucional del Estado autonómico?*, Civitas, Madrid, 2008.

– «Los fundamentos competenciales de la Ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., «La renta mínima garantizada en la Comunidad Europea: las teorías y las prácticas», *Boletín de Información sobre las Comunidades Europeas*, n° 27, 1990.

FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Filosofía política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «El Derecho Internacional de los derechos humanos en la sociedad internacional», en A. GUERRA y J. F. TEZANOS (eds.), *La paz y el derecho internacional*, Sistema, Madrid, 2005.

– «Elaboración y aplicación del mecanismo de informes de derechos humanos en España», en F. MARIÑO MENÉNDEZ (coord.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Derecho Español*, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, 2009.

– (coord.), *La protección jurídico-internacional del patrimonio cultural*, Colex, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., «La discriminación en la jurisprudencia constitucional», *Relaciones Laborales*, n° 3-4, 1993.

– «Artículo 9.2. La igualdad real», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., «Comentario al artículo 27», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1984.

– *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988.

– «Comentario a los artículos 20 y 27», en O. ALZAGA VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, EDESA, Madrid, 2ª ed., 1996.

– «El Estado social», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 69, 2003.

- «El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo», en M. ESTEBAN VILLAR y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. y SÁNCHEZ NAVARRO, A. J., «Artículo 27. Enseñanza», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, t. III, 2001.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., *Las pensiones no contributivas y la asistencia social en España*, CES, Madrid, 2002.
- «La Ley de Dependencia y los cuidadores familiares», *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, n° 7, 2008.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Civitas, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, M. E., «Derechos humanos: ¿yuxtaposición o integración?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XIII-XIV, 1996-1997.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A., «La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó», *Revista del Poder Judicial*, n°17, 1991.
- (ed.), *La desprotección internacional de los derechos humanos a la luz del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Universidad de Huelva, 1998.
- «Naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y del TJCE», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 25, 1989.
- *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ SOLA, N., «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales», *Noticias de la Unión Europea*, n° 144, 1997.
- FERNÁNDEZ SORIA, J. M., «Igualdad y libertad de elección de centro docente: una cuestión polémica para un acuerdo necesario», *Revista de educación*, n° 344, 2007.
- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., «La adhesión de las Comunidades Europeas al Con-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

venio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (CED): un intento de solución al problema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 12, n° 3, 1985.

- «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n° 214, 2001.
- «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance general por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y a Polonia», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.). *Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDIRI-celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007*, Iustel, Madrid, 2008.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

- «Garantías», *Jueces para la Democracia*, n° 38, 2000.
- «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- «Estado social y Estado de Derecho», en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.
- *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 2006.
- *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.
- *Garantismo*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2009.

FERRANDIS TORRES, A., «La adopción internacional», en I. E. LÁZARO GONZÁLEZ y V. MAYORAL NARROS (coords.), *Jornadas sobre Derecho de los menores*, Universidad Pontificia de Comilla, Madrid, 2003.

FERRANDO, F., (coord.), *La reforma de la Seguridad Social (El acuerdo de 13 de julio y su ulterior desarrollo normativo)*, Bomarzo, Albacete, 2007.

FERRANDO NICOLAU, E., «El derecho a una vivienda digna y adecuada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. IX, 1992.

FERRARO, A., «Le disposizione finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo», *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Vol. 15, n° 2, 2005.

FERRATER MORA, J., «Cultura», en *Diccionario de Filosofía*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 5ª ed., 1965.

FERRER JEFFREY, B., «Presente y futuro del Defensor del Pueblo Europeo, Guar-

- dián de la buena Administración», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 3, 2002.
- FERRER LORET, J., «Desarrollos recientes en la protección internacional de las minorías nacionales por el Consejo de Europa», en J. FERRER y S. SANZ (coord.), *Protección de personas y grupos vulnerables: especial referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- FERRER SANCHÍS, P. A., «La protección internacional de los trabajadores emigrantes: El Convenio del Consejo de Europa de 24 de noviembre de 1977», *Anuario de Derecho Internacional*, n° 4, 1977-1978.
- FERRERA, M., «Nuovi modelli per il welfare europeo», *Il Mulino*, n° 2, 1993.
- FERRERES COMELLA, V. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- FERRY, J. M., *L'Allocation universelle: pour un revenu de citoyenneté*, Cerf, Paris, 1995.
- FIGUEIREDO, M. F., *Derecho Fundamental a la salud: parámetros para su eficacia y efectividad*, Librería del Abogado, Porto Alegre, 2007.
- FINKIELKRAUT, A., *La derrota del pensamiento*, Anagrama, Barcelona, 1987.
- FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 1996, 2ª ed., 1998.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, de 6 de octubre de 2005.
- *Consulta 2/2008: Calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo*, de 12 de diciembre de 2008.
- FISS, O., *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FLAUSS, J. F., «Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales», en L. JIMENA QUESADA (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- FLORA, P. y HEIDENHEIMER, A. (eds.), *The Development of Welfare States in Europe and America*, N. Brunswick, 1981.
- FOÀ, S., «Il fondamento europeo del diritto alla salute. Competenze istituzionali e profili di tutela», en C. E. GALLO y B. PEZZINI (eds.), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milán, 1998.
- FONDATION EUROPÉENNE POUR L'AMÉLIORATION DES CONDITIONS DE VIE ET DE

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

TRAVAIL, *La qualité du travail et de l'emploi en Europe. Enjeux et défis*, Cahier de la Fondation, n° 1, 2002.

FONSECA MORILLO, F. J., «Los derechos de los nacionales de terceros países en la Unión Europea», en *Revista CIDOB d'àfers internacionals*, n° 53, 2001 (http://www.cidob.org/es/publicaciones/revistas/revista_cidob_d_afers_internacionals).

FORNER, S., *Canalejas y el partido liberal democrático, 1900-1910*, Cátedra, Madrid, 1993.

FORSTHOFF, E., «Concetto e natura dello Stato sociale di diritto», en *Stato di diritto in trasformazione*, Milán, 1973.

– *El estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

– «Problemas constitucionales del Estado social» (1961), en *El Estado social*, CEC, Madrid, 1986.

FORTES MARTÍN, A., «Bolonia o la supernova: la "explosión" del proceso de Bolonia y el tránsito del modelo de enseñanza al de aprendizaje», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 4, 2009.

FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad*, Siglo XXI; Madrid, 6ª ed., 1989.

FRAILE, P., *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Serbal, Barcelona, 1987.

FRANCIS LEFEBVRE, *Memento práctico Francis Lefebvre, Despido. Otras formas de extinción del contrato de trabajo 2007-2008*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2007.

FRAGA, M., «La jurisprudencia constitucional sobre competencias laborales y de Seguridad Social de las Comunidades Autónomas», en J. L. GARCÍA y J. M. SERRANO (coords.), *Economía española, cultura y sociedad: homenaje a Juan Velarde Fuentes ofrecido por la Universidad Complutense*, Vol. 2, Madrid, 1992.

FREEMAN, M. D. A., *The Rights and Wrongs of Children*, Frances Pinter, Londres, 1983.

– «The Limits of Children's Rights», en M. D. A. FREEMAN y P. VEERMAN (eds.), *The Ideologies of Children's Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya. 1992.

– «Tomando más en serio los derechos de los niños», en I. FANLO (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004.

FREIRE CAMPO, J. M., «La cobertura poblacional del Sistema Nacional de Salud: importancia y retos de la universalización y la equidad en el aseguramiento», en J. R. REPULLO LABRADOR y L. A. OTEO OCHOA (eds.), *Un nuevo*

- contrato social para un sistema nacional de salud sostenible*, Ariel, Barcelona, 2005.
- FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y derechos fundamentales (I. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos en la Constitución Española de 1978)*, PPU, Barcelona, 1992.
- «Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la universidad», *Derechos y libertades*, n° 6, 1998.
 - «La justiciabilidad de la Carta Social Europea», en L. JIMENA QUESADA (coord.), *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - «Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 4, 2005.
- FREIXES SANJUÁN, T. y SEVILLA MERINO, J. (coords), *Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*, INAP, Madrid, 2005.
- FRIED, C., *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.
- FUERTES LÓPEZ, J., «Los derechos fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea. Ciudadanos y Carta de Derechos Fundamentales», en J. ENÉRIZ (coord.), *Derecho de la Unión Europea*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006.
- FUMAROLI, M., *El Estado cultural*, Acantilado, Barcelona, 2007.
- FUNDACIÓN FOESSA, *Informe sociológico sobre el cambio social en España, 1975-1982*, Euramérica, Madrid, 1983.
- FUNDACIÓN ONCE, *La situación de multidiscriminación ante el empleo de personas gitanas con discapacidad*, Madrid, 2008.
- FUNDACIÓN PREVENT, «El 80% de las empresas españolas no cumple la ley de integración de discapacitados», 2006; <http://www.fundacionprevent.com/Fundacion/pdf/45.pdf>.
- GAGO GUERRERO, P. F., «El Estado como sujeto de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, 2004.
- GALA, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001.
- GALÁN CORTÉS, J. C. e HINOJAL FONSECA, R., «Valoración jurídica de los protocolos médicos», *Revista General de Derecho*, n° 622-623, 1996.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- GALÁN GALÁN, A. (ed.), *La descentralització de competències de la Generalitat als ens locals de Catalunya*, vol. I, Fundació Pi i Sunyer, Barcelona, 2006.
- GALIANA MORENO, J. M., *El ámbito personal del derecho a la emigración*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975.
- «Emigración», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, vol. II, 1995.
- GALINDO SÁNCHEZ, J., «Conciliación de la vida familiar y laboral», *Aequalitas*, n° 4, 2000.
- GALLEGO, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (Derecho a la educación; autonomía local; opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía», en M. J. ROMERO RÓDENAS (coord.), *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Albacete, 2003.
- GALVÁN PALOMO, F., «La Alta Inspección de Educación», *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, n° 10, 2009; http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=284&Itemid=63.
- GÁLVEZ MONTES, F. J., «Art. 42», en F. GARRIDO FALLA (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1985.
- «Artículo 35», en F. GARRIDO (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- «Artículo 47», en F. GARRIDO FALLA (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- «Artículo 39», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001a.
- «Artículo 40», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001b.
- «Artículo 49», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001c.
- «Artículo 50», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001d.
- GAMBINO, S., «Derechos fundamentales y formas de Estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI», *Revista de Estudios Políticos*, n° 117, 2002.
- GAMILLSCHEG, K., *Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Bestandsschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers*, Duncker und Humblot, Berlin, 2001.
- GAMPER, D., «Educación para la ciudadanía», *Claves de Razón Práctica*, n° 193, 2009.

- GARAY, L. J. y RODRÍGUEZ, A. (eds.), *Colombia: Diálogo pendiente*, Planeta Paz, Bogotá, 2005.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.), *Los procesos civiles*, Bosch, Barcelona, 2001.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, A., *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- «Administración prestacional y derechos ciudadanos», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 56, 2000.
 - «Las prestaciones dinerarias: en particular, los ingresos mínimos de inserción y el debate sobre la renta básica», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.
 - «Principios generales del Derecho administrativo social», en J. BERMEJO VERA, *Derecho administrativo. Parte especial*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 7ª ed., 2009.
- GARIBO PEYRÓ, A. P., *Los derechos de los niños: Una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- GARRIDO, E., *El trabajo de los minusválidos en los centros especiales de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GARCÍA AÑÓN, J. «Derechos sociales e igualdad», en V. ABRAMOVICH, M. J. AÑÓN y C. COURTIS (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.
- GARCÍA ÁLVAREZ, G., «Las conexiones entre urbanismo, vivienda y medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Catalana de Derecho Público*, n° 38, 2009.
- «El derecho a la vivienda en España», *Istituzioni del Federalismo*, n° 3, 2010a.
 - «Las reservas de suelo para viviendas de protección pública», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010b.
- GARCÍA ÁLVAREZ, M. y GARCÍA LÓPEZ, R., «La protección de los derechos económicos y sociales de los emigrantes: una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 8, 2006.
- GARCÍA CALVENTE, Y., «La protección del derecho a una vivienda digna a través del sistema tributario», en *Estudios de Derecho Financiero y Tributario en Homenaje al Profesor Calvo Ortega*, Lex Nova, Valladolid, t. I, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa», en R. GÓMEZ-FERRER (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 1991.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 6ª ed., 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2002; 11ª ed., 2008.

GARCÍA DE LEÓN, M. A., *Élites discriminadas. Sobre el poder de las mujeres*, Anthropos, Madrid, 1994.

GARCÍA ESCUDERO, P. y PENDÁS, B., *El nuevo régimen jurídico del Patrimonio Histórico Español*, Ministerio de Cultura, Madrid, 1986.

GARCÍA FERNÁNDEZ, J., *Estudios sobre el Derecho del patrimonio histórico*, Dykinson, Madrid, 2008.

- «El régimen jurídico de las bibliotecas tras la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.

GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M., «La dignidad del trabajador en la relación de trabajo», en L. MARTÍNEZ-CALCERRADA (coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Vol. 3, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

GARCÍA FIGUEROA, A., *Criaturas de la moralidad*, Trotta, Madrid, 2009.

GARCÍA GARCÍA, C., *El Derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, Murcia, 2003.

GARCÍA HERRERA, M. A., «El fin del Estado social», *Sistema*, nº 118-119, 1994.

- «Poder judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional», en *Corrupción y Estado de Derecho*, Trotta, Madrid, 1996.
- «Participación, valores y derecho en el sistema educativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 48, 1997
- «Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española», *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, 2004.

GARCÍA MACHO, R., *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda*, IEAL, Madrid, 1982.

- «Los derechos fundamentales sociales y el derecho a la vivienda como derechos funcionales de libertad», *Revista Catalana de Derecho Público*, nº 38, 2009.
- «El derecho a la información, la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- GARCÍA MANRIQUE, R. «En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro)», *Doxa*, n° 23, 2000.
- *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
 - «Autonomy and the Rule of Law», *Ratio Juris*, vol. 20, 2007.
 - «Derechos sin diferencia específica. Los derechos sociales según Gerardo Pisarello», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XXIV, 2007.
 - «La génesis liberal y socialista de los derechos sociales», en *Actualidad de la justicia social. Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Bosch, Barcelona, 2008.
 - «Socialismo y derechos fundamentales», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, vol. III, 2008.
 - «Recensión al libro de Fernando Atria, Mercado y ciudadanía en la educación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 84, 2008.
 - «Derechos sociales e igualdad», en *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política*, Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2009.
 - «Los derechos sociales como derechos subjetivos», *Derechos y libertades*, n° 23, 2010.
- GARCÍA MORALES, A. F., *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Universidad Complutense, Madrid, 2003.
- GARCÍA MORILLO, J. y MONTERO GIBERT, R., *El control Parlamentario*, Tecnos, Madrid, 1984.
- GARCÍA MURCIA, J., «Derecho a una remuneración suficiente», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- «La promoción profesional del trabajador», en V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la CE de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- GARCÍA NINET, J. I. (dir.), *La doctrina del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social 1981-1995*, CISS, Valencia, 1996.
- GARCÍA NINET, J. I. y RIVAS, P., «La protección de la familia», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE, A., «La incapacidad temporal y la incapacidad permanente», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

GARCÍA ORTUÑO, F., *Seguros privados y Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1976.

GARCÍA PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», en M. RAMÍREZ (ed.), *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.

– *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2ª ed., 1987.

GARCÍA PERROTE, I., «Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, n° 15-16, 1997.

– «El despido en la jurisprudencia constitucional», en J. GÁRATE (coord.), *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario. Estudios ofrecidos al profesor Manuel Alonso Olea, con motivo de su investidura como doctor honoris causa por la Universidad de Santiago de Compostela*, Universidad de Santiago de Compostela, 1997.

GARCÍA RAMÍREZ, S., «Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales», *Cuestiones constitucionales: Revista mexicana de Derecho Constitucional*, n° 9, 2003 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/cconst/cont/9/ard/ard5.pdf>).

GARCÍA ROCA, J. , «Asimetrías autonómicas y principio constitucional de solidaridad», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 47, 2, 1997.

– «Del principio de la división de poderes», *Revista de Estudios Políticos*, n° 108, 2000.

– «Originario y derivado en el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: los test de constitucionalidad y convencionalidad», *Revista de Estudios Políticos*, n° 119, 2003.

GARCÍA ROMERO, M. B., *Rentas mínimas garantizadas*, CES, Madrid, 1999.

GARCÍA RUBIO, A., «Servicios (I): Servicios de prevención de las situaciones de dependencia, Servicio de teleasistencia, y Servicio a domicilio», en R. ROQUETA BUJ (coord.), *La protección de la dependencia. Comentarios a la LD, de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARCÍA SANZ, J., «Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria a extranjeros», en P. LAURENZO COPELLO (coord.), *Inmigración y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GARCÍA SILVERO, E. A., «Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n° 2, 2002.

GARCÍA SORIANO, M. V., «Participación», en L. COTINO (coord.), *Derechos, debe-*

- res y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales), Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.
- «La protección de los derechos y las libertades del individuo como objetivo prioritario del Defensor del Pueblo Europeo», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 5, 2005.
- GARCÍA TESTAL, E., «Las medidas de conciliación de la vida laboral para la atención a la dependencia (II): Las medidas de Seguridad Social y el convenio especial para los cuidadores no profesionales», en *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA TORRES, J., «Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales», *Poder judicial*, n° 10, 1988.
- GARCÍA TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA URETA, A., *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. *El estatuto jurídico constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA-VILLEGAS, M., «El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia» en R. UPRIMNY, C. RODRÍGUEZ y M. GARCÍA-VILLEGAS (eds.), *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.
- GARCÍA-VILLEGAS, M. y UPRIMNY, R., «Tribunal Constitucional e emancipação social na Colombia» en B. S. SANTOS (ed.), *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2002.
- GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, CECP, Madrid, 2008.
- «La libertad de empresa en la Carta (art. 16 CDFUE)», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- GARGARELLA, R., «Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento diferenciado para los derechos sociales e individuales?», *Jueces para la Democracia*, n° 31, 1998.
- «Derecho y disociación. Un comentario a "¿Existen derechos sociales?" de Fernando Atria», *Discusiones*, n° 4, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.
- «Democracia deliberativa y judicialización de derechos sociales», en R. GARGARELLA y M. ALEGRE (coords.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis/ACIC, Buenos Aires, 2007; también en *Perfiles latinoamericanos*, n° 28, 2006.
- «¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?» en R. AARANGO (ed.), *Fundamentos conceptuales de la democracia*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2007.

GARRIDO FALLA, F., «Artículo 41. Seguridad Social», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.

- «Artículo 43», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.

GARRIDO GÓMEZ, I., *Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho*, Dilex, Madrid, 2007.

GARRIDO GUTIÉRREZ, P. «Derecho a la vivienda», en C. MONEREO ATIENZA y J. L. MONEREO PÉREZ (dirs.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, Granada, 2010.

GARRIDO GUZMÁN, L., *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Edersa, Madrid, 1992.

GARRIDO YSERTE, R. y MANCHA NAVARRO, T., «El difícil camino para una política regional y de cohesión en la Unión Europea (2007-2013)», *Circunstancia, Revista del Instituto Europeo de Investigación Ortega y Gasset*, n° 11/2006.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., «Derechos sociales. Una aproximación a su concepto y fundamento», en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, vol. III, 2008.

GARRIDO PÉREZ, E., «El artículo 313 CP. Migraciones fraudulentas», en E. ROJO TORRECILLA (coord.), *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la Seguridad Social*, Bosch, Barcelona, 1998.

GARRORENA MORALES, A. *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

GARZÓN VALDÉS, E., «Cinco consideraciones acerca de la concepción de los derechos sociales de Robert Alexy», en R. ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

GASPAR BLANCH, R. A., «La violencia habitual en el ámbito familiar», *Aequalitas*, n° 9, 2002.

- GASPARD, F.; SERVAN-SCHREIBER, C.; y LE GALL, A., *Au pouvoir citoyennes, liberté, égalité, parité*, Seuil, París, 1992.
- GAUDIN, J. P., *La démocratie participative*, Armand Colin, Barcelona, 2007.
- GAVARA DE CARA, J. C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994.
- «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, n° 69, 2007.
 - «La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007.
 - *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Bosch, Barcelona, 2010.
- GAVISON, R., «On the relationships between civil and political rights, and social and economic rights», en J. M. COICAUD, M. W. DOYLE y A. M. GARDNER (eds.), *The Globalization of Human Rights*, United Nations University Press, Nueva York, 2003.
- GAY, L.; MAZUYER, E. y NAZET-ALLOUCHE, D. (coords.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droits européens*, Bruylant, Bruselas, 2006.
- GEARTY, C. y MANTOUVALDU, V., *Debating social rights*, Hart, Oxford, 2011.
- GEREMEK, B., *La piedad y la horca: historia de la miseria y de la caridad en Europa*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- GEREZ CZITROM, C., «El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura: orígenes, objetivos y funciones», en R. BERGALLI e I. RIVERA (coords.), *Tortura y abuso de poder*, Universidad de Barcelona, 2006.
- GETE CASTRILLO, P., «Convenio especial de los emigrantes españoles con la Seguridad Social», *Relaciones Laborales*, n° 2, 1996.
- GIANIBELLI, G. y ZAS, O., «Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales», *Contextos*, n° 1, 1997.
- GIANNINI, M. S., *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bolonia, 1986.
- «Il beni culturali», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n° 1, 1976.
- GIL, J. L., «El descanso semanal», en *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991.
- *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.
 - «Prólogo», a A. SUPLOT, *Crítica del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
 - «El nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación», *Revista práctica mensual mes a mes*, n° 85, 2003a.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003b.
- «La noción de despido disciplinario», en A. V. SEMPERE (dir.), *El despido: aspectos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Pamplona, 2004a.
- «El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo», *Relaciones Laborales*, n° 19, 2004b.
- «Poder directivo y apariencia externa del trabajador», *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, II, 2005.
- «Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado», en R. ESCUDERO (coord.), *Aportaciones al debate comunitario sobre «flexiseguridad»*, La Ley, Madrid, 2007.
- «El concepto de despido disciplinario», en A. V. SEMPERE (dir.), *El despido. Aspectos sustantivos y procesales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2009a.
- «La indemnización por despido improcedente», en *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea*, Cinca, Madrid, 2009b.
- «El Acuerdo Social y Económico», *Capital Humano*, n° 253, 2011.

GIL, J. L. y SAGARDOY, I., *La protección contra el despido disciplinario*, Cinca, Madrid, 2007.

GIL, J. L. y USHAKOVA, T., «Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Capital Humano*, n° 159, 2002.

- «Los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, n° 8, 2003.

GIL CASTELLANO, J., «La libertad de cátedra y de enseñanza», en *Actas del Simposio alemán-colombiano-español en Konstanz, Seminario internacional «La Protección de los Derechos Fundamentales en el Estado social y democrático»* 10-16 de junio de 2008, Universidad de Konstanz (Alemania)-DAAD, de próxima publicación en los Estudios de Derecho público de la Universidad Santo Tomás, Bogotá.

GIL LACRUZ, M., *El laberinto de la salud pública*, Erasmus, Barcelona, 2011.

GIMÉNEZ ARMENTIA, P. y BERGANZA CONDE, M. R., *Género y Medios de comunicación: un análisis desde la objetividad y la Teoría del Framing*, Fragua, Madrid, 2009.

GIMÉNEZ BARBAT, T., «La prostitución femenina», *Claves de Razón Práctica*, n° 187, 2008.

GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

- *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2004.
- GIMENO SENDRA, V.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.; MORENO CATENA, V.; y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.
- GIMENO SENDRA, V. (dir.) y MORENILLA ALLARD, Pablo (coord.), *Proceso civil práctico*, La Ley, Madrid, 2008.
- GINÉS SANTIDRIÁN, E., «Reforma de Naciones Unidas: El futuro Consejo de Derechos Humanos, luces y sombras», *Tiempo de Paz*, n° 78, 2005.
- GINÉS SANTIDRIÁN, E., «La prevención de la tortura en Europa: El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo, Sevilla, 2010.
- GLEDHILL, J., «El derecho a la vivienda», *Revista de Antropología Social*, n° 19, 2010.
- GOERLICH, J. M., «Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo», en F. PÉREZ DE LOS COBOS (dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2005.
- GOERLICH, F. y otros, *Actividad y territorio. Un siglo de cambios*, Fundación BBVA-IVIE, 2007.
- GOGUEL, F. ., «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – Conseil constitutionnel français», L. FAVOREU (coord.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Economica, Paris, 1982.
- GOMES, C. A., «Estado Social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes», *Scientia Iuridica*, n° 315, 2008.
- GOMES CANOTILHO, J. J., «Derecho, derechos; tribunal, tribunales», *Revista de Estudios Políticos*, n° 60 y 61, 1988.
- «Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 1, 1989.
- «Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales», *Derechos y Libertades*, n° 3, 1998.
- *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª ed., 2001.
- *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 7ª ed., 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «Tribunal Constitucional, Jurisprudências e Políticas Públicas», *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. III, 2003.
- *Teoría de la Constitución*, Dykinson, Madrid, 2004.
- «A governance do terceiro capitalismo e a constituição social (Considerações preambulares)», en J. J. GOMES CANOTILHO y L. L. STRECK, *Entre Discursos e Culturas Jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- «Sobre os fundamentos éticos e morais do Estado social», *Nova Cidadania*, n° 31, 2007.
- «Bypass social e núcleo essencial de prestações sociais», en *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª ed., 2008.
- *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2ª ed., 2008.

GÓMEZ, P. y MELÉNDEZ, L. (dirs.), *Apuntes sobre la jubilación forzosa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

GÓMEZ ÁLVAREZ, T., «Los "años de bonificación" y el cálculo de la pensión de jubilación de los emigrantes españoles retornados», *Aranzadi Social*, n° 3, 2003.

GÓMEZ ANSÓN, S., *Diversidad de género en los Consejos de administración de las sociedades cotizadas y Cajas de ahorro españolas*, Fundación de Estudios Financieros, 2005.

GÓMEZ DE LA TORRE, J. M., «Las minorías nacionales», *Anuario de la Universidad Internacional SEK*, n° 8, 2003.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. y VIANA GARCÉS, A., «El puente está quebrado: reflexiones sobre las causas y consecuencias de la STC 236/2007», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 27, 2008.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Artículo 47», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Walters Kluwer, Madrid, 2009.

GÓMEZ FORTES, B.; PALACIOS, I.; PÉREZ YRUELA, M. y VARGAS-MACHUCA, R., *Calidad de la democracia en España. Una auditoría ciudadana*, Ariel, Barcelona, 2010.

GÓMEZ GIL, C., *Las ONG en la sociedad global: estrategias de las ONG frente al Estado en la era de la globalización*, Cuadernos Bakeaz, Bilbao, 2004.

GÁMEZ GÁMEZ, E. y GALINDO PELAYO, J. P. (coords.), *La atención al inmigrante: del aluvión a la solución razonable*, Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, Barcelona, 2001.

GÓMEZ ISA, F., «El Protocolo Facultativo a la CEDAW», *Emakunde*, n° 35, 1999.

- GÓMEZ MONTORO, A. J., «Bases constitucionales para la escolarización del alumnado en un estado plural: introducción», en M. ESTEBAN VILLAR y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.
- GÓMEZ PUENTE, M., *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor, 3ª ed., 2002.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura "Educación para la ciudadanía y derechos humanos"», en L. COTINO (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000.
- GOMIEN, D.; HARRIS, D. y ZWAAK, L., *Convention européenne des Droits de l'Homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Editions du Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1997.
- GONZÁLEZ, E., *Manual de derecho constitucional*, Porrúa, México, 1978.
- «El derecho a la salud», en V. ABRAMOVICH, M. J. AÑÓN y C. COURTIS (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía: una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CECp, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Los emigrantes ante el Derecho Internacional», en *Jornadas de Derecho Internacional Humanitario*, Universidad de Almería, Almería, 2003.
- GONZÁLEZ ENCINAR, J. J., *El Estado unitario-federal*, Tecnos, Madrid, 1985.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «Libertad de empresa y cuota de pantalla», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., «Recurso de casación civil e interpretación uniforme del derecho: algunos instrumentos de derecho comparado y de derecho interno para la interpretación uniforme del derecho (del *avis* al *amicus curiae*)», en J. BONET NAVARRO (dir.), *El recurso de casación civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- GONZÁLEZ LÓPEZ-VALCÁRCEL Y BARBER PÉREZ, P., *Desigualdades territoriales en el Sistema Nacional de Salud (SNS) de España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.
- *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución», *Revista de Política Social*, n° 121, 1979.
- «Los principios caracterizadores del sistema de Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1991.
- «Derecho a la integridad física y a la prevención de riesgos laborales», en M. E. CASAS, F. DURÁN y J. CRUZ (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de riesgos laborales*, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ PASCUAL, M., *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.
- *Comentarios a la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Civitas, Madrid, 1998.
- *El derecho a una vivienda digna en la Ley de Suelo 2008*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ POVEDA, P., «La Ley de Ordenación de la Edificación y derechos de los consumidores», en M. P. LEDESMA IBÁÑEZ (dir.), *Derecho y vivienda*, CGPJ, Madrid, 2006.
- GONZÁLEZ ROTHVOS, M., «Emigración», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. VII, 1960.
- GONZÁLEZ RUS, J., «Presupuestos constitucionales de la protección penal del patrimonio histórico, cultural y artístico», en J. J. GONZÁLEZ RUS (coord.), *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996.
- GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J. J., *Seguridad e higiene en el trabajo*, CES, Madrid, 1997.
- GONZALO, B. y FERRERAS, F., «La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social española», *Revista de Seguridad Social*, n° 5, 1980.
- GONZALO GONZÁLEZ, B., «La protección social: perspectiva histórico-crítica», *Foro de Seguridad Social*, n° 3, 2001.
- GOÑI SEIN, J. L., «Los mecanismos de protección social de las personas de la

- tercera edad. Comentario al artículo 50 CE a la luz de la doctrina constitucional», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Toledo, 2009.
- «Artículo 50», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- GOODENOUGH, W. H., «Cultura, lenguaje y sociedad», en J. S. KAHN, *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Anagrama, Barcelona, 1975.
- GORCZEWSKI, C., «Consejo de Derechos Humanos de la ONU: la búsqueda de una nueva realidad», *Revista de Derecho*, n° 11, 2007.
- GOUVÊA, M. M., «El Derecho al abastecimiento estatal de medicamentos», en E. GARCÍA (coord.), *La Efectividad de los Derechos Sociales*, Lumen Iuris, Río de Janeiro, 2004.
- GRAF VITZHUM, W., «Soziale Grundrechte und Staatszielbestimmungen morgen», *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1991.
- GRAU, C., «Panorámica general sobre las políticas de fomento del empleo dirigidas a trabajadores discapacitados: ¿empleo protegido versus empleo ordinario?», en M. D. DÍAZ y D. M. SANTANA (coords.), *Marco jurídico y social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, Madrid, 2008.
- GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- «Multiculturalidad y derechos fundamentales», en E. DENNINGER y D. GRIMM, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, Trotta, Madrid, 2007.
- GROS ESPIELL, H., «Los derechos económicos y sociales y las condiciones materiales para su efectividad», *Prisma*, n° 12, 1999.
- GRUPO DE ESPECIALISTAS EN MAINSTREAMING (EG-S-MS), *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*, Serie documentos n° 28, Instituto de la Mujer (Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales), Madrid, 2001.
- GRUSKIN, S.; MILLS, E. J. y TARANTOLA, D., «History, principles, and practice of health and human rights», *Lancet*, vol. 370, 2007.
- GUASTINI, R., *Distinguiendo*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.
- GUDE FERNÁNDEZ, A., «El Principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (Una visión europea)», *Parlamento y Constitución*, n° 5, 2001.
- GUEREÑA, J. L., *La prostitución en la España contemporánea*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- GUERRERO ZAPLANA, J., *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Lex Nova, Valladolid, 5ª ed., 2006.
- GUILLÉN, A., *El origen del Estado de Bienestar en España (1876-1923): El papel de las ideas en la elaboración de políticas públicas*, Estudios Working Papers, Madrid, 1990.
- GUILLÉN, A. y CABIEDES, L., «La política sanitaria: análisis y perspectivas del Sistema Nacional de Salud», en R. GOMA y J. SUBIRATS (coords.), *Políticas públicas en España*, Ariel, Barcelona, 1998.
- GUILLÉN LÓPEZ, E., «Derechos, principios y objetivos educativos», en F. BALAGUER CALLEJÓN y otros, *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.
- GUILLÉN NAVARRO, N. A., «Políticas públicas de vivienda en Inglaterra», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- GUIRÓN REGUERA, E., «La revitalización del derecho fundamental de petición por la nueva regulación legal», *Revista vasca de Administración Pública*, nº 62, 2002.
- GUISASOLA LERMA, C., «Los delitos sobre el patrimonio histórico en el nuevo Código Penal del 1995», *Poder Judicial*, nº 43-44, 1996.
– *Delitos contra el patrimonio cultural: Artículos 321 a 324 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- GUTIÉRREZ, R., «Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento», en E. FERRER MCGREGOR (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM, México, t. XII, 2008.
– «Garantías de Protección del Derecho Fundamental al Agua en México», *Cuestiones Constitucionales*, nº 21, 2009.
- GUTIÉRREZ, R. y RIVERA, A., «El Caso Mininuma; un litigio estratégico para la justiciabilidad de los derechos sociales y la no discriminación en México», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LIX, nº 251, 2009.
- GUTIÉRREZ ALBENTOSA, J. M., «Modelo de Política Criminal en la Jurisdicción de Menores», *La Ley*, nº 6687, 2007.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., «Una reforma "difícil pero productiva": la revisión institucional en el Tratado de Niza», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 9, 2001.

- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ SASTRE, M., *La participación en los servicios públicos de bienestar*, CES, Madrid, 2005.
- GUTMANN, A. (ed.), *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, 1994.
- GUZMÁN VALDIVIA, I., «Fundamentos filosófico-sociales de la educación», *Persona y Derecho*, n° XIV, 1979.
- HÄBERLE, P., «Grundrechte in Leistungsstaat», *VVDStRL*, vol. 30, 1972.
- «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 54, 1998.
 - *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2001.
 - *Pluralismo y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2002.
 - «Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. II, Müller, Heidelberg, 3ª ed., 2004.
 - *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998.
- HAFEN, B. C., «Puberty, privacy and protection: The risks of children's rights», *American Bar Association Journal*, n° 63, 1977.
- HARRIS, D., «The European Social Charter and Social Rights in the European Union», en L. BETTEN y D. MacDEVITT (eds.), *The Protection of Fundamental Rights in the European Union*, Kluwer Law International, Londres, 1996.
- HARTMAN, C., «The case for a right to housing», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- HATZFELD, H., *Du pauperisme à la Sécurité Sociale, essai sur les origines de la sécurité sociale en France (1850-1940)*, Nancy, París, 1989.
- HAVEL, V., *El poder de los sin poder*, Encuentro, Barcelona, 1990.
- HAYEK, F., *Los fundamentos de la libertad*, Unión Editorial, Madrid, 2006.
- HEGEL, G. W. F., *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- HEINIG, H. M., *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2008.
- HELLER, A. y FÉHÈR, F., «Cultura y democracia. Un debate para el siglo XXI», *Letra Internacional*, n° 38, 1995.
- HENDRIKS, A. y WADDINGTON, L., «The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18, n° 3, 2002.
- HEPPLE, B., «Introducción» a *La formación del Derecho del Trabajo en Europa. Análisis comparado de la evolución de nueve países hasta el año 1945*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986.
- HERNÁNDEZ, E., «Televisión y cultura: propuestas para el servicio público», *Sistema*, n° 194, 2006.
- HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *La ordenación sanitaria en España*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, J., «La protección constitucional de la vivienda y su proyección penal: especial referencia a los fenómenos *okupa* y *mobbing* inmobiliario», en M. P. LEDESMA IBÁÑEZ (dir.), *Derecho y vivienda*, CGPJ, Madrid, 2006.
- HERNÁNDEZ GIL, A., *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Madrid, 1982.
- HERNEKAMP, K. (ed.), *Soziale Grundrechte*, Berlín/Nueva York, 1976.
- HERRERA, C. M., «Sur le statut des droits sociaux. La constitutionnalisation du social», *RUDH*, 2004.
- «État social et droits sociaux fondamentaux», en J. L. OUTIN (dir.), *État et régulation sociale*, París, 2006.
 - «L'engagement de la doctrine : l'exemple de la discussion de la catégorie de "droits sociaux"», en E. DOCKÈS (coord.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, París, 2007.
 - «Estado, Constituição e direitos sociais», en C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *Direitos sociais*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.
 - *Les droits sociaux*, PUF, París, 2009.
 - *Les droits sociaux*, PUF, París, 2009a.
 - «Les droits sociaux, entre démocratie et droits de l'homme», en G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Dalloz, París, 2009b.
 - *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

- HERRERA FLORES, J., *Los derechos humanos desde la escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid, 1989.
- HERREROS LÓPEZ, J. M., «Las transformaciones del servicio público», *Actualidad Administrativa*, n° 39, 2003.
- «El contenido social de la Carta de los Derechos Fundamentales», en M. CARRILLO y H. LÓPEZ BOFILL (coords.), *La Constitución Europea. Actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- HERZOG, R., en Th. MAUNZ y G. DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, t. VIII, 1994.
- HESSE, K., *Escritos de Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983.
- HESSLER, K. y BUCHANAN, A., «Specifying the Content of the Human Right to Health Care», en *Medicine and Social Justice. Essays on the Distribution of Health Care*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2002.
- HEYMANN, K. D. y STEIN, E., «Das Recht auf Bildung», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 97, 1972.
- HEYMANN-DOAT, A., *Libertés publiques et droits de l'homme*, Calves, Paris, 5ª ed., 1998.
- HIERRO, L., «¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto», *Sistema*, n° 46, 1982.
- «Qué derechos tenemos», *Doxa*, n° 23, 2000.
- «Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy», en R. ALEXY y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- HIMMELFARB, G., *La idea de la pobreza. Inglaterra a principios de la era industrial*, México, 1988.
- HODGES-ABERHARD, J., «La acción positiva en el empleo, un concepto espinoso para los tribunales» *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 118, n° 3, 1999.
- HOFFMANN, H., «Die versprochene Menschenwürde», *Humboldt-Forum Recht*, n° 8, 1996.
- HOFMANN, R., *Armut und Verfassung, Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich*, Nomos, Viena, 1998.
- HÖFLING, W., «Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz», *Juristische Schulung*, n° 857, 1995.
- HOSKYN, C., «Cuatro Programas de Acción sobre igualdad de oportunidades», en M. ROSSILLO (coord.), *Políticas de género en la Unión Europea*, Narcea, Madrid, 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Elcano, 2000.
- HUERTA TOCILDO, S., «El principio de igualdad en el Derecho Penal», en E. Y. GÓMEZ CAMPELO y F. VALBUENA GONZÁLEZ (coords.), *Igualdad de género: una visión jurídica plural*, Universidad de Burgos, 2008.
- HUFEN, F., *Staatsrecht II. Grundrechte*, Beck, Munich, 2007.
- HUNTER, N. D., «Sexual orientation and the paradox of heightened scrutiny», *Michigan Law Review*, vol. 102, n° 7, 2003.
- HUSTER, S., «Sozialstaat oder soziale Gerechtigkeit», en R. ALEXY (ed.), *Juristische Grundlagenforschung*, Franz Steiner, Stuttgart, 2005.
- «La cultura en el Estado constitucional», en S. HUSTER, A. PAU y M. J. ROCA, *Estado y cultura*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- IBLER, M., «El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn Especial consideración del derecho de exámenes», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 22/23, 1998.
- IGLESIAS CABERO, M., «Protección de los trabajadores migrantes en la Unión Europea: particular referencia a la jubilación y al desempleo», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 44, 2003.
- IGLESIAS FERNÁNDEZ, J., *Las rentas básicas: el modelo fuerte de implantación territorial*, El Viejo Topo, Barcelona, 2003.
- IGLESIAS GONZÁLEZ, F., «La intervención pública en el mercado de la vivienda como política social», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.
- «Régimen jurídico de la vivienda protegida y políticas de suelo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n° 12, 2008.
- «La planificación de la vivienda protegida», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- ILLESCAS RUS, A. V., *La prueba pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Thomson-Aranzadi, Cisur Menor, 2008.
- IMBERT, P. H., «Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?», *Revue du droit public*, 989.
- INTECO-AGPD, *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), 2009.
- INSERGUET-BRISSET, V., «La evolución del Derecho francés en materia de vi-

- vienda», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- INSERSO, *Centros de Día para personas mayores dependientes. Guía práctica*, Madrid, 1996.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y Situaciones de Dependencia*, 2008.
- INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INTEGRACIÓN EN LA COMUNIDAD, *Mejor educación para todos: cuando se nos incluya también*, Universidad de Salamanca, 2009.
- INSTITUTO IDES, «Las españolas ante la política», *Serie Estudios*, n° 21, Instituto de la Mujer/Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1988.
- ÍÑIGUEZ FERNÁNDEZ, D., «Art. 14. Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales», en P. SANTOLAYA MACHETTI (coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000.
- ÍÑIGO CORROZA, E., «Aspectos penales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en J. MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- IRIART, P., «Formación y mantenimiento del empleo en el derecho francés», *Documentación Laboral*, n° 60, 1999.
- ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, *Sintesi dei principali sistemi previdenziali del mondo*, Roma, 3ª ed., 1965.
- ISUANI, E., LO VUOLO, R. y TENTO FANFANI, E., *El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 1991.
- ISENSEE, J., «Verfassung ohne soziale Grundrechte?», *Der Staat*, 1980.
- ITZCOVITZ, G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Turín, 2006.
- JARASS, H., «Artikel 20», en H. JARASS y B. PIEROTH (eds.), *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 7ª. ed., 2006.
- JARAMILLO SIERRA, I. C., «Instrucciones para salir del discurso de los derechos», Estudio preliminar a W. BROWN y P. WILLIAMS, *La crítica de los derechos*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2003.
- JEAMMAUD, A., «La constitutionnalisation rampante du droit du travail français», *Les Cahiers du Droit*, 2007.
- JESSOP, B., *El futuro del Estado capitalista*, Catarata, Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ BLANCO, A., «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profe-*

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

sor García de Enterría, t. II: *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

– «El derecho a una vivienda digna y adecuada», en J. L. MONEREO PÉREZ y otros (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ CAMPO, J., «Protección de los derechos fundamentales», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV: artículos 39 a 55, Edersa, Madrid, 1996.

– *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ FRANCO, E., *Legislación del menor*, Tecnos, Madrid, 2001.

JIMÉNEZ LÓPEZ, L. M., *Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria*, Tecnos, Madrid, 2011.

JIMENA QUESADA, L., «La posición constitucional de Alemania en el contexto europeo: revisión del concepto de democracia beligerante», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 14/15, 1996.

– *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997.

– «La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España», en *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

– «El conocimiento del ordenamiento constitucional: condición necesaria de calidad del sistema educativo», en J. PEÑA GONZÁLEZ (coord.), *Libro Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

– *European Constitution and Competition Policy*, Philos, Roma, 2005.

– *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006.

– *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

– «Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Cortes Generales, Madrid, 2008.

– «Les travailleurs sociaux et leur statut institutionnel», *Culture & Sociétés, Sciences de l'homme*, n° 11, 2009.

JIMÉNEZ EGUIZABAL, A. (coord.), *Repensar y construir el Espacio Europeo de Educación Superior: políticas, tendencias, escenarios y procesos de innovación*, Dykinson, Madrid, 2009.

JIMÉNEZ GARCÍA, F., «El sistema europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta social (II)», en C. FERNÁNDEZ DE CASA-DEVANTE (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Diles, 2007.

– «La Carta Social Europea (Revisada): Entre el desconocimiento y su revitalización como instrumento de coordinación de las políticas sociales

- européas», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 17, 2009 (http://www.reei.org/reei17/doc/articulos/articulo_%20JIMENEZ_Francisco.pdf).
- JIMÉNEZ GARROTE, J. L., *Los fundamentos de la dignidad de la persona humana* (<http://www.cbioetica.org/revista/61/611821.pdf>).
- JIMÉNEZ PIERNAS, C., «El Convenio marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales y su aplicación en España», en *Las ciudades de soberanía española, respuestas para una sociedad multicultural*, Universidad de Alcalá, 1999.
- JIMÉNEZ VICENTE, I., «La unificación de los seguros sociales», *PINP*, n° 440, 1934.
- JOACHIM FALLER, H., «Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 7, 1983.
- JOERGES, C., «¿Qué tiene de social-demócrata la constitución económica europea?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 73, 2005.
- JOERGES, C. y RÖDL, F., «On the "social deficit" of the European Integration Project and its Perpetuation through the ECJ judgements in *Viking* and *Laval*», *RECON Online Working Paper*, n° 6, 2008.
- JUAN PABLO II, *Laborem exercens. El trabajo humano*, Tercera Carta Encíclica de S.S. Juan Pablo II, San Pablo, Madrid, 1981.
- JUDT, T., *Algo va mal*, Taurus, Madrid, 2010.
- JÜNGER, E., *La emboscadura*, Tusquets, Barcelona, 2ª ed., 1993.
- KAHALE CARRILLO, D., «El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, tras la nueva Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre», *Aranzadi BIB*, 2004.
- KAHL, W., «Neuere entwicklungslinien der grundrechtsdogmatik. Von modifikationen un erosionen der grundrechtlichen freiheitsparadigmas», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 131, 2006.
- KANT, I., *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1996.
- KARPEN, U., «La implantación de la evaluación legislativa en Europa: modelos y tendencias actuales», en *La evaluación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2006.
- KARST, K. L., «The Supreme Court 1976 Term, Foreword: Equal Citizenship under the XIV Amendment», *Harvard Law Review*, n° 91, 1977.
- «Equal Citizenship under the Fourteenth Amendment», *Harvard Law Review*, vol. 91, 1977.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- KAUFMANN, A., «Panorámica histórica de los problemas de la Filosofía del Derecho», en *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, México, 10ª ed., 1998.
- KEMPEN, B., «Grundrechtsverpflichtete», en D. MERTEN y H. J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, t. II, *Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006.
- KENNA, P., «El derecho a la vivienda en Europa: deberes positivos y derechos exigibles (según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)», *Revista de Derecho Político*, n° 74, 2009.
- KENNEDY, D., *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.
- KING, P. J., «Housing as a Freedom Right», *Housing Studies*, vol. 18, n° 5, 2003.
- KIRCHHOF, P., «Gerechte Verteilung medizinischer Leistungen im Rahmen des Finanzierbaren», *Münchener Medizinische Wochenschrift*, n° 14, 1998.
- KITTNER, M. y SCHIEK, D., «Artikel 20.1», en E. DENNINGER y otros, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*, Luchterhand, Neuwied, 3ª ed., 2001.
- KHAN, I., *La verdad no escuchada. Pobreza y derechos humanos*, Fundamentos, Madrid, 2010.
- KOCH, I. E., «Good governance and the implementation of Economic, Social and Cultural Rights», en H. O. SANO y G. ALFREDSSON (eds.), *Human Rights and Good Governance*, Martinus Nijhoff, La Haya, 2002.
- KOJANEC, G., «La Carta Social Europea y el Pacto Internacional de las Naciones Unidas relativo a los derechos económicos, sociales y culturales», en *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*, Granada 1987, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1989.
- KOPPELMAN, A., «Three arguments for gay rights», *Michigan Law Review*, vol. 95, n° 6, 1997.
- KRINGS, G., *Grund und grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Duncker & Humboldt, Berlín, 2003.
- KUHNMUNCH, O., «Personnes, entreprises et relations de travail, éléments de jurisprudence», *Droit social*, n° 5, 1988.
- KULFAS, M. y otros, *La deuda externa argentina diagnóstico y lineamientos propositivos para su reestructuración*, Fundación Osde, Buenos Aires, 2003.
- KYMLICKA, W., «La evolución de las normas europeas sobre los derechos de

- las minorías: los derechos a la cultura, a la participación y a la autonomía», *Revista española de ciencia política*, n° 17, 2007.
- LA SPINA, E., «El criterio de adecuación aplicado al derecho a la vivienda de los inmigrantes: una geometría variable», *Migraciones*, n° 26, 2009.
- LA SPINA, A. y MAJONE, G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- LABORDE, J. P., *Droit de la sécurité sociale*, PUF, Paris, 2005.
- LABRIOLA, S., «Costituzione materiale e transizione», en A. CATELAINI y S. LABRILA (eds.), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Giuffrè, Milán, 2001.
- LALOMA, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Cinca, Madrid, 2007.
- LAMARCA, I., «El papel de la sociedad en la integración de las personas con enfermedad mental», *Norte de Salud Mental*, n° 34, 2009.
- LAMBERT, E., «Le droit de l'homme à un niveau de vie suffisant», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2000.
- LANARI, M. E., «Trabajo decente: significados y alcances del concepto. Indicadores propuestos para su medición», en *Trabajo, ocupación y empleo. Relaciones laborales, territorios y grupos particulares de actividad*, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Buenos Aires, 2005.
- LANDA, C., «Dignidad de la persona humana», *Cuestiones Constitucionales*, n° 7, 2002.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Derecho Penal de Menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
– «Réquiem por la Ley Penal del Menor», *La Ley*, n° 6505, 2006.
- LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008.
- LANZ DURET, M., *Derecho constitucional mexicano y consideraciones sobre la realidad política de nuestro régimen*, Continental, México, 1931.
- LAPORTA, F., «Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje político», *Sistema*, n° 52, 1983.
– «Imperio de la ley», *Doxa*, n° 15-16, 1994.
– «Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema», en *Constitución y derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2004.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
– *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LARIOS PATERNA, M. J., *La participación ciudadana en la elaboración de la ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

LASA LÓPEZ, A., «Derechos de conflicto y razones de mercado: caracterización jurídica de la huelga en el derecho comunitario europeo», *Revista española de Derecho Constitucional Europeo*, n° 13, 2010.

LASAGABASTER HERRARTE, I., «La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n° 4, 2007.

– «Notas sobre el Derecho administrativo de la información», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LATORRE LATORRE, V., *Acción popular/acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000.

LAURENZO COPELLO, P., *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LAZARI, A., «La nueva gramática del constitucionalismo judicial europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 33, 2009.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.), *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y CULEBRAS LLANA, I. (coords.), *Nuevos retos que plantean los menores extranjeros al Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2006.

LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MAYORAL NARROS, I. (coords.), *Jornadas sobre Derecho de los menores*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003.

– *Nuevos retos que plantean los menores al Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.

LEAL, J., «La política de vivienda en España», *Documentación Social*, n° 138, 2005.

LEIBHOLZ, G., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Karlsruhe, 1958.

LEMA AÑÓN, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009.

– «Derechos universales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales», *Derechos y libertades*, n° 22, 2010.

LEMAITRE RIPOLL, J., «El Coronel no tiene quien le escriba: la protección judicial del derecho al mínimo vital en Colombia», en *Derecho y pobreza*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

LEÓN ALONSO, M., *La protección constitucional de la salud*, La Ley, Madrid, 2010.

- LERALTA PIÑÁN, O., «Ser inmigrante: "factor de riesgo" en el acceso a la vivienda», *Documentación Social*, n° 138, 2005.
- LESSER, H., «True and false needs», en R. PLANT, H. LESSER y P. TAYLOR-GOOPY, *Political Philosophy and Social Welfare*, Routledge, Londres, 1980.
- LESSIG, L., *El código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001.
– *Por una cultura libre. Cómo los grandes grupos de comunicación utilizan la tecnología y la ley para restringir la cultura y controlar la creatividad*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2005.
- LIDÓN, L., *Derechos humanos y discapacidad en España. Informe de situación. Fundación ONCE (cerrado a septiembre de 2007)*, Cinca, Madrid, 2008.
- LIEBENBERG, S., «The protection of economic and social rights in domestic legal systems», en A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2ª ed., 2001.
- LINDE PANIAGUA, E. y VIDAL BELTRÁN, J. M., *Derecho Audiovisual*, Colex, Madrid, 2007.
- LINDLER, J. F., *Theorie der grundrechtsdogmatik*, Mohr, Tubinga, 2005.
- LINTON, R., *Estudio del hombre*, FCE, México, 9ª ed., 1967.
- LIRA, L. A., *Dignidad, dogma de los derechos humanos* (<http://www.monografias.com/trabajos42/dignidad/dignidad2.shtml>).
- LIS, C. y SOLY, H., *Pobreza y capitalismo en la Europa preindustrial (1350-1850)*, Akal, Madrid, 1985.
- LLANOS MANCILLA, H., «Los derechos económicos, sociales y culturales», *Ars Boni et Aequi*, n° 6, 2010.
- LLOBERA VILA, M., «Libertad contractual en prestaciones de servicios transnacionales: el alcance del orden público laboral en el Reglamento 593/2008 (Roma I)», en *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universitat de València, Valencia, 2010.
- LO FARO, A., «Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi *Laval* e *Viking*», *Lavoro e Diritto*, n° 1, Vol. XXII, 2008.
- LO VUOLO, R. y BARBEITO, A., *La nueva oscuridad de la política social. Del Estado populista al neoconservador*, Miño y Dávila-CIEPP, Buenos Aires, 2ª ed., 1998.
- LOBO TORRES, R., *La metamorfosis de los Derechos Fundamentales Sociales: estudios de derecho constitucional, internacional y comparado*, Renovar, Río de Janeiro, 2003.
– *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Renovar, Río de Janeiro, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais», en C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *Direitos sociais*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.
- LOHMANN, U., «Zur rechtlichen Vereinbarkeit und wirtschaftlichen Realisierbarkeit eines Rechts auf Arbeit in der Bundesrepublik Deutschland», en M. RATH, *Die Garantie des Rechts auf Arbeit mit einem Anhang von Ulrich Lohman*, Otto Schwartz, Gotinga, 1974.
- LOMBARDI, G., *Contributo allo Studio dei doveri costituzionali*, Milán, 1967.
- LOMBARDO, E., «Igualdad de Género en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance o mantenimiento del *statu quo*?», en *Los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Zaragoza, 2002; http://www.unizar.es/derecho/doctorado_humanos/Lombardo1.doc.
- LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, París, 12ª ed., 1999.
- LÓPEZ ALONSO, C. (ed.), *De la Beneficencia al Bienestar Social. Cuatro siglos de Acción social*, Madrid, 1986.
- LÓPEZ ANADÓN, P., «La discriminación positiva femenina», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 323, 1996.
- LÓPEZ BALAGUER, M., «La ordenación del tiempo de trabajo», en V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la CE de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- LÓPEZ CASTILLO, A.; ÁLVAREZ JUNCO, J. y FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, A., *Educación en valores: ideología y religión en la escuela pública*, CEPC, Madrid, 2007.
- LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.
- LÓPEZ DEL POZO, P., «Seguridad social», en M. ARAGÓN REYES y J. MARTÍNEZ-SIMANCAS (dirs.), *La Constitución y la práctica del derecho*, t. II, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- LÓPEZ EBRI, G., «El ingreso no voluntario y la protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica en los términos del art. 763 LECiv y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en J. M. GOERLICH PESET y A. BLASCO PELLICER (coords.), *Trabajo, contrato y libertad. Estudios jurídicos en memoria de Ignacio Albiol*, Universitat de València, Valencia, 2010.

- LÓPEZ ESCUDERO, M., «Artículo 34. Seguridad social y ayuda social», en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Bilbao, 2008.
- LÓPEZ GANDÍA, J., «El Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social: la renovación del Pacto de Toledo», *Revista de Derecho Social*, n° 14, 2001.
- *Las reformas legislativas en materia de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Un Estado social», en J. DE ESTEBAN y otros, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980.
- LÓPEZ GUERRA, L. y otros, *Derecho Constitucional*, vol. I: *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 y 2002.
- LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, E., «El nuevo Consejo de Derechos Humanos de la ONU: ¿una reforma cosmética?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, n° 1, 2006.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., «El artículo 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las CC AA en materia de renta mínima», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 48, 1991.
- «El derecho a una Seguridad Social pública que garantice prestaciones sociales suficientes y su realidad en el sistema español», en F. SALINAS y G. MOLINER (dirs.), *La protección de derechos fundamentales en el orden social*, CGPJ, Madrid, 2005.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI, C. (coords.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- LÓPEZ LÓPEZ, J. y otros, *Seguridad Social y Protección Social: Temas de actualidad*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- LÓPEZ MEDEL, J., *Libertad de enseñanza, derecho a la educación y autogestión*, Fragua, Zaragoza, 1984.
- «Hacia una filosofía del derecho a la educación», *Revista de Ciencias de la Educación*, n° 122, 1985.
- LÓPEZ PINA, A., «Comentario introductorio al capítulo III del título I», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid, t. IV, 1996.
- *La Constitución territorial de España. El orden jurídico como garantía de la igual libertad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- LÓPEZ RAMÓN, F., «Sobre el derecho subjetivo a la vivienda», en *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- LÓPEZ TORRIJO, M., «El derecho a una educación (inclusiva) de las personas con discapacidad en las Declaraciones Internacionales», en M. R. BERRUEZO ALBÉNIZ y S. CONEJERO LÓPEZ (coords.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009*, v. 1, 2009.
- LORENZO, H., «El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura», *La ley penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 43, 2007.
- LOUREIRO, J. C., «Adeus ao Estado Social? O Insustentável Peso do Não-Ter», *Boletim da Universidade de Direito*, vol. 83, 2007.
- LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho de los trabajadores frente al acoso sexual*, Comares, Granada, 1996.
- LUCAS DURÁN, M., «Los Fondos de Compensación Interterritorial en el nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas», en I. MERINO JARA (coord.), *La revisión del régimen común de financiación autonómica*, IEF, Madrid, 2011.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., «Normas programáticas, estatutos y autonomía comunitaria», *Revista de Derecho Político*, n° 21, 1984.
- «Poderes del Estado y poderes sociales», *Sistema*, n° 118-119, 1994.
 - «Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso», en *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, Ararteko-UPV, 2002.
- LUCAS VERDÚ, P., *Estimativa y política constitucionales*, UCM, Madrid, 1984.
- «Garantías constitucionales», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. X, 1985.
- LUCIANI, M., «Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione», *Revista critica di diritto privato*, 1985.
- «Sui diritti sociali», en *Studi in onore di Manlio Mazzioni di Celso*, CEDAM, Padua, 1995.
 - «Diritti sociali e integrazione europea», en *Associazione italiana dei costituzionalisti, Anuario 1999*, CEDAM, Padua, 2000.
- LÜCKE, J., «Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 107, 1982.
- LUHMANN, N., *Grundrechte als institution*, Berlín, 1965.
- *Teoría política del Estado del Bienestar*, Alianza, Madrid, 1993.
- LUJÁN, J. y SÁNCHEZ-TRIGUEROS, C., «Los regímenes Especiales de la Seguridad Social», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

- LUTHER, J., «Razonabilidad y dignidad humana», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 7, 2007.
- LYMAN, R., «Barbarie y religión: La infancia a fines de la época romana y comienzos de la Edad Media», en L. DE MAUSE, *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1982.
- LYON-CAEN, G., «Le droit au travail», en *Les sans-emploi et la loi, hier et aujourd'hui. Actes du Colloque Nantes, juin 1987*, Calligrammes, 1988.
- LYON-CAEN, A., «Adapter et reclasser: quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation», *Semaine Social Lamy*, 1992a.
- «Note à Cassation sociale 25 février 1992», *Dalloz*, Sommaires commentés, 1992b.
- «Le droit du travail et la liberté d'entreprendre», *Droit Social*, n° 3, 2002.
- LYON-CAEN, A. y LOKIEC, P. (coords.), *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, París, 2005.
- MABBETT, D., «The Development of Rights-Based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights», *Journal of Common Market Studies*, vol. 43, 2005.
- MACCORMICK, N., «Los derechos de los niños: un test para la teoría de los derechos», en I. FANLO (comp.), *Derecho de los niños. Una contribución teórica*, Fontamara, México, 2004.
- MACHADO, M. D., *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos. Análisis del art. 511 CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MACÍAS JARA, M., «Polémica en torno al concepto de género», en P. SERRANO MAGDALENO (coord.), *Actas del Congreso Nacional XXV Años de Estudio de género. Mujeres Sabias: entre la teoría y la práctica*, Fundación ISONOMÍA para la Igualdad de Oportunidades, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2004.
- «La democracia representativa paritaria: algunas cuestiones en torno a la LO 3/2007, de 22 de marzo», *Aequalitas*, n° 23, 2008.
- *La democracia representativa paritaria*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2009.
- MAESTRO BUELGA, G., «Constitución económica y derechos sociales en la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 7, 2000.
- «Globalización y constitución débil», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 7, 2001.
- *La Constitución del trabajo en el Estado social*, Comares, Granada, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M. A., *Marginación, Estado social y Prestaciones Autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- MAGALLÓN ORTÍN, M., «La nueva regulación del Convenio de Asistencia Sanitaria a favor de emigrantes que retornan al territorio español y de pensionistas de la Seguridad Social suiza residentes en España», *Revista del Poder Judicial*, n° 47, 1997.
- MAGRO SERVET, V., *Violencia Doméstica y de Género*, Sepín, Madrid, 2009.
- MAHLMANN, M., «The Politics of Constitutional Identity and its Legal Frame—the *Ultra Vires* Decision of the German Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, Vol. 11, n° 12, 2010, <http://www.germanlawjournal.com/>.
- MAINO, F. y ALTI, T., «La experiencia de la renta mínima de inserción», *Políticas Sociales en Europa*, n° 11, 2002.
- MALARET I GARCÍA, E., «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración pública*, n° 145, 1998.
- MALDONADO, J. A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- «La jubilación en la Constitución Española», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- MALGESINI, G., «Migraciones, sanidad y salud», en C. CLAVIJO y M. AGUIRRE (eds.), *Políticas sociales y Estado de bienestar en España: las migraciones*, Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 2002.
- MANCHA NAVARRO, T., «La política regional de la Unión Europea en el contexto del siglo XXI: una reflexión crítica», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n° 1 – I/2001.
- MANCINI, F., «Sistema económico y relaciones de trabajo», *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 4, 1980.
- MANDLER, P. (ed.), *The Uses of Charity. The Poor on Relief in the Nineteenth-Century Metropolis*, Filadelfia, 1990.
- MANGAS MARTÍN, A. y GONZÁLEZ ALONSO, L. N. (coords.), *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010.

- MANRIQUE, V., «La participación de los interesados en la gestión de la Seguridad Social», *La Ley*, n° 1, 1984.
- MANZELLA, A., *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977.
- MAQUEDA ABREU, M. L., *Prostitución, feminismos y derecho penal*, Comares, Granada, 2009.
- MARCHESI, A., *Controversias en la educación española*, Alianza, Madrid, 2002.
- MARCUSE, P. y KEATING, W. D., «The permanent housing crisis: the failure of conservatism and the limitations of liberalism», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *La protección del mínimo existencial en el ámbito del IRPF*, Colex, Madrid, 1996.
- MARIÑO MENÉNDEZ, F., «Derecho Internacional Público: El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, n° 2, 2008.
- MARQUET SARDÀ, C., *Los derechos sociales en el ordenamiento jurídico sueco*, Atelier, Barcelona, 2010.
- MARSHALL, T. H., «Ciudadanía y clase social», en T. H. MARSHALL y T. BOTTOMORE, *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998.
- MARTÍ, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MARTÍN ARRIBAS, J. J., «El Derecho del Consejo de Europa en materia de trata de seres humanos», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo, Sevilla, 2010.
- MARTÍN CONTRERAS, L., *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*, Bosch, Barcelona, 2009.
- MARTÍN DELGADO, L., *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- MARTÍN GINER, A., «La renta mínima de inserción: contradicciones e incertidumbres», *Cuadernos de Trabajo Social*, n° 20, 2007.
- MARTÍN HUERTAS, A., «El contenido esencial de los derechos fundamentales», *Revista de las Cortes Generales*, n° 75, 2008.
- MARTÍN MATEO, R., «La calidad de vida como valor jurídico» en *Estudios en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, t. II, 1991.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

MARTÍN NÚÑEZ, E. y CASTELLÁ ANDREU, J. M., «Las garantías de los derechos del Estatuto de Autonomía de Cataluña», en M. A. APARICIO (ed.), *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*, Cedecs, Barcelona, 2008.

MARTÍN QUERALT, J., «La Constitución Española y el Derecho financiero», *Hacienda Pública Española*, n° 63, 1979.

MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., TEJERIZO LÓPEZ, J. M. y CASADO OLLERO, G., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 20ª ed., 2009.

MARTÍN RETORTILLO-BAQUER, L., «Los derechos fundamentales como ámbito de libertad y compromiso de prestaciones», en S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO y L. GONZÁLEZ SEARA, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000.

– «La Ley Orgánica por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa (La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Boletín Oficial del Estado)», *Revista española de Derecho Europeo*, n° 30, 2009.

MARTÍN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española de 1978», en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.

– «La Constitución como fuente del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 33, 1988.

MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.; y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 19ª ed., 2010.

MARTÍN VIDA, M. A., «La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 126/1997, de 3 de julio)», *Revista de Estudios Políticos*, n° 99, 1998.

– «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia Marschall», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 53, 1998.

– «Los más recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de acciones positivas: los casos Badeck y Anderson», *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y análisis jurídico*, n° 5, 2000.

– *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2003.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Derecho a la educación», en A. MANGAS MARTÍN y L. N. GONZÁLEZ ALONSO (coords.), *Carta de los derechos fundamenta-*

- les de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ, J. I., «El principio de igualdad y la producción de diferencias en el derecho», en *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid, Ministerio de Justicia, vol. I, 1991.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A., «Derecho al trabajo y políticas de empleo», en V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la CE de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., «El inmigrante irregular. Especial referencia a la mujer inmigrante objeto de explotación sexual», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 68, 2003.
- *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Políticas de bienestar. Un estudio sobre los derechos sociales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003.
- «El derecho a la salud: un derecho social esencial», *Derechos y libertades*, n° 14, 2006.
- «Los derechos sociales: unos derechos controvertidos», en V. ZAPATERO y M^a I. GARRIDO (eds.), *Los derechos sociales como una exigencia de la justicia*, Universidad de Alcalá, 2009.
- MARTÍNEZ ESTAY, J. I., *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- MARTÍNEZ GARCÍA, B. J., «El derecho a la asistencia jurídica», *Ponencia en el Seminario sobre «Derecho constitucional de la protección social»*, Universidad de Alcalá, septiembre de 2006.
- MARTÍNEZ-GIJÓN, M. A., *Protección social, Seguridad Social y asistencia social*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, A., «Aspectos más relevantes de la globalización económica», en *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, CGPJ, Madrid, 2002.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L., «La educación en la Constitución española: derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza», *Persona y derecho*, n° 6, 1979.
- «Responsabilidad y control administrativo de las libertades en la enseñanza: introducción», en M. ESTEBAN VILLAR y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L., «El artículo 9.2 CE y su significación en el sistema constitucional de derechos fundamentales», *Revista de las Cortes Generales*, n° 40, 1997.
– *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ RIVERO, A., «El precio fijo de los libros», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ ROCAMORA, L. G., «La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral*, n° 41, 2000.
- MARTÍNEZ SORIA, J., «Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums», *Juristenzeitung*, 2005.
- MARTÍNEZ TEN, C., «La participación política de la mujer en España», en J. ASTELARRA (comp.), *Participación política de las mujeres*, CIS, Madrid, 1990.
- MARTÍNEZ TORRES, M., *Gastos redistributivos y federalismo fiscal: el caso de los sistemas de rentas mínimas*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005.
- MATHIEU, B., «La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel», *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 6, 1999.
– «Le droit au logement révélateur de la place des droits sociaux dans l'ordre juridique», *Le Genre Humain*, n° 38-39, 2002.
- MATÍA, I., «Artículo 40», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- MAURER, B., *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française, Paris, 1999.
- MAYER, M., *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- MAZA ZORRILLA, E., *Pobreza y asistencia social en España, siglos XVI al XX. Aproximación histórica*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1987.
– *Pobreza y beneficencia en la España contemporánea (1808-1936)*, Ariel, Barcelona, 1999.
- MAZZESCHI, R. P., «Sulla natura degli obblighi internazionali di tutela e promozione dei diritti sociali, economici e culturali», en F. BESTAGNO (ed.), *I diritti sociali, economici e culturali*, V & P, Milán, 2009.
- MAZZIOTTI, M., «Diritti sociali», en *Enciclopedia Giuridica*, Giuffrè, Milán, t. XII, 1964.

- McHALE, J. y CORDELL, M., *Basic human needs*, Transaction, New Brunswick, 1978.
- McKIE, J.; RICHARDSON, J.; SINGER, P.; KUHSE, H., *The Allocation of Health Care Resources. An Ethical Evaluation of QALY Approach*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 1998.
- MEC—CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA, *Datos Básicos del Sistema Universitario Español. Curso 2006/2007 y 2007/2008*, MEC-Consejo de Coordinación Universitaria, 2008 y 2009.
- MECLE ARMIÑANA, «Los Derechos Sociales en la Constitución Argentina y su Vinculación con la Política y las Políticas Sociales», en A. ZICCARDI (comp.), *Pobreza, Desigualdad Social y Ciudadanía: Los Límites de las Políticas Sociales en América Latina*, CLACSO, Buenos Aires, 2001.
- MÉDICOS DEL MUNDO, *Informe 2005 de exclusión social*, Madrid, 2006.
- MEDINA RUBIO, R., *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*, Cívitas, Madrid, 1994.
- MEILÁN GIL, J. L., *El Mutualismo Laboral*, CSIC, Madrid, 1963.
- MÉJICA, J. y DíEZ, J. R., *El estatuto del paciente*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «Delimitación conceptual de la dependencia», en *Comentario sistemático de la Ley de Dependencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- MELICA, L., *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturali*, Giappichelli, Turín, 1996.
- MELLADO PRADO, P., «El Defensor del Pueblo Europeo y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 15, 2008.
- MELO, C. A., *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.
- MÉNDEZ, V., «Estudio de contextualización», en J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Tecnos, Madrid, 2010.
- MENDONÇA, E., «Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas», en C. P. DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *Direitos Sociais*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.
- MENDOZA NAVAS, N., «Evolución de los derechos sociales en las Leyes de extranjería», en N. MENDOZA NAVAS y J. M. SERRANO GARCÍA (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- MENÉNDEZ, A. J., «La ciudadanía europea tras *Martínez Sala* y *Baumbast*: ¿La consecución de un derecho europeo más humano pero menos social?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 89, 2010.
- MENGER, A., *El derecho civil y los pobres*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1898.
- MENGONI, L., «L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile», *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n° 45, 1990.
– «I diritti sociali», *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998.
- MERCADER, J., «Artículo 41», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009a.
– «Artículo 129.1. La participación de los interesados en la Seguridad Social y otros organismos», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009b.
- MERCADO PACHECO, P. «La "Constitución imposible". El gobierno de la Economía en la experiencia constitucional española», en J. R. CAPELLA (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 2003.
- MERON, T., «International Law in the age of Human Rights», *Recueil des Cours*, vol. 301, La Haya, 2003.
- MESTRE DELGADO, J. F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 2ª ed., 1998.
- MEYER-BIRSCH, P., «Droits sociaux: le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance», en *Tous concernés. L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration universelle*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1998.
- MICHELMAN, F. I., «Welfare Rights in a Constitutional Democracy», *Washington University Law Quarterly*, n° 3, 1979.
– «The constitution, social rights and liberal political justification», *International Journal of Constitutional Law*, n° 13, 2003.
- MILÁ MORENO, J., «El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en F. GÓMEZ ISA y J. M. PUREZA (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 2004.
- MILANO, S. *Le Revenu Minimum Garanti dans la CEE*, PUF, París, 1989.
- MILLER, T. y YÚDICE, G., *Política cultural*, Gedisa, Barcelona, 2004.
- MÍNGUEZ LLORENTE, F., «Renta mínima garantizada en los países de la CEE: fundamentos teóricos y aspectos de su puesta en funcionamiento», *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, n° 15, 1989.

- MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, *Educación y Constitución* (vol. 1), Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1978.
- *Alumnos Precoces, Superdotados y de Altas Capacidades*, MEC, 2000.
 - *Las cifras de la Educación en España. Estadísticas e indicadores*, Oficina de Estadística, desde curso 2000-2001, publicado en 2004 y sucesivos.
 - *PISA 2006. Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos de la OCDE, Informe español*, MEC, Secretaría General de Educación, Instituto de Evaluación, Madrid, 2007a.
 - *Datos y cifras curso escolar 2006/2007*, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, Oficina de Estadística, 2007b, <http://www.mec.es/mecd/estadisticas>.
 - *Datos y cifras curso escolar 2007/2008– 2008/2009*, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, Oficina de Estadística, 2008 y 2009, <http://www.mec.es/mecd/estadisticas>.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, *Anuario de Migraciones*, Madrid, 2002.
- *Modelo de atención a las personas con enfermedad mental grave*, 2007.
- MIRANDA, J., «Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 18, 1986.
- *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, t. I, 7ª ed., 2003.
 - *As Constituições portuguesas: De 1822 ao texto actual da Constituição*, Livraria Petrony, Lisboa, 5ª ed., 2004.
 - «Direitos fundamentais e ordem social (na Constituição de 1933)», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 46, n° 1, 2005.
 - *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais*, Principia, Estoril, 2006.
 - *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, t. IV, 4ª ed., 2008.
- MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, t. I, 2005; t. II, 2006.
- MIR PUIGPELAT, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- MODUGNO, F., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Turín, 1995.
- MOLINA, A., «Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos», *Estad. Socio-juríd.*, n° 9, 2007.
- MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *La protección jurídica de la mujer trabajadora*, CES, Madrid, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

MOLINA NAVARRETE, C., «El derecho a la seguridad y salud en el trabajo. El derecho a la mejora de las condiciones de trabajo. El derecho al descanso», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

- «Del "mal" e "inútil" uso del "poder legislativo" en materia de Seguridad Social: la ley 4/2005, sobre efectos en las pensiones no contributivas de los complementos autonómicos», *Aranzadi Westlaw.es*, 2005.
- «El régimen "cuasi-profesional" de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualización de un trabajo con rostro de mujer», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 297, 2007.

MOLINARO, C. A. y MILHORANZA, M. G., «Alcance político de la jurisdicción en el ámbito del derecho a la salud», en A. DE ASSIS (coord.), *Aspectos polémicos y actuales de los límites de la jurisdicción y del Derecho a la salud*, Notade, Porto Alegre, 2007.

MÖLLERS, C., «Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation», en A. VON BOGDANDY y J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2007.

MONDIMORE, F. M., *Una historia natural de la homosexualidad*, Paidós, Barcelona, 1998.

MONEREO, J. L. y MOLINA, C., «El derecho a una redistribución equitativa de la riqueza. El derecho al empleo», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002a.

- «El derecho a la protección de las personas con minusvalías», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002b.
- «El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002a.
- «El derecho a la protección de las personas de la tercera edad», en J. L. MONEREO, C. R. MOLINA NAVARRETE y M. NIEVES MORENO (dirs.), *Comentario a la Constitución socioeconómica de España*, Comares, Granada, 2002.

MONEREO ATIENZA, C., «Herramientas para una Teoría de los derechos sociales (Discusión doctrinal)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XXII, 2005.

- *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007.

MONEREO PÉREZ, J. L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Trotta, Madrid, 1999.

- «El derecho a la Seguridad Social», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- *La defensa del Estado social de Derecho. La teoría política de Hermann Heller*, El Viejo Topo, Madrid, 2009.

MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO NAVARRETE, C., «La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades», en J. L. MONEREO PÉREZ y otros, *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M. N.; MALDONADO MOLINA, J. A.; y GONZÁLEZ DE PATTO, R., *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la LD, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007.

MONTERO GARCÍA, F., *El primer catolicismo social y la «Rerum Novarum» en España, 1889-1902*, CSIC, Madrid, 1983.

- *Los seguros sociales en la España del siglo XX: Orígenes y antecedentes de la previsión social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

MONTERO GIBERT, R. y RODRIGO, F., «Conocer el Parlamento: una selección de datos de encuesta sobre las Cortes Generales», *Revista de las Cortes Generales*, n° 20, 1990.

MONTIEL MÁRQUEZ, A., «El derecho de petición: ¿instrumento de participación directa de los ciudadanos o manifestación de la función de control?», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 30-31, 2000.

MONTILLA MARTOS, J. A., «El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad», en *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

- «Comentario a la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo», *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis jurídico*, n° 11, 2002.
- «Las funciones y las competencias de las Comunidades Autónomas en inmigración», en *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «El debate competencial en torno a la Ley de dependencia», *Informe Comunidades Autónomas 2006*, IDP, Barcelona, 2007.

MONTILLA MARTOS, J. A. y VIDAL FUEYO, M. C., *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, CEPC, Madrid, 2007.

MONTOYA, A. y PIZA, J., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

MONTOYA MELGAR, A., «Prólogo» a J. M. GALIANA MORENO, *El ámbito personal del derecho a la emigración*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1975.

- «La protección constitucional de los derechos laborales», en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.
- «Sobre los orígenes del seguro social en España», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 80, 1996.
- (dir.), *Curso de Seguridad Social*, Civitas, Cizur Menor, 3ª ed., 2005.
- (coord.), *La protección de las personas dependientes. Comentarios a la LD*, Civitas, Madrid, 2007.

MONTOYA MELGAR, A. y otros, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2003.

MOORE, S., «Social Policy. Nothing positive from the Court of Justice», *European Law Review*, 1996.

MORA CASTRO, A., «Inmigración, servicios públicos e integración social», *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 20, 2007.

MORELL BLANCH, A., «Subsidios de garantía de renta mínima: fundamentos teóricos y aspectos críticos de su puesta en funcionamiento», *Palestra Universitaria*, n° 5, 1991.

MORELL OCAÑA, L., «La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria», *Revista de Administración Pública*, n° 63, 1970.

MORELLI, M. G., «La justicia social y su protección jurisdiccional. Consideraciones con ocasión de un caso judicial», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 7, 2003/2004

MORENILLA ALLARD, P., *La prueba en el proceso contencioso-administrativo*, Edijus, Zaragoza, 1997.

MORENO, M. N., «El Estatuto de los Trabajadores», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

MORENO, L. (comp.), *Unión Europea y Estado del Bienestar*, CSIC/MTAS, Madrid, 1997.

- MORENO DOMÍNGUEZ, M. M., *La Eficacia jurídica de las rentas mínimas autonómicas: el esfuerzo financiero*, Universidad de Málaga, 2003.
- MORENO VERDEJO, J., «La violencia doméstica», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n° 21, 2002.
- MORESO, J. J., *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- MORIJN, J., «Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and the Omega in the Light of the European Constitution», *European Law Journal*, Vol. 12, n° 1, 2006.
- MORLEY-FLETCHER, E., «Reddito di cittadinanza e democrazia economica. Certezze per rischiare», *Nuova Rassegna Sindacale*, n° 23, 1989.
- MORTATI, C., «Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale», en *Raccolta di scritti*, Vol. II, Giuffrè, Milán, 1972.
– *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedad, Padua, 1952; 2ª ed., 1975 y 1976.
- MORTE GÓMEZ, C., «El Convenio Europeo de Derechos Humanos: primeros pasos para una nueva reforma», *Anuario de Derechos Humanos*, n° 5, 2004.
- MORTE GÓMEZ, C. y SALINAS ALCEGA, S., «Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en A. EMBID IRUJO (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009.
- MOSCOSO, J., *Historia cultural del dolor*, Taurus, Madrid, 2011.
- MOYA, D., «La integración social de los extranjeros en España: algunas notas sobre su conceitualización jurídica», en J. GARCÍA ROCA y E. ALBERTÍ (coords.), *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUERZA ESPARZA, J., «Aspectos procesales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- MULAS, A., «Seguridad Social, Constitución y Autonomías», en J. A. LINARES (dir.), *Jornadas sobre derecho del trabajo y Constitución*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1985.
- MÜLLER, J. P., *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, Helbich & Lichtenhahn, 1981.
- MÜLLER, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 27, 1989.
– *Métodos de trabajo del Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- MÜNCH, I. V., «Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania», en P. SALVADOR CODERCH (coord.), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Civitas, Madrid, 1997.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

MUÑOZ CASTILLO, J., *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Colex, Madrid, 2000.

– *Constitución y vivienda*, CEPC, Madrid, 2003.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S., «Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 26, 1980.

– *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, Madrid, 1982.

– *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza, Madrid, 1995.

– *Servicio público y mercado*, t. I: *Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1998.

– (dir.), *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.

– «Estudio preliminar: los libros y las leyes», en *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.

– «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación*, I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.

MUÑOZ ORIOL, L., «Atención y apoyo a los emigrantes españoles que residen en el exterior», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 15, 1999.

MURSWIEK, D., *Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1985

– «Grundrechte als Teilhabe Rechte, soziale Grundrechte», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 5, *Allgemeine Grundrechtslehren*, C. F. Müller, Heidelberg, 2ª ed., 2000.

NABAIS, J. C., *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1990.

NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.

– *Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas de 8 de septiembre del 2000*, Resolución 55/2 denominada «Declaración del Milenio», <http://www.undp.org/spanish/mdgsp/>.

– *Los derechos económicos, sociales y culturales*, *Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Serie de Capacitación Profesional n° 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra,

- 2004a, http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,1468/Itemid,5/.
- *Declaración de Principios de Ginebra, Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información «Construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio»*, Documento WSIS-03/GENEVA/4-S12 de mayo de 2004, 2004b.
 - *Resolución 2005/21. El derecho a la educación*, Resolución de 15 de abril de 2005 aprobada en la 51ª sesión de la Comisión, (E/CNº4/RES/2005/21).
 - *Agenda de Túnez para la sociedad de la información*, de 28 de junio de 2006, Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/6 (Rev.1) – S, 2006.
- NACIONES UNIDAS–COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General nº 1. *Párrafo 1 del artículo 29: Propósito de la educación*. Doc. CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001.
- Observación General nº 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño y las directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos (E/CNº4/1997/37), de 17 de marzo de 2003.
 - Observación General nº 8, 42 período de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006: *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*; [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.GC.8.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.GC.8.Sp?OpenDocument).
- NACIONES UNIDAS–MUÑOZ VILLALOBOS, V., *Informe sobre el derecho a la educación*, de 17 de diciembre de 2004 (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor MUÑOZ VILLALOBOS). Documento E/CNº4/2005/50.
- *Informe sobre el derecho a la educación de las niñas*, de 8 de febrero de 2006 (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor MUÑOZ VILLALOBOS). Documento, E/CNº4/2006/45
 - *Informe «Misión a Alemania»* (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor MUÑOZ VILLALOBOS), Documento A/HRC/4/29/Add., de 9 de marzo de 2007, 2007a.
 - *Informe sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidades*, de 19 de febrero de 2007 (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor MUÑOZ VILLALOBOS). Documento A/HRC/4/29, 2007b.
- NACIONES UNIDAS–TOMASEVSKI, K., *Informe sobre el derecho a la educación. «Misión a los Estados Unidos de América»* (Relatora de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Katarina TOMASEVSKI), de 17 de Enero de 2002, 58 período de sesiones, doc. E/CNº4/2002/60.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Informe sobre el derecho a la educación*, de 25 de enero de 2004 (Relatora de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Katarina TOMASEVSKI), Documento E/CN°4/2004/45, 2004a.
- *Informe El derecho a la educación: «Misión a Colombia»*, de febrero de 2004 (Relatora de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Katarina TOMASEVSKI). Documento E/CN°4/2004/45, 2004b.

NAFZIGER, J. A. R.; PATERSON, R. K. y RENTELN, A. D. (eds.), *Cultural Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

NAPOLI, M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milán, 1980.

- «Elogio della stabilità», en *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Turín, 2002.

NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEPC, Madrid, 2000.

NAVARRO, V., *Bienestar insuficiente, democracia incompleta*, Anagrama, Barcelona, 4ª ed., 2004.

- «La sanidad en España», en *La situación social en España*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- *El subdesarrollo social en España*, Anagrama, Barcelona, 2006.

NAVARRO MÉNDEZ, J. I., *Partidos políticos y «democracia interna»*, CEPC, Madrid, 1999.

NAVARRO RUIZ, C., «Indicadores de vivienda y exclusión», *Documentación Social*, n° 138, 2005.

NAVARRO RUIZ, J. C., «La política educativa y de formación profesional ante el Tratado Constitucional para Europa. El Espacio Europeo de Educación Superior», en V. GARRIDO MAYOL y otros, *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, v. III, 2004.

NAYA GARMENDIA, L. M. y DÁVILA BALSERÁ, P. (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*, Erein, San Sebastián, 2006.

NEDELSKY, «American Constitutionalism and the Paradox of Private Property», en J. ELSTER y R. SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

NEGRI, A., *La forma Estado*, Akal, Madrid, 2003.

NETTESHEIM, M., «Die garantie der menschenwürde zwischen metaphysischer überhöhung und bloâem abwägungstopos», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 130, 2005.

NEUMANN, V., *Menschenwürde und Existenzminimum*, Humboldt-Universität, Berlín, 1994.

- NEUNER, J., «Los derechos humanos sociales», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 9, 2005.
- NICOLÁS MUÑOZ, J., «La declaración de Estado social en la Constitución española de 1978», en *Libro-homenaje a Manuel García Pelayo*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1980.
- NIETO, A., «Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional», *Revista de Administración Pública*, n° 100-102, 1983.
– *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1994.
– *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004.
– *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007.
- NIKISCH, A., *Arbeitsrecht*, vol. I: *Allgemeine Lehren und Arbeitsvertrag*, Mohr, Tübinga, 3ª ed., 1961.
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.
– *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.
– «On Social Rights», en A. AARNIO y otros, *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1993.
– *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2002.
- NOGUEIRA, R., *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1988.
- NOGUEIRA, M., «Artículo 35», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A., *Los derechos sociales en las nuevas Constituciones latinoamericanas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NORES TORRES, L. E., «Servicios (III): El servicio de atención residencial», en R. ROQUETA BUJ y otros, *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- NORIEGA CANTÚ, A., *Los derechos sociales, creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, UNAM, México, 1988.
- NOVAIS, J. R., *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- NOVOA, E., *El derecho de los débiles*, Reus, Madrid, 1930.
- NOZICK, R., *Anarquía, estado y utopía*, FCE, México, 1988 (original de 1974).
- NUÑEZ GÓMEZ, T. D., *El escenario jurídico del teatro*, Iustel, Madrid, 2008.
- NÚÑEZ ROLDÁN, F., *Mujeres públicas. Historia de la prostitución en España*, Temas de Hoy, Madrid, 1995.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- NUÑO RUBIO, J. L., «Seguridad Social de emigrantes españoles a países CEE: resoluciones anteriores en materia de pensiones y su revisión al amparo del Reglamento 1408/1971», *Revista de Seguridad Social*, n° 30, 1986.
- NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, Paidós, Barcelona, 2007.
– *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, Madrid, 2010.
- NYSEN GONZÁLEZ, J. M., «El ingreso madrileño de integración en transición hacia la renta mínima de inserción y el plan contra la exclusión: un caso práctico en el distrito madrileño de Villaverde», *Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, n° 26, 2002.
- OAKESHOTT, M., *La voz del aprendizaje liberal*, Katz, Madrid, 2009.
- OBERMEYER, S., «La garantía constitucional del matrimonio y la regulación legal de la pareja», *Teoría y realidad constitucional*, n° 14, 2004.
- OBSERVATORI DESC, «Derecho a la vivienda y políticas habitacionales: Informe de un desencuentro», 2008, <http://www.descweb.org/files/derecho%20a%20la%20vivienda%20y%20politicas%20habitacionales.pdf>.
- OBSERVATORIO DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD, *Informes Anuales del Sistema Nacional de Salud*, Ministerio de Sanidad y Consumo.
- OCDE, *Informe PISA 2003. Aprender para el mundo de mañana*, Madrid, 2003.
- OCHOA RUIZ, N., *Los mecanismos convencionales de protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.
- OFFE, C., «Democracia y Estado de Bienestar: Un régimen europeo bajo la tensión de la integración europea», *Zona Abierta*, n° 92/93, 2000.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004.
- O'FLAHERTY, M., «Towards integration of United Nations Human Rights Treaty Body Recommendations: the rights-based approach model», en M. A. BADERIN y R. McCORDQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- OJEDA MARÍN, A., *Estado social y crisis económica*, Editorial Complutense, Madrid, 1996.
– *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, Madrid, 1998.
– «La garantía de un régimen público de Seguridad Social», en M. E. CASAS, F. DURÁN y J. CRUZ (coords.), *Las transformaciones del Derecho del*

- Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, La Ley, Madrid, 2006.
- OLARTE ENCABO, S., *El Derecho a prestaciones de Seguridad Social: un estudio del régimen jurídico general de las prestaciones de la Seguridad Social*, CES, Madrid, 1997.
- «Disposición adicional primera», en J. L. MONEREO PÉREZ y M. N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, t. II, 1999.
- OLESTI RAYO, A., «La dimensión social del Tratado de Lisboa», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.
- OLIVAS DÍAZ, A., «Castigar la disidencia: el movimiento de ocupación en el ordenamiento jurídico», *Jueces para la democracia*, n° 54, 2005.
- «El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales», en G. PISARELLO (ed.), *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- OLIVER-LALANA, A. D., *Legitimación a través de la comunicación*, Comares, Granada, 2011.
- OLMEDA FREIRE, G. B., «La renta mínima garantizada: a caballo de la asistencia, la Seguridad Social y la política de empleo», *Revista de Treball, Economia i Societat*, n° 7, 1997.
- OPPITZ, F., «Armut und Verfassung. Die Rechtslage in Österreich», en HOFMANN, HOLLÄNDER, MERLI y WIEDERIN (eds.), *Armut und Verfassung. Sozialstaatlichkeit im europäischen Vergleich*, Nomos, Viena, 1998.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., *La protección judicial de los derechos fundamentales de solidaridad*, Comares, Granada, 2006.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS–COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, *Promoción y Protección de los Derechos Humanos: Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en Argentina*, 61° período de sesiones, E/CN.4/2005/NGO/247; http://www.apdhargentina.org.ar/relaciones_internacionales/trabajos_01/situacion.de.pactos.61.espa%C3%B1ol.pdf.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Memoria del Director General: Trabajo Decente*, OIT, Ginebra, 1999.
- «Conclusiones relativas a la Seguridad Social», Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, 89ª reunión, junio de 2001.
 - *Facts on Social Security*, 2003.
 - *Una alianza global contra el trabajo forzoso. Informe global con arreglo al segui-*

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

miento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, OIT, Ginebra, 2005.

- Guía práctica para la incorporación sistemática del empleo y el trabajo decente, Ginebra, 2007; http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/I-News/lang-es/WCMS_083242/index.htm.
- Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, OIT, Ginebra, 2008.
- Le coût de la coercion. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, OIT, Ginebra, 2009a.
- Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión, OIT, Ginebra, 2009b.

ORNOSA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Penal de Menores*, Bosch, Barcelona, 2007.

ORÓN MORATAL, G., *La configuración constitucional del gasto público*, Tecnos, Madrid, 1995.

ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Servicios públicos y usuarios de servicios», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.

ORTEGA CARBALLO, C.; RIPOLL CARULLA, S.; y JOVER GOMEZ-FERRER, R., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

ORTEGA GÓMEZ, M., «La trata de seres humanos en el Derecho de la Unión Europea», en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo: homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ORTIZ CORULLA, C., *La participación política de las mujeres en democracia (1977-1986)*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Cultura, Madrid, 1987.

ORTIZ DÍAZ, J., «Hacia una reordenación de la Sanidad pública española: el problema hospitalario», *Revista de Administración Pública*, n° 51, 1966.

OSSENBÜHL, F., «Probleme der Verfassungsreform in der Bundesrepublik Deutschland», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1992.

PACE, A., «Eguaglianza e libertà», *Politica del Diritto*, n° 2, 2001.

- *Problematica delle Libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padua, 3ª ed., 2003.

PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 2007.

PADRÓS REIG, C., *Derecho y cultura*, Atelier, Madrid, 2000.

PALACIO MORENA, J. I., *La institucionalización de la reforma social en España (1883-1924)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

- *La reforma social en España en el centenario del Instituto de Reformas Sociales*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- PALACIOS GARCÍA, A. J., «Fuentes estadísticas sobre la vivienda en España: un obstáculo para el diseño de la política de vivienda», en *X Coloquio Internacional de Geocrítica*, Universidad de Barcelona, 2008; <http://www.ub.es/geocrit/-xcol/260.htm>.
- PALMORE, *Ageism: negative and positive*, New Cork, Springer, 1990.
- PALOMAR OJEDA, A., «Servicio de información y tarjeta sanitaria en el marco de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en materia de sanidad», en L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- PALOMBELLA, G., «Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría», *Doxa*, n° 22, 1999.
- *La autoridad de los derechos*, Trotta, Madrid, 2006.
- PALOMEQUE, Manuel Carlos (1980), «Los derechos a la Seguridad Social y a la salud en la Constitución», en *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980.
- *Los derechos laborales en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1991.
- «Prólogo» a R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.
- PANTOJA GARCÍA, F., *Algunas notas y comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y su aplicación práctica*, Colex, Madrid, 1997.
- PARAMIO, L., *La socialdemocracia*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2009.
- PARDO, C., «Reivindicación del concepto de derecho subjetivo», en R. ALEX Y otros, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- PAREDES, N., *Derecho a la salud. Su situación en Colombia*, GTZ y CINEP, Bogotá, 2003.
- PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981.
- *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983.
- «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la "crisis" de las prestaciones y los servicios públicos», *Revista de Administración pública*, n° 153, 2000.
- «La autonomía de las universidades», en *VI Curso sobre régimen de las universidades públicas*, Almería, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Derecho administrativo*, Ariel, Barcelona, 2003.
- «La calidad al servicio de la eficacia en el Sistema Nacional de Salud», en L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

PAREJO NAVAS, T., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Derechos y libertades*, n° 22, 2010.

PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2007, sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación* [2007/2113(INI)].

PARLAMENTO y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006) *Recomendación 2006/962/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente*.

PARRA DUSSÁN, C. y QUINTERO ROMERO, A., «El mínimo vital y los derechos de los adultos mayores», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, n° extra 1, 2007.

PARRA VEGA, O., *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Defensoría del Pueblo de Colombia, Bogotá, 2003.

PARRA VEGA, O. y otros, «Protección Internacional de los derechos económicos sociales y culturales. Sistema universal y sistema interamericano», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 2008.

PASCUAL LAGUNAS, E., *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 2009.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (I): Plano universal: La obra de las Naciones Unidas», en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI: Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*, CGPJ, 1999.

- «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La reforma de la reforma», *Anuario jurídico de La Rioja*, n° 6-7, 2000-2001
- «La tutela judicial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos», en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Trotta, Madrid, 2002 (1).
- «La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 2, 2002 (2).
- «La globalización de los derechos humanos: El reto del siglo XXI», *Revista europea de derechos fundamentales*, n° 2, 2003.

- «El protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, n° 1, 2004.
 - «Soberanía del Estado y derechos humanos. Sobre la obligatoriedad de las medidas cautelares adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA y A. SALINAS DE FRÍAS (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, 2005 (1).
 - «Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme», en *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Heymanns*, 2005 (2).
 - «Los derechos de los emigrantes en el sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos», en F. ALDECOA LUZÁRRAGA y J. M. SOBRINO HEREDIA (coords.), *Migraciones y desarrollo: II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
 - «La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales», en *El Tratado de Lisboa: la salida a la crisis constitucional*, AEPDIRI, Madrid, 2008.
 - «La subsidiariedad, principio estructural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en J. CARDONA LLORENS (coord.), *Curso Euromediterráneo de Bancaja de Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009 (1).
 - «Sesenta años del Consejo de Europa», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 13, 2009 (2).
 - «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», en F. GUTIÉRREZ-ALVIS y J. MARTÍNEZ LÁZARO (coords.), *El juez y la cultura jurídica contemporánea*, CGPJ, Madrid, 2009 (3).
- PAU, A. y ROCA, M. J., «Arte y poder», en S. HUSTER, A. PAU y M. J. ROCA, *Estado y cultura*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.
- PAVIA, M. L. y ROUSSEAU, D., «France», en J. ILIOPOULOS-STRANGAS, J. (coord.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union Européenne*, Baden-Baden, Atenas, 2000.
- PAVÓN, J. A., «La protección internacional de los derechos de los discapacitados: la Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad», en *I Congreso Virtual «Derecho y Discapacidad en el nuevo milenio»*, 2001; accesible en <http://www.futuex.com/html/mantenimiento/fich/55581301450.pdf>, 2001.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Artículo 38», en M. E. CA-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

SAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

PECES-BARBA, G., «El socialismo y los derechos humanos», en Equipo Jaime Vera, *La alternativa socialista del PSOE*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.

- *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978.
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *La elaboración de la Constitución de 1978*, CEC, Madrid, 1988.
- «El socialismo y el derecho al trabajo», *Sistema*, n° 97, 1990.
- *Curso de derechos fundamentales*, BOE y Universidad Carlos III, Madrid, 1995 (con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. R. FERNÁNDEZ LIESA y Á. LLAMAS CASCÓN).
- «Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto», *Derechos y Libertades*, n° 6, 1998.
- *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999.
- *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2003.

PEDRAJAS, A., «El derecho a la formación y readaptación profesionales», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.

PEGORARO, L., «¿Existe un derecho a la buena administración? [algunas consideraciones sobre el (ab)uso de la palabra "derecho"]», en C. M. ÁVILA RODRÍGUEZ y F. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (coords.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

PELÁEZ MARÓN, J. M., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: somero análisis y algunas conjeturas», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 1, 2001.

PÉLISSIER, J.; SUPLOT, A. y JEAMMAUD, A., *Droit du travail*, Dalloz, París, 22^a.
– *Droit du travail*, Dalloz, París, 24^a ed., 2008.

PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

- *Igualdad de los ciudadanos y autonomía territorial*, Civitas, Madrid, 1992.
- «El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)», *Revista de Administración Pública*, n° 135, 1994.
- *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Comares, Granada, 2005.
- «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde

- la perspectiva internacional y en el Derecho comparado», *Revista de Administración Pública*, n° 179, 2009.
- PEÑA, L. «La fundamentación jurídico-filosófica de los derechos de bienestar», en *Los derechos positivos. Las demandas justas de acciones y prestaciones*, Plaza y Valdés, Madrid, 2006.
- PEÑA FREIRE, A. M., *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997.
- PEÑA Y AUSÍN, T., «¿Cabe un abuso de los derechos positivos?», en *Los derechos positivos. Las demandas justas de acciones y prestaciones*, Plaza y Valdés, Madrid, 2006.
- PERCIBALLE, R., «Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura: un análisis retrospectivo sobre la misma», *Revista de Derecho Penal*, n° 17, 2008.
- PEREDA, C.; ACTIS, W.; y DE PRADA, M. A., *Inmigración y vivienda en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005.
- PEREIRA MENAUT, A. C., *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2006.
- PÉREZ, M., «La reforma de la Seguridad Social complementaria», en F. J. PRADOS DE REYES (coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, 1985.
- «Mediación sociosanitaria», en G. FERNÁNDEZ JUÁREZ (dir.), *La diversidad frente al espejo. Salud, interculturalidad y contexto migratorio*, Abya-Yala, Quito, 2008.
- PÉREZ, L. E.; RODRÍGUEZ, C. y UPRIMNY, R., *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, DeJuSticia e IDEP, Bogotá, 2007.
- PÉREZ BUENO, L. C., «La discapacidad y las situaciones de dependencia en cifras: aproximación conceptual y estadística. Niveles actuales de protección y modelos europeos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 65, 2007.
- PÉREZ CÁNOVAS, N., *Homosexualidad. Homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 1994.
- «La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia», en R. ROQUETA BUJ y otros, *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- PÉREZ DEL RÍO, T., «Los derechos de conciliación en la Ley 39/99: Interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares», *Aequalitas*, n° 4, 2000.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, n° 1, 1981.
- «Comentario al artículo 46 de la Constitución» en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1984.
 - «Las generaciones de derechos humanos», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 10, 1991
 - *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 7ª ed., 1998.
 - «La Universalidad de los Derechos Humanos», en J. A. LÓPEZ GARCÍA y J. A. DEL REAL (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
 - «La Carta de Niza y la Europa de los ciudadanos; apostillas a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Derechos y libertades*, n° 11, 2002.
 - *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 8ª ed., 2003.
 - «La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho», *Derechos y libertades*, n° 14, 2006.
 - «La tarea de juzgar en el Estado constitucional», en *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2010.
- PÉREZ MORENO, A., «El postulado constitucional de la promoción y conservación del patrimonio histórico artístico», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Civitas, Madrid, 1991.
- PÉREZ MUÑOZ, C., «Ingreso básico universal y libertad real», *Revista de Estudios Políticos*, n° 129, 2005.
- PÉREZ MURCIA, L. E., «La exigibilidad del derecho a la educación a partir del diseño y la ejecución de las políticas públicas educativas», *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 9, n° extra 1, 2007. Disponible en *Dialnet*.
- PÉREZ ROYO, J., «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Estado social», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 10, 1984.
- «Crisis del Estado social: un falso debate», en J. CORCUERA ATIENZA y M. A. GARCÍA HERRERA (eds.), *Derecho y economía en el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1988.

- «Inconstitucionalidad por omisión», en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.
 - *Curso de Derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 8ª ed., 2002; 11ª ed., 2007.
- PÉREZ VERA, E., «A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Anales de la Facultad de Derecho*, n° 18.1, 2001.
- «El derecho de protección de los menores», en J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M. N. MORENO VIDA (eds.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
 - «El derecho a la educación y el derecho a la formación profesional como derechos fundamentales de los que son titulares los inmigrantes», en G. J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y M. D. ADAM MUÑOZ (coords.), *La educación y la formación profesional de los inmigrantes*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006.
- PÉREZ VILLALOBOS, M. C., *Estado social y Comunidades Autónomas*, Tecnos, Madrid, 2002.
- PERGOLES, F., *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Milano, 1953.
- PETRELLA, R., «¿La Europa de los derechos sociales o de la Carta Social Europea?», *Éxodo*, n° 64, 2002.
- PETTIT, P., *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Paidós, Barcelona, 1999.
- PEZZINI, B., «Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale a la salute», en C. E. GALLO y B. PEZZINI (eds.), *Profili attuali del diritto alla salute*, Giuffrè, Milán, 1998.
- *La decisione sui diritti social. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Giuffrè, Milán, 2001.
- PFERSMANN, O., «Théorie générale des droits fondamentaux», en L. FAVOREU (coord.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, París, 2000.
- PI LLORENS, M., «La adhesión de las Comunidades Europeas al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: comentario a la solicitud de dictamen presentada por el Consejo al TJCE, en virtud del apartado 6 del art. 228 del TCEE», en *Andorra en el ámbito jurídico europeo: XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- «La Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: ¿avance u oportunidad perdidas?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 27, 2007.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- PIETERSE, M., «Coming to terms with judicial enforcement of socio-economic rights», *South African Journal of Human Rights*, n° 20, 2004.
- PIGA RIVERO, A.; ALFONSO GALÁN, T. y HOLGADO, F., *El caso Acreal (Veraligrada). Responsabilidad por daños por medicamentos*, EAE, Saarbrücken, 2011
- PILIA, R., *I diritti sociali*, Jovene, Nápoles, 2005.
- PINEDA NEBOT, C., «Los presupuestos participativos en España: un balance provisional», *Revista de Estudios Locales*, n° 78, 2004.
- PINELLI, C., «Il Preambolo, i valori, gli obiettivi», en F. BASSANI y G. TIBERI (eds.), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Il Mulino, Bolonia, 2003.
- PINILLA BURGOS, R., «Vivienda, casa, hogar: las contribuciones de la Filosofía al problema del habitar», *Documentación Social*, n° 138, 2005.
- PINILLA PAREJA, R., *Más allá del bienestar. La renta básica de la ciudadanía como innovación social basada en la evidencia*, Icaria, Barcelona, 2006.
- PINTO, M., «El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en M. ABREGÚ y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- PISARELLO, G., «¿Quién debe ser el guardián de los derechos sociales? Legisladores, jueces, ciudadanos», en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Universidad Complutense, Madrid, vol. 3, 2001.
- «El Estado social como Estado constitucional: mejores garantías, más democracia», en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, Fontamara, México, 2003.
 - *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Icaria, Barcelona, 2003.
 - «Derechos sociales y principio de no regresividad en España», en C. COURTIS (ed.), *Ni un paso atrás*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
 - «Concepciones liberales y socialistas de los derechos sociales: una respuesta a Ricardo García Manrique», *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XXIV, 2007.
 - *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
 - «Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007.
 - «La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional

- español», en G. PISARELLO (ed.), *Los derechos sociales como derechos justicias: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- «El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales», *Revista Catalana de Derecho Público*, n° 38, 2009.
- PISARELLO, G. y DE CABO, A. (eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Trotta, Madrid, 2006.
- PIZZOLATO, F., *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Giuffrè, Milán, 2004.
- PLANT, R., «The moral basis of welfare provisions», en R. PLANT, H. LESSER y P. TAYLOR-GOOPY, *Political Philosophy and Social Welfare*, Routledge, Londres, 1980.
- PNUD, *Gobernabilidad y Desarrollo Humano Sostenible*, Nueva York, 1997.
- *Reconceptualising Governance –Discussion Paper 2*, UNDP, New York, 1997.
- PODLECH, A., «Artikel 1.2», E. DENNINGER y otros, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare)*, Luchterhand, Neuwied, 2ª ed., 1989.
- POGGE, T., *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*, Paidós, Barcelona, 2005.
- POGGI, A., «Sulla riforma dell'art. 51 Cos.: le quote alla prova Della democrazia pluralista», *Quaderni costituzionali*, n° 3, 2002.
- POLO SÁNCHEZ, M. C., *Reintegro de gastos médicos y Estado del bienestar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- PONCE SOLÉ, J., «La competencia en materia de vivienda a la luz del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda», en J. PONCE SOLÉ y T. DOMÈNECH SIBINA (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- «El derecho a la vivienda. Nuevos desarrollos normativos y doctrinales y su reflejo en la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre, del Derecho a la Vivienda», en J. PONCE SOLÉ y T. DOMÈNECH SIBINA (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- «La provisión de viviendas destinadas a políticas sociales como servicio de interés general. Servicio público y viviendas dotacionales», en J. PONCE SOLÉ y T. DOMÈNECH SIBINA (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- «La lucha contra la discriminación residencial y el acoso inmobiliario»,

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

en J. PONCE SOLE y T. DOMENECH SIBINA (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

PONCE SOLÉ, J. y FERNÁNDEZ EVANGELISTA, G., «Derecho urbanístico, derecho a la vivienda y personas sin hogar», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n° 255, 2010.

POND, C. y POPAY, J., «Poverty, economic inequality and health», en B. DAVEY y J. POPAY, *Dilemmas in health care*, Open University Press, Norwich, 2ª ed., 1996.

PONS RAFOLS, X., «La salud como objeto de cooperación y regulación jurídica internacional», en *Salud pública mundial y Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ», *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, Planeta, Madrid, 2005.

PORRAS NADALES, A., «El desarrollo del Estado social intervencionista en la Comunidad Autónoma de Andalucía», en G. CÁMARA y J. CANO (ed.), *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993.

– «Estado social y Estado autonómico», en AA VV, *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

– «Estado social y políticas de bienestar: ámbitos problemáticos a comienzos del siglo XXI», en M. J. TEROL BECERRA (dir.), *I Foro Andaluz de los derechos sociales. Los derechos sociales en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

– «La Constitución económica y los derechos de los trabajadores», en *Manual de Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2010.

PORRAS RAMÍREZ, J. M., «Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional», en *Derecho constitucional y cultura*, Tecnos, Madrid, 2004.

POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

POYATOS I MATAS, G., *La prostitución como trabajo autónomo*, Bosch, Barcelona, 2009.

PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, J. L., «Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n° 122, 2003.

PRADES, J., «La dependencia se come la herencia», *El País*, 1 de julio de 2010.

PRADOS, F. y SÁEZ, C. (coords.), «Los derechos fundamentales laborales en el

- proyecto de Constitución Europea», en R. QUESADA (coord.), *La Constitución Europea y las relaciones laborales*, CARL, Sevilla, 2004.
- PRADOS DE REYES, F. J., «Constitución y políticas migratorias ¿Una Constitución de emigrantes para inmigrantes?», en *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2003.
- PRAT, J., MARTÍNEZ, U., CONTRERAS, J. y MORENO, I. (eds.), *Antropología de los pueblos de España*, Taurus, Madrid, 1991.
- PRESNO LINERA, M. A., *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.
- «La estructura de las normas de derechos fundamentales», en F. J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- PRÉTOT, X., «Les bases constitutionnelles du droit social», *Droit Social*, n° 3, 1991.
- PRICE COHEN, C., «The Relevance of Theories of Natural Law and Legal Positivism», en M. D. A. FREEMAN y P. VEERMAN (eds.), *The Ideologies of Children's Rights*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1992.
- PRIETO ÁLVAREZ, T., *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Civitas, Madrid, 2005.
- PRIETO DE PEDRO, J., «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», en T. R. RODRÍGUEZ (dir.), *Lecturas sobre la Constitución*, UNED, Madrid, 1978.
- *Cultura, culturas y Constitución*, CEPC, Madrid, 1989.
 - «Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Civitas, Madrid, 1991.
 - «Artículo 44.1. El derecho a la cultura», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Edersa, Madrid, 1996.
 - «El sistema español del Bibliotecas», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la Ley de la Lectura del Libro y de las Bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.
- *Sobre principios y normas*, CEC, Madrid, 1992.
 - *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 22, 1995; también en M. CARBONELL SÁNCHEZ, J. A. CRUZ PARCERO, y R. VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, UNAM, México, 2000.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «El constitucionalismo de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 71, 2004.
- *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2ª ed., 2007.
- PRIETO SUÁREZ, R., «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)», *Revista europea de derechos fundamentales*, n° 11, 2008.
- PRIVITELLIO, L., «A un paso del precipicio. Historia Reciente de la Argentina», *Revista de Historia Contemporánea* n° 73, 2009.
- PROCACCI, G., *Gouverner la misère. La question sociale en France, 1789-1848*, París, 1993.
- PROCURADOR DEL COMÚN DE CASTILLA Y LEÓN, *Aplicación de la Ley de Dependencia en Castilla y León*, León, 2008.
- PUIG, T., *Se acabó la diversión. Ideas y gestión para la cultura que crea y sostiene ciudadanía*, Paidós, Buenos Aires, 2004.
- PUMAR, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001.
- PUYOL, A., *El discurso de la igualdad*, Crítica, Barcelona, 2001.
- QUEIROZ, C., *Direitos Fundamentais: Teoria Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
 - *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006b
 - *Direitos fundamentais sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- QUERALT JIMÉNEZ, A., *El Tribunal de Estrasburgo: Una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
 - *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008.
 - «El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- QUERALT LANGE, J., «Una teoría de la injusticia», *Revista de Libros*, n° 163-164, 2010.
- QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- RAFAMIÑÁN GILBERT, J. M., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Estudios regionales*, n° 59, 2001.

- RAJAGOPAL, G., *El derecho internacional desde abajo*, ILSA, Bogotá, 2005.
- RALLO LOMBARTE, A., «La juventud como titular de derechos constitucionales», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 2, 1993.
- «Las garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- RALSTON, D. C. y HO, J. H., *Philosophical Reflections on Disability*, Springer, Berlin, 2009.
- RAMÍREZ, M., «La socialización política en España: una empresa para la democracia», *Sistema*, n° 34, 1980.
- RAMÓN CHORNET, C. (ed.), *Derechos Humanos. Uso de la fuerza y protección de los derechos humanos en un nuevo orden internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RAMOS GIL, R., «El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura», en *Hacia una justicia internacional: XXI Jornadas de Estudio: 9 a 11 de junio de 1999*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000.
- RAMOS QUINTANA, M. I., «Derechos de los extranjeros y situaciones jurídicas de irregularidad: la jurisprudencia constitucional más reciente», *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y laboral*, n° 215, 2008.
- RASSOW, R., «Zur konkretisierung des Untermaâverbotes», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, n° 3, 2005.
- RATH, M., *Die Garantie des Rechts auf Arbeit*, Otto Schwartz, Gotinga, 1974.
- RAUE, F., «Müssen Grundrechtsbeschränkungen wirklich verhältnismäßig sein?», *Archiv des öffentlichen Rechts*, n° 131, 2006.
- RAVENTÓS PAÑELLA, D., *El derecho a la existencia*, Ariel, Barcelona, 1999.
- «La renta básica: introito», en *La Renta Básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Ariel, Barcelona, 2002.
- «Las limitaciones de los subsidios condicionados y la renta básica en tiempos de depresión», *Documentación Social*, n° 154, 2009.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1973.
- RAZ, J., «Right-based Moralities», en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984.
- *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- REAL FERRER, G., «La solidaridad en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n° 161, 2003.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

REAL INSTITUTO EL CANO, *La política cultural en España*, en <http://www.realinstitutoelcano.es>, 2004.

REBOLLO PUIG, M., «La Alta Inspección», en L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VÁQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

RECASENS SICHES, L., *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2003.

RECIO LAZA, A. M., *La Seguridad Social en la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 1997.

REDONDO, A., «La igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho a la educación en libertad», en M. ESTEBAN VILLAR y otros, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006.

REDONDO GARCÍA, A. M., *Defensa de la Constitución y Enseñanza Básica Obligatoria (integración Educativa Intercultural y Homeschooling)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

– «Integración de la diversidad y educación básica obligatoria», en *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2006, <http://www-en.us.es/cidc/Ponencias/minorias/AnaRedondo.pdf>.

REICH, N., *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*, Intersentia, New York, 2003.

REINA CASTILLO, O., *La protección judicial de los derechos sociales*, Leyer, Bogotá, 2004.

RELAÑO PASTOR, E., «Una valoración del Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa en su quinto aniversario», *Migraciones*, n° 17, 2005.

REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

RENAN, E., *¿Qué es una nación?*, IEP, Madrid, 1957.

REQUEJO PAGÉS, J. L., «Derechos de configuración legal», en M. ARAGÓN REYES (coord.), *Temas básicos de Derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 2001.

RESCIGNO, P., «Stato sociale e diritti sociali», *Il Diritto del Lavoro*, n° 6, 2003.

REUTER, L. U., «Soziale Grundrecht auf Bildung?», *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1974.

REVENGA SÁNCHEZ, M., «Los derechos sociales (instrumentos de garantía en

- la Constitución Española)», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n° 21, 2009.
- REVET, T., «La liberté du travail», en R. CABRILLAC y otros, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2007.
- REVUELTO, M. C., «El derecho al trabajo en la Constitución», en M. RAMÍREZ (ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.
- REY BIEL, P. y REY DEL CASTILLO, J., *La financiación sanitaria autonómica: un problema sin resolver*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- REY GONZÁLEZ, A. M., *Estudios médico-sociales sobre marginados en la España del siglo XIX*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990.
- REY MARTÍNEZ, F., *La propiedad privada en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1994.
- *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, MacGraw-Hill, 1995.
 - «La discriminación positiva de mujeres. (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 47, 1996.
 - «Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución», *Aequalitas*, n° 1, 1999.
 - «Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action basada en el género», *Aequalitas*, n° 4, 2000.
 - «Homosexualidad y Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 73, 2005.
 - «Derecho de sucesión en la Corona y discriminación por razón de sexo: análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones (art. 57.1 de la Constitución española)», en J. ÁLVAREZ JUNCO y F. RUBIO LLORENTE (eds.), CEPC; Madrid, 2006.
 - «La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 79, 2007.
 - «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 84, 2008.
 - «¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N., *Prostitución y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- REY PÉREZ, J. L., «La naturaleza de los derechos sociales», *Derechos y libertades*, n° 16, 2007.
- *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007a.
 - «La presencia de las rentas mínimas de inserción en los nuevos Estatutos de Autonomía, ¿el camino adecuado para lograr la integración social?», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n° 16, 2007b.
 - «La fundamentación filosófico-política del ingreso básico y sus problemas», en *Historia y Filosofía Política, Jurídica y Social. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, Dykinson, Madrid, vol. IV, 2008.
- REY REGUILLO, F., *Propietarios y patronos. La política de las organizaciones económicas en la España de la Restauración (1914-1923)*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1992.
- RIBOT IGUALADA, J., *Alimentos entre parientes y subsidiariedad de la protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- RICO, A., «Evolución de la sanidad y Estado de bienestar en España (1975-1995)», en E. ALVARADO PÉREZ (coord.), *Retos del Estado del Bienestar en España a finales de los noventa*, Tecnos, Madrid, 1998.
- RIEDEL, I., *Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Arbeitsrecht*, Hohen Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Würzburg, 1987.
- RIERA AISA, L., «Garantía», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, t. X, 1985.
- RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 1955.
- RITTER, G. A., *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1991.
- RIVERA, A., «La efectividad de los derechos humanos en la lucha contra la pobreza», *Defensor-Revista de la Comisión de derechos humanos del Distrito Federal*, n° 10, 2008.
- «Des besoins comme les fondements des droits. Les droits sociaux dans la lutte contre la pauvreté et l'exclusion», *Tesis presentada para obtener grado de maestría en la Universidad Lumière*, Lyon 2 Francia, 2008.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R., «La acción protectora derivada de contingencias profesionales a los trabajadores extranjeros en situación irregular», *Boletín Aranzadi Laboral*, n° 1, 2002, BIB.
- RIVERO, J., «La garantía de los derechos y libertades constitucionales», en J.

- L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- RIVERO, J., «Constitutions et structures sociales», in *Les problèmes économiques et la Constitution du 27 octobre 1946*, Collection Droit Social, XXXI, 1947.
– *Les libertés publiques, Les droits de l'homme*, PUF, París, 1995.
- RIVERO, J. y VEDEL, G., «Les principes économiques et sociaux de la Constitution: le Préambule», en *Les problèmes économiques et la Constitution du 27 octobre 1946*, Collection Droit Social, XXXI, 1947.
- RIVERO LAMAS, J., *Protección de la salud y Estado social de Derecho*, Real Academia de Medicina, Zaragoza, 2000.
- RIVERO ORTEGA, R., «Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n° 90, 1997.
– *El Estado vigilante*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RIVIÈRE GÓMEZ, A., «Caídas, Miserables, Degeneradas», *Estudio sobre la prostitución en el siglo XIX*, Madrid, 1994.
- ROBERTSON, P., «El hogar como nido: la infancia de la clase media en la Europa del Siglo XIX», en L. DE MAUSE, *Historia de la infancia*, Alianza, Madrid, 1982.
- ROBITAILLE, D., «Socioeconomic Rights in the Quebec "charter". Legal Rights or mere Political Statements?», en J. M. CASTELLÀ y S. GRAMMOND (coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Atelier, Barcelona, 2010.
- ROCCELLA, M., «La significación y el alcance de la Directiva sobre igualdad de trato en las condiciones de trabajo», en J. CRUZ VILLALÓN (coord.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- RODOTÀ, S., *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Civitas, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ, C., «La Justicia Laboral» en B. S. SANTOS y M. GARCÍA-VILLEGAS (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Bogotá, 2001.
– «La ley de Nike: el movimiento antimaquila, las empresas transnacionales y la lucha por los derechos laborales en las Américas», en B. S. SANTOS y C. A. RODRÍGUEZ (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ, J. A. y DE MIGUEL, J. M., *Salud y poder*, CIS, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ, P., y SANCHO, T., «Nuevos retos de la política social de atención a

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

las personas mayores. Las situaciones de fragilidad», *Revista Española de Geriatría y Gerontología*, vol. 30, n° 3, 1995.

RODRÍGUEZ BEREJO, A., «Derecho financiero, gasto público y tutela de los intereses comunitarios en la Constitución», en AA VV, *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

– «La Constitución de 1978 y el modelo de Estado: consideraciones sobre la función de la Hacienda Pública», *Sistema*, n° 53, 1983.

– «El sistema tributario en la Constitución (Límites del poder tributario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)», *Revista española de derecho constitucional*, n° 36, 1992.

– «Jurisprudencia constitucional y Derecho Presupuestario. Cuestiones resueltas y temas pendientes», en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Derecho Civil y Derecho Público, Civitas, Madrid, 1996.

– «Los principios de la imposición en las jurisprudencia constitucional española», *Civitas. Revista Española de Derecho Financiero*, n° 100, 1998.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., *Protección social de la dependencia en España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2004.

RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «El reembolso de gastos sanitarios en el derecho de la Unión Europea: el peligro de fomentar el turismo sanitario», en M. A. PRESNO LINERA e I. W. SARLET (eds.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

RODRÍGUEZ COARASA, C., *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

– «Constitución y Administración del Estado social», *Estudios jurídicos y políticos*, n° 4, 2006.

– *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid 2007.

– «Artículo 33», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Un paso adelante en la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad: el nuevo sistema de contratación pública*, Cinca, Madrid, 2008.

RODRÍGUEZ FONT, M., «Protección y garantías de los usuarios desde las técnicas e instituciones de la regulación», en S. MUÑOZ MACHADO y J. ESTEVE PARDO (dirs.), *Derecho de la regulación, I: Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, L. F., «La recepción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la legislación y en la jurisprudencia española antes de su vigencia», en *Treinta años de Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- RODRÍGUEZ MEDINA, C., *Salud pública y asistencia sanitaria en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2008.
- RODRÍGUEZ MORATA, F. A., «La nacionalidad de los emigrantes españoles», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n° 11-12, 1991.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E., *La nueva generación de derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2002.
- *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2011.
- RODRÍGUEZ PASTORIZA, F., *Cultura y televisión: una relación de conflicto*, Gedisa, 2003.
- «El lugar de la cultura en la televisión», *Sistema*, n° 188, 2005.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Presentación: el trabajo en la Constitución», en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, n° 4, 1980.
- *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en las Comunidades Europeas*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1982.
 - «Pensiones contributivas y pensiones complementarias privadas», *Relaciones Laborales*, t. II, 1988.
 - «Dallo Statuto dei lavoratori all'«Estatuto de los Trabajadores»: due esperienze in contrasto», en F. CARINCI y otros, *Lo Statuto dei Lavoratori: vent'anni dopo*, UTET, Turín, 1990.
 - «Derecho, trabajo y despido», *Relaciones Laborales*, n° 1, 1997.
 - «Legislación de extranjería y política de inmigración», *Relaciones Laborales*, n° 20, 2000.
 - «Sobre la configuración constitucional de la Seguridad Social», en J. L. MONEREO y otros, *Homenaje al Profesor Vida Soria con motivo de su jubilación. La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008.
 - «Artículo 49», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, n° 1, 1978.
- «Pensiones no contributivas de Seguridad Social y asistencia social», *Relaciones Laborales*, vol. 2, 1988.
 - «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, n° 13, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y DEL REY GUANTER, S., «Informe español», en A. MARZAL (ed.), *Protección de la salud y Derecho social*, Bosch, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., «La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario de su reforma», en F. J. PRADOS DE REYES (coord.), *II Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y relaciones laborales*, 1985.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., «Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados», *Relaciones Laborales*, 1996.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., «El derecho a la participación en la empresa y en la Seguridad Social», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ VERGARA, A., «Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía», en M. A. APARICIO (ed.) y J. M. CASTELLÀ y E. EXPÓSITO (coords.), *Derechos y principios en los estatutos de autonomía*, Cedecs, Barcelona, 2008.
- ROFES I PUJOL, M. I., «Sentencia de 17 de octubre de 1995, C-450/93, Kalanke: Igualdad de trato entre hombres y mujeres. Directiva 76/207/CEE. Apartado 4º del artículo 2. Promoción. Igual capacitación de candidatos de distinto sexo. Preferencia por las candidatas femeninas», *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 14, 1996.
- ROJAS, M., *Reinventar el Estado del bienestar*, Gota a Gota, Madrid, 2008.
- ROJAS CABALLERO, A., *Las garantías individuales en México*, Porrúa, México, 2002.
- ROJAS CASTRO, M., «Sentencia comunitaria Martínez Losada y otros, de 20 de febrero 1997, sobre el subsidio por desempleo de los emigrantes retornados mayores de 52 años sin cotizaciones en España», *Aranzadi Social*, vol. V, 1998.
- «Competencias del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre los derechos sociales de los trabajadores migrantes», en *Sentencias de TSJ y AP y otros tribunales*, nº 6, 2002.

- «El Decretazo y el retorno de los emigrantes», *Aranzadi Social*, n° 10, 2002.
- ROJO TORRECILLA, E., «La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias», *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n° 17, 1990.
- «El derecho a una política de protección de los trabajadores emigrantes», en *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- ROJO TORRECILLA, E. y CAMAS RODA, F., «Los derechos del niño y de las personas mayores», en E. ÁLVAREZ CONDE y V. GARRIDO MAYOL (dirs.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, t. II, 2004.
- ROLLNERT LIERN, G., «¿Existe un derecho constitucional a recibir la totalidad de la enseñanza en lengua española oficial del estado? (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 337/1994)», *Revista General de Derecho*, n° 607, 1995.
- «Las libertades ideológico-educativas en la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 22/23, 1998.
- «La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía», *Revista de Derecho Político*, 2008.
- ROLDÁN, E., y GARCÍA GIRÁLDEZ, T., *Políticas de servicios sociales*, Síntesis, Madrid, 2006.
- ROMÁN GONZÁLEZ, Y., «El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura», en F. GÓMEZ ISA y J. M. PUREZA (coords.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, 2004.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «La jubilación especial a los sesenta y cuatro años: una figura confundida y desconocida», *Foro de la Seguridad Social*, n° 2, 2000.
- ROMAN, D., «L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale», *CRDF*, n° 7, 2009.
- ROMÁN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998.
- ROMBOLI, R., «Commento all'art. 5 del Codice Civile», en *Commenti al Codice Civile*, Zanichelli-II Foro italiano, Bolonia, 1982.
- ROMEA SEBASTIÁN, A., *Régimen jurídico de los centros concertados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- ROMERO, M., «Progresividad vs. Colisión de Derechos Humanos, Económicos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- y Sociales: el Rol de las Políticas Públicas», *Diario Jurídico El Dial*, Buenos Aires, 2008.
- ROMERO MORENO, J. M., *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- RON, R. P., *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000.
- ROQUETA BUJ, R., «La dependencia y su valoración», en R. ROQUETA BUJ y otros, *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- (coord.), *La protección de la dependencia. Comentarios a la LD, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
 - «El Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia», en *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
 - «La dependencia: concepto, valoración y reconocimiento», en *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
 - «Las prestaciones económicas», en *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ROSENTHAL, R. y FOSCARINI, M., «Responses to homelessness: past policies, future directions, and a right to housing», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- ROSSELLI, C., *Socialismo liberal*, Pablo Iglesias, Madrid, 1991.
- ROSSI, E. (ed.), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Cedam, Padua, 2004.
- «Derechos de libertad y Estatutos regionales», en M. A. APARICIO (ed.) y J. M. CASTELLÀ y E. EXPÓSITO (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.
- ROSSI, J., «La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en C. COURTIS (ed.), *Ni un paso atrás*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- ROUSSEAU, D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, París, 8ª ed., 2008.

- ROUSSEAU, J. J., *El contrato social*, Tecnos, Madrid, 1988.
- RUANO ALBERTOS, S., *El trabajo de los menores de edad a la luz de la legislación internacional y comunitaria*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001.
- RUANO RODRÍGUEZ, L., «Acciones positivas y discriminación positiva», *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 227, 1995.
- RUBIO LLORENTE, F., «Constitución y Educación», en L. SÁNCHEZ AGESTA (ed.), *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*, Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977.
- *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, CEPC, Madrid, 1993.
- «Estudio preliminar» a *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Ariel, Barcelona, 1997.
- RUBIO MARÍN, R., *Mujer e igualdad: la norma y su aplicación (Aspectos constitucionales, penales y civiles)*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999.
- RUEDA GARCÍA, L., «Delitos contra los derechos de los trabajadores, arts. 311, 312, 313 y 318 del Código Penal», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n° 5, 1998.
- RUEDA VALDIVIA, R., «Derecho a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales», en C. ESPLUGES MOTA (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- RÜFNER, W., «Leistungsrechte», en D. MERTEN y H. J. PAPIER (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europe*, t. II, *Grundrechte in Deutschland – Allgemeine Lehren I*, C. F. Müller, Heidelberg, 2006.
- RUGER, J. P., «Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements», *Yale Journal of Law & Humanities*, vol. 18, 2006.
- RUGGERI, A., «"Nuovi" diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione», en *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padua, vol. II, 1995.
- RUILOBA ALBARIÑO, J., *El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, de 26 de noviembre de 1987: su aplicación en España*, Dykinson, Madrid, 2005.
- «El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 18 de diciembre de 2002», en A. R. CUERDA y F. JIMÉNEZ (coords.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2009.
- «Analogías y diferencias entre el sistema europeo de prevención de la tortura y el sistema instaurado por el protocolo Facultativo a la Conven-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- ción contra la Tortura de Naciones Unidas», en P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (ed.), *La obra jurídica del Consejo de Europa*, Gandulfo, Sevilla, 2010.
- RUIZ ALMENDRAL, V. y ZORNOZA PÉREZ, J. J., «Constitución económica y Hacienda Pública», en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y M. A. RAMIRO AVILÉS (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- RUIZ JARABO, P., «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su renuncia a regular la competencia de los tribunales Comunitarios y de Derechos Humanos, ¿virtud o defecto?», *Noticias de la Unión Europea*, n° 207, 2002.
- RUIZ LEGAZPI, A., «La determinación de la edad de los extranjeros indocumentados», *Revista de Derecho Político*, n° 61, 2004.
– *La expulsión de menores extranjeros*, CEPC, Madrid, 2011.
- RUIZ LÓPEZ, M. A., *La potestad de desahucio administrativo*, INAP, Madrid, 2012.
- RUIZ MANERO, J., «Una tipología de las normas constitucionales», en *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid, 2007.
- RUIZ MASSIEU, F., «El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud», en F. RUIZ MASSIEU y D. VALADÉS, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1983.
- RUIZ MIGUEL, A., «Sobre los conceptos de la libertad», *Anuario de derechos humanos*, n° 2, 1983.
– «Derechos liberales y derechos sociales», *Doxa*, n° 15-16, 1994.
– «Discriminaciones inversas e igualdad», en *El Concepto de igualdad*, Madrid, 1994.
– «La discriminación inversa y el caso Kalanke», *Doxa*, n° 19, 1996.
– «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa*, n° 19, 1996.
– «Paridad electoral y Cuotas femeninas», *Aequalitas*, n° 1, 1999.
– «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en L. GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000.
– «La socialdemocracia», en F. VALLESPÍN (ed.), *Historia de la teoría política*, 4, Alianza, Madrid, 2002.
- RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997.
– «Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión», *Revista de las Cortes Generales*, n° 51, 2000.
- RUIZ RICO, J. J. y CONTRERAS, M., «Comentario al art. 48 CE», en O. ALZAGA

- VILLAAMIL (coord.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, EDESA, Madrid, 1996.
- «Artículo 48– Participación de la juventud», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, t. IV, 2001.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., «El Estado social autonómico: eficacia y alcance de las normas programático-sociales», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 65, 2002.
- *El derecho constitucional a la vivienda*, Ministerio de Vivienda, Madrid, 2008.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. y PÉREZ SOLA, N., «El derecho de acceso a la cultura. El derecho al desarrollo científico», en *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- (coords.), *Constitución y cultura*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- RUIZ ROBLEDO, A., *La Constitución cultural española*, IAAP, Sevilla, 1998.
- RUIZ RODRIGO, C. y PALACIO LIS, I., *Pauperismo y educación, siglos XVIII y XIX. Apuntes para una historia de la Educación social en España*, Universidad de Valencia, 1995.
- RUIZ VIEYTEZ, E. J., «Minorías, nacionalidades y minorías nacionales. La problemática aplicación en España del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales del Consejo de Europea», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 82, 2008.
- RULH, K. J., «La política de derechos humanos de la Unión Europea», *Espiral: Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. 13, n° 40, 2007.
- RULL SABATER, A., *La Seguridad Social en España*, Euramérica, Madrid, 1971.
- *El proceso de formación histórica de las prestaciones sociales en España*, Imp. Hijos de Minuesa, Madrid, 1977.
- RUSE, M., *La homosexualidad*, Cátedra, Madrid, 1989.
- RUSSELL, B., *La conquista de la felicidad*, Espasa, Madrid, 7ª ed., 1991.
- SÁENZ ROYO, E., *Estado social y descentralización política*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.
- SAAVEDRA RUIZ, P., (dir.), *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999.
- SÁEZ LARA, C., *Mujeres y Mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994.
- SAFFON, M. P. «Can Constitutional Courts be a Counter-Hegemonic Powers

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court», *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, n°. 2, 2007.

SAGARDOY, J. A., «Sobre el concepto y autonomía de la Seguridad Social», *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, n° 6, 1970.

– «Artículo 35», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. III, EDERSA, Madrid, 1983.

– «Intrahistoria de un Proyecto de Ley. El Estatuto de los Trabajadores», *Relaciones Laborales*, 1990.

– *Suficiencia del salario y salario mínimo*, ACARL, Madrid, 1993.

– *Hacia un nuevo derecho del trabajo: el derecho de la actividad profesional. Discurso leído el día 31 de mayo de 2004 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Sagardoy Bengoechea y contestación del Excmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2004.

– *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 2005.

SAGARDOY, J. A.; DEL VALLE, J. M.; y GIL, J. L., *Prontuario de derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 8ª ed., 2006.

SAGARDOY, J. A. y GIL, J. L., «Los derechos constitucionales del empresario», en V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la CE de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

– «La jubilación como medida de reestructuración empresarial», en L. LÓPEZ CUMBRE, *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007.

SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y SAGARDOY DE SIMÓN, I., «Art. 35. Derechos laborales», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, t. III, 1996.

– «Comentario al artículo 50 CE», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa, Madrid, t. IV, 1996.

SAHUI MALDONADO, A., «Derechos sociales, económicos y culturales: Apuntes para una reflexión», *Letras Jurídicas: Revista Electrónica de Derecho*, n° 10, 2010 (http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/numeros/articulos10/alejandro_sahu.pdf).

SAINT-JOURS, Y., «Du salaire au revenu salarial», en *Les transformations du droit du travail. Études offertes à Gerard Lyon-Caen*, Dalloz, Paris, 1989.

SAINZ MORENO, F., «Evaluación de las políticas públicas y evaluación legislativa», en *La evaluación de las leyes*, Tecnos, Madrid, 2006.

SÁIZ ARNÁIZ, A., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Euro-

pea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?», *Cuadernos de Derecho Público*, 13, n° 13, 2001.

- «La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en M. E. CASAS BAAMONDE y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

SALADO OSUNA, A., «Ejecución de las sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *La Ley*, n° 3084, 1992.

- «El Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n° 3, 1994 (1).
- «Las funciones del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, n° 2, 1994 (2), (http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/5/RIE_021_002_231.pdf).
- «Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho español», *Cuadernos de Derecho Judicial. Jurisprudencia del TEDH II*, CGPJ, 1995.
- «Artículo 3», en *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria, 1998.
- «Estudio Preliminar», en *Textos básicos de las Naciones Unidas relativos a derechos humanos*, Universidad de Sevilla, 2ª ed., 2004 (1).
- «La obligatoriedad de las medidas provisionales dictadas por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 4, 2004 (2).
- «Crónicas de las actividades del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT). Julio 2003-Junio 2004», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 4, 2004 (3).
- «Comisario para los Derechos Humanos. Crónicas de actividades», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 4, 2004 (4).
- «La responsabilidad internacional de los Estados por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección», en M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA y A. SALINAS DE FRÍAS (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, 2005.
- «Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo», en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Aranzadi, 2006.
- (coord.), *Los derechos humanos aquí y ahora. 60 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2008.
- «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio», en J. GARCÍA ROCA

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- y P. SANTOLAYA MACHETTI (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2009.
- «El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio (art. 6.1 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., 2009.
 - «La ejecución de las sentencias indemnizatorias del TEDH y del TJCE», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009 (1).
 - «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CED)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2ª ed., 2009 (2).
 - «Universalidad de los derechos humanos en el Consejo de Europa», en *La obra Jurídica del Consejo de Europa. En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa*, Gandulfo, 2010.
- SALADO OSUNA, A. y VILLÁN DURÁN, C., «Las instituciones nacionales de derechos humanos integradas en la Federación Iberoamericana de Ombudsman», en G. ESCOBAR ROCA (coord.), *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones a debate*, Dykinson, Madrid, 2009.
- SALAZAR, C., *Dal riconoscimento alla garanzie dei diritti sociali*, Giappichelli, Turín, 2000.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., *Las cuotas electorales femeninas: una exigencia del principio de igualdad sustancial. Contra el monopolio de los pulpitos*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- «La necesaria transversalidad de la igualdad de género. Un análisis de las leyes autonómicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 75, 2006.
 - *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- SALAZAR UGARTE, P., *La democracia constitucional*, FCE, México, 2006.
- SALGUERO SALGUERO, M., «Socialización política y lealtad a la Constitución», *Revista de Estudios Políticos*, n° 97, 1997.
- «La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia», *Derechos y libertades*, n° 7, 1999.
- SALINERO ALONSO, C., *La protección del patrimonio histórico en el Código penal de 1995*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- SALOMONE, R., «Igualdad y diferencia. La cuestión de la equidad de género en la educación», *Revista Española de Pedagogía*, n° 238, 2007.

- SALVADOR MARTÍNEZ, M., «Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales», en M. A. APARICIO PÉREZ (coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001.
- SAMANIEGO BONEU, M., *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1988.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., «Trabajo y embarazo: de la protección al blindaje ciego», en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (ed.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- SÁNCHEZ, J. M., «Artículo 25.2. Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PINERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- SÁNCHEZ DE DIOS, M., «La práctica del control parlamentario en el Congreso de los Diputados entre 1977 y 2000», *Revista de las Cortes Generales*, n° 57, 2002.
- SÁNCHEZ DE VEGA, A., «La prestación de la educación», *Revista jurídica de Castilla y León*, n° extraordinario 1, 2004.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R., *La Restauración y su Constitución política*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984
– *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 1995.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. y ELÍAS, C., *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio. Experiencias comparadas*, CIPC-Generalitat Valenciana, 2002.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. y JIMENA QUESADA, L., *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva del Derecho Internacional Público», en A. MARZAL (ed.), *El núcleo duro de los derechos humanos*, Bosch, Barcelona, 2001.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S., «Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978», en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Colex, 1995.
- SÁNCHEZ LÓPEZ, J., «El Defensor del Pueblo Europeo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 3, 2005.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., «El coste de la política de vivienda: un análisis a través de las distintas Administraciones Públicas», *Ciudad y Territorio: Estu-*

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

dios Territoriales, XXXVI (140), 2004, http://www.eukn.org/binaries/espana/ct_140_353.pdf.

SÁNCHEZ MORÓN, M., «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en J. LEGUINA y M. SÁNCHEZ MORÓN (dirs.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Lex Nova, Valladolid, 2ª ed., 2001.

– «Comentario al artículo 43», en J. L. REQUEJO PAGÉS (coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, BOE, Madrid, 2001.

– «Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español», *Revista Catalana de Derecho Público*, n° 37, 2008.

– *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 2009.

SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «El Convenio Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista General de Derechos*, n° 680, 2001.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *La aplicación del derecho comunitario a las prestaciones sociales no contributivas*, Comares, Granada, 1997.

SÁNCHEZ SERRANO, L., *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Constitucional I*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

SÁNCHEZ TORRES, J. M., «Artículo 25.2. Los fines de la pena y los derechos fundamentales de los presos», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ-URÁN, Y., *Seguridad Social y Constitución*, Civitas, Madrid, 1995.

– «Trabajadores de "edad avanzada": empleo y protección social», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 33, 2001.

SÁNCHEZ-URÁN, Y. y AGUILERA, R., «La protección social complementaria en el marco del derecho a la protección social», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

SANCHÍS, E., «La ponencia sobre la prostitución en España», *Claves de Razón Práctica*, n° 187, 2008.

SANDOVAL TEHERÁN, A., *Los derechos económicos sociales y culturales. Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*, ALOP, México, 2001 (<http://www.alop.or.cr/trabajo/publicaciones/desc.pdf>).

SANI, G. y CASTILLO VERA, P., «El rol político de las mujeres en la España actual: continuidad y cambio», *Revista de Derecho Político*, n° 17, 1983.

SANJUÁN, P., «La Agencia Europea de Derechos Fundamentales», *Lex nova: La revista*, n° 48, 2007.

- SANTAMARÍA IBEAS, J. J., *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho administrativo I*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Editora Nacional, Madrid, 1984.
- SANTIAGO, A., *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
- SANTIAGO, K., «Artículo 43», en M. E. CASAS y M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SANTOS MORÓN, M. J., «Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio», *La Ley*, n° 5675, 2002.
- SARLET, I. W., «Algunas consideraciones en torno al contenido, eficacia y efectividad del derecho a la salud en la Constitución de 1988», *Revista Diálogo Jurídico*, n° 10, 2002, <http://www.direitopublico.com.br>.
- *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Livraria do advogado, Porto Alegre, 2007.
 - *A eficácia dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 8ª ed., 2007, 10ª ed., 2009.
 - «Posibilidades y desafíos de un Derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social», *Revista Española de Derecho constitucional europeo*, n° 11, 2009.
 - «Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos», en M. A. PRESNO LINERA e I. W. SARLET (eds.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X. A., «O labor da comisión non Permanente para o estudio da situación dos emigrantes do Parlamento de Galicia», *REGAP*, n° 29, 2002.
- «O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso gallego», *RGAP*, n° 39, 2005.
- SARMIENTO MÉNDEZ, J., «La efectividad de los derechos fundamentales y el fenómeno emigratorio», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n° 8, 2005.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- SARTORI, G., *La sociedad multiétnica*, Taurus, Madrid, 2003.
- SASTRE, R., *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1996.
- SASTRE ARIZA, S., «Hacia una teoría exigente de los derechos sociales», *Revista de Estudios Políticos*, n° 112, 2001.
- SAVATIER, J., «La liberté dans le travail», *Droit social*, n° especial, 1990.
- SAYEG, J., *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1988)*, FCE, México, 1991.
- SCARPONI, S., «Pari opportunità e frauenquotendavanti alla Corte di Giustizia», *Rivista di Diritto Europeo*, 1995.
- SCHEPPELE, K. L., «A Realpolitik Defense of Social Rights», *Texas Law Review* n° 82, 2003-2004.
- SCHMIDT, W., «Soziale Grundrechte im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland», *Der Staat*, n° 5, 1981.
- SCHMIDTZ, D. y GOODIN, R. E., *El bienestar social y la responsabilidad individual*, Cambridge University Press, Madrid, 2000.
- SCHMINCK-GUSTAVUS, C. U., «Recht auf Arbeit – Zur Geschichte einer konkreten Utopie», en U. ACHTEN (coord.), *Recht auf Arbeit – eine politische Herausforderung*, Hermann Luchterhand, Neuwied, 1978.
- SCHMITT, C., «Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung», en G. ANSCHÜTZ y R. THOMA (eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tubinga, 1932.
– *Verfassungslehre*, Berlín, 1970; trad. cast., Alianza, Madrid, 1992.
- SCHNEIDER, H. P., «Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado democrático», *Revista de Estudios Políticos*, n° 7, 1979.
– *Democracia y Constitución*, CEC, Madrid, 1991.
– «Die Reichsverfassung vom 11. August 1919», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. I, 3ª. ed., 2003.
- SCHEININ, M., «Economic and social rights as legal rights», en A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2ª ed., 2001.
- SCHOLZ, R., «Artikel 20 a)», en T. MAUNZ y G. DÜRIG (coords.), *Grundgesetz Kommentar*, Munich, 1973.
- SCHWARTZ, G. A. D., *Derecho a la salud*, Librería del Abogado, Porto Alegre, 2001.
– *La salud bajo los cuidados del Derecho*, UPF, Sao Paulo, 2003.

- SCIARRA, S., «From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy», en P. ALSTON (ed.), *EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
- SCOTT, C. y NEDELSKY, J., «Constitutional dialogue», en J. BAKAN y D. SCHNEIDERMAN (eds.), *Social justice and the Constitution: perspectives on a Social Union for Canada*, 1992.
- SEIJAS VILLADANGOS, E., *Los derechos de las personas mayores*, BOE, Madrid, 2004.
- SEMPERE, A. V. y CANO, Y., «La Constitución Española y el derecho social comunitario (Constitución social europea)», en J. L. MONEREO, C. MOLINA y M. N. VIDA (coords.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- SEMPERE, A. V. y CARDENAL, M., «La Seguridad Social en la doctrina del Tribunal Constitucional», en J. L. TORTUERO (dir.), *Cien años de protección social en España. Libro Conmemorativo del Centenario del Instituto Nacional de Previsión*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- SEMPERE, A. V. y QUINTANILLA, R. Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., *Políticas Sociolaborales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- «Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre», en J. MUERZA ESPARZA (coord.), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
 - (dir.), *La reforma de la Seguridad Social de 2007-2008*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- SEMPERE NAVARRO, A. y CAVAS MARTÍNEZ, F., *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- SEN, A., «Capability and Well-Being», en A. SEN y M. NUSSBAUM (eds.), *The Quality of Life*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid, 1995.
 - *Bienestar, justicia y mercado*, Paidós, Barcelona, 1997.
 - *La idea de la justicia*, Taurus, Madrid, 2009.
- SÉPULVEDA CARMONA, M., «La supuesta dicotomía entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en C. COURTIS y otros, *Protección Internacional de los Derechos Humanos. Nuevos desafíos*, Porrúa, México, 2005.
- «La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cul-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- turales de la expresión progresivamente», en C. COURTIS (ed.), *Ni un paso atrás*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- SERAL ÍÑIGO, F. I., «La renta mínima de inserción», *Revista de Gestión Pública y Privada*, n° 4, 1999.
- SERNA, J., *Presos y pobres en la España de XIX: la determinación social de la marginación*, PPU, Barcelona, 1988.
- SERNA, P., *Dignidad humana en la Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- SERRANO, A., *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado de bienestar*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1983.
- SERRANO, M. C., «Los Valores en la Constitución Nacional y su Vigencia en la Realidad Social», *Diario Jurídico El Dial*, Buenos Aires, 2003.
- SERRANO, J. L., «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», *Revista de Estudios Políticos*, n° 56, 1987.
- SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 25», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- «Artículo 12», en F. GARRIDO FALLA (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
 - «Artículo 25.2», en F. GARRIDO (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2001.
- SERRANO CARVAJAL, J., *La emigración española y su régimen jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966.
- SERRANO GARCÍA, J. M., «Protección social de los extranjeros: derecho a la Seguridad Social, salud, asistencia social y servicios sociales», en el J. SORROETA (coord.), *Problemas actuales de la inmigración. Cursos de Derechos Humanos de Donostia*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2006.
- «El derecho a la salud y a la Seguridad Social de los inmigrantes», en G. FERNÁNDEZ JUÁREZ (dir.), *La diversidad frente al espejo. Salud, interculturalidad y contexto migratorio*, Abya-Yala, Quito, 2008.
- SEUBA, X., «El derecho a la salud», en M. TORRES y otros, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006.
- SEVILLA, F., *La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
- SEVILLA MERINO, J., «Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria», Universidad de Valencia, 2004.
- SHUE, H., *Basic Rights*, Princeton, Nueva York, 1980.

- SHUTTER, O. de y NIHOUL, P., *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larcier, Bruselas, 2004.
- SIBINA TOMÁS, D., «La utilización anómala de las viviendas: la desocupación permanente, la sobreocupación y la infravivienda», en J. PONCE SOLE y T. DOMENECH SIBINA (coords.), *El derecho de la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- SIERRA HERNÁIZ, E., «Principales novedades legislativas a favor de la igualdad de oportunidades de las trabajadoras en España», *Aequalitas*, n° 1, 1999.
– *Acción positiva y empleo en la mujer*, CES, Madrid, 1999.
- SILGUERO ESTAGNAN, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995.
- SIMMA, B., «Mecanismos, jurisprudencia y perspectiva del PIDESC», en *El derecho a la equidad: ética y mundialización social*, Icaria, Barcelona, 1997.
- SIMON, H., «§ 4», en H. SIMON y otros, *Handbuch der Verfassung des Landes Brandenburg*, 1994.
- SINDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, *La gestió municipal de l'empadronament dels immigrants*, Barcelona, 2008.
- SINZHEIMER, H., *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984.
- SÖDERMANN, J., «El derecho fundamental a la buena administración», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 214, 2001.
- SOLANA, Y., RODRÍGUEZ, R., RODRÍGUEZ, I. y SANTIAGO, P., *La larga marcha hacia la igualdad. IV Conferencia mundial sobre las mujeres. Beijing 95. Evaluación del proceso en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.
- SOLANES CORELLA, A. y CARDONA RUBERT, M. B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., «El Estado Social como Estado Autonomómico», en *Nación y Constitución*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
– *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Fundación Alternativas, Madrid, 2006.
– *Derecho constitucional. Derechos y libertades*, CEF, Madrid, 2010.
- SOLSONA I PIÑOL, C., «Propuesta de modificación de la Ley Electoral española para introducir la democracia paritaria», en P. SAAVEDRA RUIZ (dir.), *Hacia una Democracia Paritaria. Análisis y revisión de las leyes electorales vigentes*, CELEM, Palermo, 1999.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- SOMMERMAN, K. P., «La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho», en R. GARCÍA MACHO (ed.), *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.
- SORRENTINO, F., *Le garanzie costituzionali dei diritti*, Giappichelli, Turín, 1998.
- SOTELO, L. C., «Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas», *Archivos de macroeconomía*, n° 133, 2000.
- SOTELO, I., *El Estado social*, Trotta, Madrid, 2010.
- SOUZA NETO, C. P., «A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros», en C. PEREIRA DE SOUZA NETO y D. SARMENTO (coords.), *Direitos sociais*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.
- SPENCER, S., *El individuo contra el Estado*, Orbis, Barcelona, 1984.
- SSENYONJO, M., «Non-state actors and economic, social and cultural rights», en M. A. BADERIN y R. McCORDQUODALE (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- STARCK, CH., «Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?», en C. STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tubinga, t. II, 1976.
- «Die Grundrechte des Grundgesetzes», *Jus*, 1981.
 - «Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte», en, W. HEYDE y C. STARCK (coords.), *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte. Göttinger Kolloquium*, Munich, 1990.
 - «Artikel 1», en VON MANGOLDT y otros, *Grundgesetz Kommentar*, 4ª ed., t. I, 1999.
 - «Soziale Rechte in Verträgen, Verfassungen und Gesetzen», en *Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart. Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger*, Carl Heymanns, Berlín, 2007.
- STEINER, H., «Three just taxes», en P. VAN PARIJS (ed.), *Arguing for Basic Income*, Verso, Londres, 1992.
- STERN, K., *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, CEC, Madrid, 1987.
- *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, t. III: *Allgemeine Lehre der Grundrechte*, Beck, Munich, 1988.
 - *Handbuch der Grundrechte*, CF Müller, Heidelberg, t. I, 2004.
- STOFFEL VALLOTTON, N., «El Comisario de los Derechos Humanos del Consejo

- de Europa: la aparición de un nuevo órgano de promoción y control de los derechos humanos», en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto K. Rey Caro*, Dmas-Lemer, 2002.
- STÖRRING, L. P., *Das Untermaßverbot in der Diskussion*, Duncker & Humboldt, Berlín, 2009.
- STRECK, L. L., «La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales sociales», *Teoría y realidad constitucional*, n° 16, 2005.
- STREECK, W., «Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva», *Stato e Mercato*, n° 1, 2000.
- SUÁREZ CORUJO, B., «Comentario a la Ley 1/03, de 24 de febrero, de Servicios Sociales. Un paso más en el desarrollo de verdaderos sistemas autonómicos de protección social», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, n° 5, 2004.
- *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Iustel, Madrid, 2006.
- SUAY RINCÓN, J., «Objeto del recurso contencioso-administrativo: en particular, el caso de la inactividad administrativa», *Justicia administrativa*, n° 49, 2010.
- SUDRE, F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, París, 2004.
- *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, París, 5ª ed., 2001; 8ª ed., 2006.
- SULLIVAN, K. M., «Constitutionalizing Women's Equality», *California Law Review*, vol. 90, 2002.
- SUNSTEIN, C. R., *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- «Homosexuality and Constitution», *Indiana Law Journal*, vol. 70, n° 1, 1994.
- *The Second Bill of Rights: Franklin Delano Roosevelt's Constitutional Vision and Why We Need it More Than Ever*, Basic Books, Nueva York, 2005.
- SUNSTEIN, C. y HOLMES, S., *The Cost of Rights*, Norton, Nueva York, 1999.
- SUPIOT, A., «Pourquoi un droit du travail?», *Droit Social*, n° 6, 1990.
- *Crítica del derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.
- «Informe francés», en A. MARZAL (ed.), *Empresa y derecho social*, Bosch, Barcelona, 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- «El lugar de la Seguridad Social en el sistema de normas internacionales de trabajo», *Relaciones Laborales*, n° especial, 2006.
- *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au maché total*, Seuil, Paris, 2010.

SYMONIDES, J. (ed.), *Human Rights: International Protection, Monitoring, Enforcement*, UNESCO, Paris, 2003.

TAJADURA TEJADA, J., *El Preámbulo constitucional*, Comares, Granada, 1997.

- «La Constitución cultural», *Revista de Derecho Político*, n° 43, 1997.
- «El acceso a la cultura (art. 44 CE)», en J. TAJADURA (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004.
- (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- «Reformas territoriales y Estado social», *Sistema*, n° 196, 2007.
- «Crisis del Estado social y justicia constitucional», en M. J. TEROL BECERRA (dir.), *I Foro andaluz de los derechos sociales. Los derechos sociales en el siglo XXI*, Titant lo Blanch, Valencia, 2009.

TAJADURA TEJADA, J. y DE MIGUEL BÁRCENA, J. (coords.), *Justicia constitucional y Unión Europea*, CEPC, Madrid, 2008.

TAPIA HERMIDA, A., «La cuestionable legitimidad de la extinción del contrato de trabajo y de la relación laboral por alcanzar el trabajador la edad de jubilación», *Revista de Trabajo y Seguridad Social del Centro de Estudios Financieros*, n° 317-318, 2009.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., «Los beneficiarios de los servicios y prestaciones de atención a la dependencia», en *La situación de dependencia (Régimen jurídico aplicable tras el desarrollo reglamentario, estatal y autonómico, de la Ley de Dependencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

TARR, G. A., «Federalismo y protección de los derechos en los Estados Unidos», en M. A. APARICIO (ed.) y J. M. CASTELLÀ y E. EXPÓSITO (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.

TAYLOR, C., *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, FCE, Madrid, 2003.

TEDESCHI, S., «El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución», en V. ABRAMOVICH, A. BOVINO y C. COURTIS (comps.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2007.

TEITELBAUN, A., «El problema de la impunidad. Las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales», en *El derecho a la equidad: ética y mundialización social*, Icaria, 1997.

- TEJEDOR BIELSA, J., «Régimen jurídico general de la vivienda protegida», en F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- TEROL BECERRA, M., «Treinta años de desarrollo constitucional y legislativo de los derechos sociales: derechos ciudadanos y principios rectores», en *Derechos sociales y principios rectores. IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, en prensa.
- TEROL BECERRA, M. J., y otros, *Las Grandes Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TEYSSIÉ, B., «Personnes, entreprises et relations de travail», *Droit social*, n° 5, 1988.
- TIANA FERRER, A., «A la búsqueda del consenso en educación: la experiencia de la LOE», *Revista de educación*, n° 344, 2007.
– *Por qué hicimos la ley organica de educación*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2009.
- TIEDEMANN, P., «Menschenwürde als Verfassungsbegriff», *Humboldt-Forum Recht*, n° 7, 1997.
- TIRAPU MARTÍNEZ, D., «Notas sobre el derecho a la educación en la Constitución Europea», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n° 8, 2005.
- THOMSON, G., *Needs*, Routledge, Londres, 1987.
- THOREAU, H. D., *Walden*, Cátedra, Madrid, 2005.
- TILLY, C. «The economic environment of housing: income inequality and insecurity», en R. G. BRATT, M. E. STONE y C. HARTMAN (eds.), *A right to housing*, Temple University Press, Filadelfia, 2006.
- TOEBES, B. C. A., *The right to health as a human right in international law*, Intersentia, Antwerpen, 1999.
- TOMÁS MALLÉN, B. S., «La esterilización de incapacitadas con graves deficiencias psíquicas», en P. DURÁN Y LALAGUNA (coord.), *Mujeres y Derecho*, Ayuntamiento de Valencia, Valencia, 1998.
– *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, Madrid, 2004.
- TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Tecnos, Madrid, 1992.
- TOMASEVSKI, K., «Indicators», en A. EIDE, C. KRAUSE y A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 2ª ed., 2001.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

- *Contenido y vigencia del derecho a la educación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2003.
- «Indicadores del derecho a la educación», *Revista IIDH*, n° 40, 2004a.
- *El asalto a la educación*, Intermón Oxfam, Barcelona, 2004b.
- «Has the Right to Education a Future Within the United Nations? A Behind-the-Scenes Account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998-2004», *Human Rights Law Review*, vol. 5, n° 2, 2005.
- «Dulces palabras, amargos hechos: el panorama global de la educación», en L. NAYA GARMENDIA y P. DÁVILA BALSERA (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*, Erein, 2006.

TOMEI, M., «La protección internacional de los derechos humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n° 68, 2003.

TORCAL, M., «La confianza en el Parlamento español. Tendencias, causas y consecuencias», en *Ciudadanía y política*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos-Fundación Manuel Giménez Abad, 2004.

TORNOS MAS, J., «Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud», *Derecho y Salud*, vol. 10, n° 1, 2002.

- «La nueva acción frente a la inactividad administrativa del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. Especial referencia a su ámbito objetivo», en *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.
- «Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.

TORRES, R. M., «Derecho a la educación es mucho más que acceso a la escuela», en L. M. NAYA GARMENDIA y P. DÁVILA BALSERA (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*, Erein, 2006.

TORRES DEL MORAL, A., «Comentario al artículo 44 de la Constitución», en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Edersa, Madrid, 1984.

- «Prólogo», a C. RODRÍGUEZ COARASA, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997.
- «La sucesión en la Corona y en los títulos nobiliarios», en *Mujer y Constitución en España*, CEPC, 2000.
- *Constitucionalismo histórico español*, Universidad Complutense, 5ª ed., Madrid, 2004.
- «Derechos y principios económico-sociales», en *Principios de Derecho constitucional español I: Sistemas de fuentes. Sistema de los derechos*, Universidad Complutense, Madrid, 5ª ed., 2004.

- TORRES INSTITUTO, R. M. (coord.), *12 tesis para el cambio educativo Justicia educativa y justicia económica*, Estudio encargado por el Movimiento Internacional de Educación Popular y Promoción Social FE Y ALEGRÍA Fronesis, www.fronesis.org, julio de 2005.
- TORRES MURO, I., *Las comisiones parlamentarias de investigación*, CEPC, Madrid, 1998.
- TORTUERO, J. L. y PANIZO, J. A., «La protección por muerte y supervivencia: una ordenación ajena a la realidad social y a los valores constitucionales», en A. V. SEMPERE (dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- TREU, T., «The European social dimension: problems and perspectives», en R. BLANPAIN (ed.), *Labour Law. Human Rights and Social Justice*, Kluwer International Law, La Haya, 2001.
- TRINIDAD, P., *La defensa de la sociedad: cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Alianza Editorial, Madrid, 1991.
- TRONCOSO REIGADA, A., «La clase de religión y su alternativa constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, n° 45-1, 1996.
- *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- TRUEBA URBINA, A., *La primera Constitución político-social del mundo: Teoría y proyección*, Porrúa, México, 1971.
- TUCKER, B. P. y MILANI, A. A., *Federal Disability Law*, Nutshell, 3ª ed., 2004.
- TUDELA, J. y ESCOBAR, G., «Derechos humanos en un régimen de Autonomías (experiencia española)», *Derechos humanos y acción defensorial*, Ed. Defensor del Pueblo de Bolivia, n° 2, 2007.
- TUDELA ARANDA, J., *Derechos constitucionales y autonomía política*, Civitas-IVAP, Madrid, 1994.
- «Las relaciones con otras instituciones y nombramientos. Otras funciones. Hacia un nuevo modelo Parlamentario», en *El Reglamento parlamentario. Propuestas de reforma*, Parlamento de Cantabria, 2000.
- «Iniciativa legislativa popular y desarrollo de las nuevas tecnologías», en *II Jornadas parlamentarias de la Asamblea de Madrid. Parlamento y nuevas tecnologías*, Asamblea de Madrid, 2003.
- TUR AUSINA, R., «Luces y sombras de los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista europea de derechos fundamentales*, n° 13, 2009.
- TUSET DEL PINO, P., «El procedimiento a seguir para el reconocimiento, decla-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

ración y calificación del grado de minusvalía. Comentario al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre», *Información Laboral*, n° 2, 2001.

TUSSMAN, J. y TENBROEK, J., «The Equal Protection of the Laws», *California Law Review*, n° 3, vol. XXXVII, 1949.

TYLOR, E. B., «La ciencia de la cultura» (1871), en J. S. KAHN, *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Anagrama, Barcelona, 1975.

UBERTINI, C., «La reforma de la Universidad italiana en el marco del proceso de Bolonia: situación actual y perspectivas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 4, 2009.

UCHA, A., «Direitos Sociais», en *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas/Editorial Notícias, Lisboa, 1993.

UGARTEMENDÍA, J. I., *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

UNESCO, *Recomendación de la Unesco de 19 de noviembre de 1974 sobre la Educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales*.

- *Recomendación relativa al desarrollo de la Educación de Adultos*, de 26 de noviembre de 1976.
- *Directrices para la Elaboración de Planes de Estudio y Libros de Texto en la Educación Internacional*, 61 páginas, disponible en la red, en inglés, Guidelines for Curriculum and Textbook Development in International Education, 1991.
- *Plan mundial de acción para la educación en pro de los derechos humanos y la democracia*, aprobado por el Congreso internacional sobre la educación en pro de los derechos humanos y la democracia, de Montreal de 1993.
- *Marco de Acción de Dakar, Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes*, texto adoptado por el Foro Internacional sobre Educación, Dakar, 26 a 28 de abril de 2000, 200ª, <http://www2.unesco.org/wef/en-conf/dakframeng.shtm>.
- *Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo. Educación para todos. Hacia la igualdad entre los sexos*, UNESCO, 2000b.
- *Guidelines for Inclusion: Ensuring access to education for all*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2005.
- *Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo*, 2006.
- *UNESCO World Report. Investing in Cultural Diversity and Intercultural Dialogue*, UNESCO, París, 2009.
- (anual) Informe de educación para todos en el mundo, http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=49629&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

- UNIÓN EUROPEA, *La qualité dans les services publics sociaux/Quality in public social services*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 2001.
- 2004, 2005, 2006, *Report on the situation of fundamental rights in the European Union and its member states: conclusions and recommendations*.
 - *Rapport sur les services sociaux d'intérêt général*, Bruselas, 2008, http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/ssgi_fr.htm.
- UPRIMNY, R., «The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court: Cases and Debates», en R. GARGARELLA y otros, *Courts and Social Transformation in New Democracies: an Institutional Voice for the Poor?*, 2006.
- «Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía», en *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.
- UPRIMNY, R., y GUARNIZO, D., «¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana», *Dejusticia*, 2006 (<http://dejusticia.org>).
- UREÑA SALCEDO, J. A., «La remuneración a editores y autores por el préstamo de sus obras», en S. MUÑOZ MACHADO (dir.), *Comentarios a la ley de la lectura, del libro y de las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.
- URIARTE, E., «Las mujeres en las elites políticas», en E. URIARTE y A. ELIZONDO (eds.), *Mujeres en política*, Ariel, Barcelona, 1997.
- USÚA PALACIOS, F., «Seguridad Social y Servicios Sociales», en M. MOYA ESCUDERO (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, Granada, 2001.
- UTRILLA DE LA HOZ, A., «La financiación de los servicios sociales de las Comunidades Autónomas», *Revista de Estudios Regionales*, n° 78, 2007.
- VALADÉS, D., «Sentido actual de la Revolución social mexicana» en *Constitución y política*, UNAM, México, 1987.
- VALDÉS, F., «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador», en J. APARICIO y A. BAYLOS (coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Trotta, Madrid, 1992.
- «Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado», *Relaciones Laborales*, t. I., 2001.
- VALENCIANO MARTÍNEZ-OROZCO, E., «La igualdad de género y la defensa de los derechos de las mujeres en la Unión Europea tras el Tratado de Ámsterdam», en *Género y Derechos Humanos*, Mira, Zaragoza, 2002.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

VALERO HEREDIA, A., *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la Sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Universidad de Valencia, 2004.

– *La libertad de conciencia del menor de edad desde una perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, 2009.

VALIÑO, V., «El derecho a la vivienda», en M. TORRES y otros, *Sur o no sur. Los derechos sociales de las personas inmigradas*, Icaria, Barcelona, 2006.

VALLE, J. M. y RABANAL, P., *Derecho de Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2ª ed., 2007.

VAN PARIJS, P., *¿Qué es una sociedad justa?*, Ariel, Barcelona, 1993.

– *Libertad real para todos. Qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, Paidós, Barcelona, 1996.

VAQUER CABALLERÍA, M., *Estado y Cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1998.

– *La acción social. Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

– «Las relaciones entre la protección social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.

VASAK, K., «Le Droit International de Droits de l'Homme», *Recueil des Cours*, Tomo 140, La Haya, 1974.

– «El Consejo de Europa», en K. VASK (ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, UNESCO, 1984.

VASILEVA, K., *Population and social conditions*, Eurostat, 2009.

VASSEUR-LAMBRY, F., «La bonne foi dans les relations individuelles de travail», *Petites Affiches*, n° 55, 2000.

VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VENTAS SASTRE, R., *La minoría de edad penal*, Tesis doctoral defendida en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid, 2002.

VENTURA, C. S., «Os Direitos Fundamentais à Luz da Quarta Revisão Constitucional», *Boletim da Universidade de Direito*, vol. 74, 1998.

– *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular*, Provedoria de Justiça: Lisboa, 2007; http://www.provedor-jus.pt/restrito/pub_ficheiros/DireitosHumanos_Ombudsman.pdf.

- VENTURA FRANCH, A., *Las Mujeres y la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.
- VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M. M., «¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración?: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C 540/2003», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 12, 2007.
- VELLOSO, A., *Guía crítica del voluntariado en España*, Espasa, Madrid, 1999.
- VERDIER, J. M., «Protection et justiciabilité des droits sociaux», *Affari sociali internazionali*, n° 1, 1992.
- VERDÚ, V., *El capitalismo funeral*, Anagrama, Barcelona, 2009.
- VÉRICEL, M., «Droit de travailler et droits de la personne au travail», en T. S. RENOUX (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices de la Documentation Française, París, 2007.
- VÉRICEL, M., «Droit à la protection sociale et droit à la protection de la santé», en T. S. RENOUX (dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices de la Documentation Française, París, 2007.
- VIANA GARCÉS, A., «El derecho a la vivienda de los inmigrantes: mapa jurídico de una tela de araña», en E. AJA FERNÁNDEZ (coord.), *Los derechos de los inmigrantes en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- VICENTE GIMÉNEZ, T., *La exigibilidad de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- VICENTE PALACIO, A., «La protección social de los españoles en el exterior», en J. L. BLASCO DÍAZ y otros, *Régimen jurídico de la ciudadanía española en el exterior*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VICIANO PASTOR, R. y SERRA CRISTÓBAL, R., «Los derechos sociales y culturales conforme al Derecho internacional», en J. L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE y M. N. MORENO VIDA (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002.
- VIDA, J., «Artículo 41. Seguridad Social», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, t. IV: *Artículos 39 a 55*, Edersa, Madrid, 1983; 2ª ed., 1996.
- «Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos», en O. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV: *Artículos 39 a 55*, Edersa, Madrid, 1996b.
- «La garantía pública de un régimen de Seguridad Social», en M. E. CASAS, F. DURÁN y J. CRUZ (coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo*

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, La Ley, Madrid, 2006.

VIDA FERNÁNDEZ, J., «Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios», en L. PAREJO, A. PALOMAR y M. VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. y MOLINA NAVARRETE, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares. Granada, 4ª ed., 2006.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2007.

VIDAL FERNÁNDEZ, F. (ed.), *La exclusión social y el Estado de bienestar en España. V Informe EUHEM de políticas sociales*, Icaria-FUHEM, Madrid, 2006.

VIDAL FUEYO, M. C. *Constitución y extranjería: Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, CEPC, Madrid, 2002.

VIDAL GIL, E., *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VIDAL PRADO, C., *El fondo de compensación interterritorial como instrumento de solidaridad*, Comares, Granada, 2001.

– «Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008.

VIDIELLA, G., *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

VILA LÓPEZ, L., *Una metodología para el estudio de la pobreza en España*, Universidad, Barcelona, 1988.

VILLA, L. E.; FOLGUERA, J. A. y MORENO, I., «Propuesta de reformas legislativas en materia de procedimientos laborales», en O. ALZAGA y otros, *La administración de justicia y las personas con discapacidad*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000.

VILLACORTA MANCEBO, L., *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994.

– «La Constitución como tarea, la optimización de los derechos fundamentales como resultado en el Estado de bienestar», *Revista de las Cortes Generales*, nº 37, 1996.

– «La construcción del Estado democrático español: algunas perspectivas», *Revista de Estudios Políticos*, nº 109, 2000.

– *Principio de igualdad y Estado social*, Universidad de Cantabria, Santander, 2006.

VILLÁN DURÁN, C., *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

- «Luces y sombras del nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas», *Revista electrónica de estudios internacionales*, n° 12, 2006 [[http://www.reei.org/reei%2012/VillanDuran\(reei12\).pdf](http://www.reei.org/reei%2012/VillanDuran(reei12).pdf)].
- «Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», *Revista española de desarrollo y cooperación*, n° 23, 2009.
- VILLAR EZCURRA, J. L., *La protección pública a la vivienda*, Montecorvo, Madrid, 1981.
- VILLAR ROJAS, F. J., «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *Documentación Administrativa*, n° 271-272, 2005.
- «La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales», *Revista de Administración Pública*, n° 172, 2007.
- «La reserva de suelo para vivienda protegida», en *El Derecho urbanístico en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Reus, Madrid, 2008.
- VILLARREAL, F. y WAGMAN, D., *Gitanos y discriminación. Un estudio transnacional*, Fundación Secretariado General Gitano, Madrid, 2001.
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., «Objeto y contenido de los derechos fundamentales» y «Los límites a los derechos fundamentales», en F. J. BASTIDA FREIJEDO y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- «La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las Autonomías», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n° 5, 2007.
- VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., «Del blockbusting al acoso inmobiliario (comentario a las sentencias de los juzgados de lo penal número dos de Bilbao y número 13 de Barcelona, respectivamente, de cuatro y seis de noviembre del año 2008) (II)», *Noticias Jurídicas*, 2008, <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/200812-69852314785698.html>.
- VINCENT, G., «¿Una historia del secreto?», en *Historia de la vida privada*, Círculo, Barcelona, vol. IV, 1993.
- VIVER PI-SUNYER, C., «En defensa dels estatuts d'autonomia com a normes jurídiques delimitadores de competències. Contribució a una polèmica jurídicococonstitucional», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n° 1, 2005.
- VIVES, M., «Seguridad Social y constitución europea: presente y futuro», en *Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social*, CGPJ, Madrid, 2005.
- VON BOGDANDY, A., «The European Union as a Human Rights Organization?»

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

Human Rights and the core of the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 37, n° 6, 2000.

- «Constitución europea e identidad europea. Potencialidades y peligros del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 72, 2004.

VON MÜNCH, I., «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional», *Revista española de Derecho constitucional*, n° 5, 1982.

VON WIESE, B., *La cultura de la Ilustración*, CEC, Madrid, 1979.

WACHSMANN, P., *Libertés publiques*, Dalloz, París, 5ª ed., 2005.

- «L'atteinte grave à une liberté fondamentale», *Revue Française de Droit Administratif*, 2007.
- «Les droits fondamentaux, sans le savoir ni le vouloir», en B. MATHIEU (dir.), *1958-2008 Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, París, 2008.

WAHL, A., *Kooperationsstrukturen im Vertragsartzrecht*, Berlín, 2001.

WAHL, R., «Grundrechte und Staatszielbestimmungen im Bundesstaat», *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 112, 1987.

WALDRON, J., *Liberal rights. Collected papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

- *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

WEBER, A., «Estado social, derechos sociales fundamentales y protección social en la República Federal de Alemania», en S. MUÑOZ MACHADO y otros, *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000.

- «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 64, 2002.

WEBER, M., *Die protestantische Ethik und der Geist der Kapitalismus*, Beck, Munich, 2006.

WEICHERT, M. A., *Salud y Federación en la Constitución Brasileña*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2004.

WENGER, D. R., «Die objektive verwertung der grundrechte. Zum stand der discussion», *Archiv des öffentlichn Rechts*, n° 130, 2005.

WHITE, L. A., «El concepto de cultura» (1959), en J. S. KAHN, *El concepto de cultura: textos fundamentales*, Anagrama, Barcelona, 1975.

WHITTLE, R., «Disability Rights after Amsterdam: the way forward», *European Human Rights Law Review*, n° 1, 2000.

- WIGGINS, D., «Claims of need», en T. HONDERICH (ed.), *Morality and objectivity*, Routledge, Londres, 1985.
- WILLIAMSON, J., (ed.), *Latin American Adjustment. How much has happened?*, Institute for International Economics, Washington, 1990.
- «Revisión del Consenso de Washington», en L. EMMERIJ y J. NUÑEZ DEL ARCO (comps.), *El Desarrollo económico y social en los umbrales del siglo XXI*, Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1998.
- WOEHLING, J., «Superposición y complementariedad de los instrumentos nacionales y provinciales de protección de los derechos del hombre en Canadá», en M. A. APARICIO (ed.) y J. M. CASTELLÀ y E. EXPÓSITO (coords.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Atelier, Barcelona, 2005.
- WOLF, S., *Los pobres en la Europa Moderna*, Crítica, Barcelona, 1989.
- ZACCARIA, R., «Sub art. 49», en A. BARBERA y F. BASSANINI (coords.), *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali: commentario al decreto n. 616 di attuazione della Legge 382*, Il Mulino, Bolonia, 1978.
- ZACHER, H. F., «Das soziale Staatsziel», en J. ISENSEE y P. KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller, Heidelberg, t. II, 3ª ed., 2004.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995.
- *Historia y Constitución*, Trotta, Madrid, 2005.
- ZANGHI, C., «Evolución e innovación en los efectos de las sentencias del TEDH», en J. GARCÍA ROCA y P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.
- ZAPATA, R., «La responsabilidad ciudadana como fundamento de los derechos sociales: una cuestión polivalente», *Revista de Estudios Políticos*, nº 94, 1996.
- ZAPATERO, V., «Elías Díaz o la *concordia discordantium* (Sobre *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*)», en L. L. HIERRO, F. J. LAPORTA y A. RUIZ MIGUEL (eds.), *Revisión de Elías Díaz. Sus libros y sus críticos*, CEPC, Madrid, 2007.
- ZIMMERLING, R., «Necesidades básicas y relativismo moral», *Doxa*, nº 7, 1990.
- ZIPPELIUS, R., «Artikel 1.1», en R. DOLZER (ed.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 1989.
- «Deutsche Einheit und Grundgesetz», *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1992.
- ZORNOZA PÉREZ, J. J., «El equitativo reparto del gasto público y los derechos económicos y sociales», *Hacienda Pública Española* nº 113, 1988.
- «La financiación del Sistema Nacional de Salud», en L. PAREJO, A. PALO-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

MAR y M. VAQUER (coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

ZUMAQUERO, J. M., *Los derechos educativos en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona, 1984.

Reseña de Autores

Guillermo Escobar Roca, director de la obra, es autor de los apartados 1 (Objeto y método) y 3 (Historia y derechos sociales) del capítulo I; apartados 1 (Presupuestos estructurales), 2.3.9 (Igualdad y derechos sociales), 2.4 (El Estado social) y 4 (La constitución económica) del capítulo III; capítulo IV (Derechos fundamentales de prestación-doctrina general); apartados 1 (De los derechos a sus garantías), 2 (Garantías administrativas), 3 (Garantías judiciales, los apartados 3.7.2 y 3.7.3 en coautoría), 5 (Defensores del Pueblo) y 8 (Balance) del capítulo V; capítulo IX (El derecho a la protección de la salud); capítulo X (El derecho a la cultura, en coautoría); y capítulo XI (El derecho a la vivienda, en coautoría).

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá (1991). Desde 1993, profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Alcalá. De 2004 a 2009, magistrado suplente de la Audiencia Nacional. De 2002 a 2006, coordinador académico del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica y desde 2007, director del mismo Programa y del Máster de la Universidad de Alcalá «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica». Desde 2003, director de los Informes anuales de la Federación Iberoamericana de Ombudsman. Su actividad investigadora se ha centrado en los derechos humanos y fundamentales, el Derecho ambiental, el Derecho de la comunicación y la figura del Ombudsman. Ha publicado más de un centenar de artículos sobre estas y otras materias, cinco libros como autor (*La objeción de conciencia en la Constitución española*, 1993; *La ordenación constitucional del medio ambiente*, 1995; *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, con J. M^a CHILLÓN, 2001; *El estatuto de los periodistas*, 2002; e *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, 2005) y ocho como coordinador, los dos últimos *Diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales* y *La protección de los derechos humanos por las Defensorías del Pueblo. Actas del I Congreso internacional del PRADPI*. Actualmente trabaja en un ensayo de teoría y práctica constitucional de la democracia deliberativa, cuyo título provisional es *Medios y ciudadanos*, y en la publicación de sus clases de teoría del Derecho, cuyo título provisional es *El Derecho, entre el poder y la justicia. Una introducción crítica al sistema jurídico español*.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Víctor E. Abramovich. Es coautor del apartado 8 (Argentina) del capítulo II.

Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires y Máster de la Escuela de Derecho de la *American University*. Actualmente ejerce el cargo de Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR. Profesor regular en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de Lanús y profesor adjunto regular de la *American University*. Ha sido Vicepresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relator de la misma para Colombia, Cuba y Guatemala y Relator especial sobre derechos de las mujeres y derechos de los pueblos indígenas. Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales. Ha escrito diferentes artículos sobre derechos humanos y en particular sobre estrategia de litigio en derechos económicos, sociales y culturales.

Rodolfo Arango Rivadeneira. Es autor del apartado 7 (Colombia) del capítulo II.

Doctor en Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional (2000). Desde 2005 profesor asociado del Departamento de Filosofía de la Universidad de los Andes. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. De 1991 a 1996 y 2001 a 2003, magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia y actualmente conjuez de la misma. De 1990 a 1991, asesor del gobierno para la reforma constitucional. Columnista del periódico *El Espectador*. Sus principales áreas de investigación son la Filosofía moral y política, la Filosofía del Derecho, el Derecho constitucional y la Teoría de los derechos humanos y fundamentales. Autor de los libros *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz* (2008); *El concepto de derechos sociales fundamentales* (2005); *Derechos, constitucionalismo y democracia* (2004); y *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (1999). Coautor o editor de los libros: *Amistad y alteridad. Homenaje a Carlos B. Gutiérrez* (2009); *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience* (2009); y *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales* (2007).

Joaquín Brage Camazano es coautor de los apartados 3.7.2 y 3.7.3 del capítulo V.

Doctor *Europeus* (hispano-alemán) en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional por el CESEDEN-USC. Investigador del Instituto de Derecho Parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid-Congreso de los Diputados. Ha sido profesor de Derecho constitucional y de Derecho procesal, habiendo impartido docencia en las Universidades de Santiago, UNED y Europea de Madrid. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia

en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Juez desde 1997. Ha sido cofundador y Vocal 1º de la Asociación de jueces «Concepción Arenal». Autor de cinco libros, más de treinta artículos de Derecho constitucional y cerca de un centenar de comentarios bibliográficos. Traductor del alemán de más de treinta artículos y editor de cinco libros de traducciones del alemán. Estancias de investigación como profesor o investigador visitante en las Universidades Nacional Autónoma de México, Bayreuth, Friburgo de Brisgovia y Oxford. Profesor visitante de otras Universidades de México y Brasil y conferenciante en la Suprema Corte de Justicia y el Supremo Tribunal Federal, respectivamente, de esos dos países. Entrevistador habitual en la Revista *Parlamentarios*.

Encarna Carmona Cuenca es autora del capítulo XIV (El derecho a un mínimo vital).

Doctora en Derecho por la Universidad de Alcalá. Profesora titular de Derecho constitucional de la Universidad de Alcalá. Profesora del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Turín (1994) y Bolonia (2006) y actualmente trabaja en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público de Heidelberg (Alemania), becada por la Fundación Caja Madrid. Ha sido Vicesecretaria General de la Universidad de Alcalá (2006-2010) y ha ocupado otros cargos de gestión académica. Es autora de una treintena de trabajos sobre temas de su especialidad, entre ellos los siguientes libros: *El Estado social de Derecho en la Constitución* (2000); *La crisis del recurso de amparo. La protección de los derechos fundamentales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional* (2005). Coordinadora y coautora del libro *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios* (2008). Ha participado en diez proyectos de investigación financiados y ha sido investigadora principal en la realización de seis actividades de I+D financiadas. Desde 2006, miembro del Grupo de Investigación de la Universidad de Alcalá *Extranjería, Inmigración y Asilo*. Desde 2009, coordinadora de un grupo de profesores/as que realizan estudios de igualdad de género en la Universidad de Alcalá e imparten una asignatura transversal sobre esta materia, para la que está coordinando la publicación de un Manual.

Josep Maria Castellà Andreu es autor del apartado 3 (La constitución territorial) del capítulo III.

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (1996). Desde 2001, profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Su actividad investigadora se ha centrado en los derechos fundamentales, el Estado autonómico y el federalismo comparado, la democracia y la participación ciudadana. Entre las principales publicaciones cabe mencionar los libros *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública* (2001) y *La función constitucional del Estatuto de autonomía de Cataluña* (2004). Ha coordinado, entre otros, con E. Expósito, *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía* (2008); con A. Mastromarino, *Esperienze di regionalismo differenziato. Il caso italiano e quello spagnolo a confronto* (2009); con M. Olivetti, *Nuevos estatutos y reforma del Estado. Las experiencias de España e Italia a debate* (2009); y con S. Grammond, *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España* (2010). Actualmente dirige el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación «Estado autonómico y democracia: los derechos de participación en los estatutos de autonomía». Ha realizado estancias de investigación o docencia en las Universidades de Pisa, Montreal, UNAM (México), Católica de Lovaina, *Senshu University* (Tokio) y en el *Boston College*.

Lorenzo Cotino Hueso es autor del capítulo VI (El derecho a la educación).

Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en derechos fundamentales (ESADE, Barcelona), Licenciado y Diplomado de Estudios Avanzados de Ciencias políticas (UNED). Desde 2002, Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Desde 2000, magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Ha recibido premios de investigación nacionales (INAP, Ministerio de Defensa, Ejército) así como el premio extraordinario de doctorado por su tesis *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*. También es Premio Idea de la Ciudad de las Artes y las Ciencias. Ha sido profesor invitado en Constanza (Alemania) y Bogotá (Colombia), con estancias de investigación también en Utrecht (Países Bajos) y Virginia (Estados Unidos). Ha escrito o coordinado nueve libros y más de setenta artículos doctrinales o capítulos de libro y ha dictado más de un centenar de ponencias y conferencias. Sus líneas principales de investigación son seguridad y defensa, derechos educativos y, en los últimos años, e-gobierno, transparencia y participación y Derecho de las nuevas tecnologías. Director de varios proyectos de investigación, coordinando a más de quince profesores de varias Universidades sobre e-administración y, actualmente, sobre libertad en la red. Desde 2004 coordina la Red de especialistas en Derecho de las nuevas tecnologías de la información y comunicación así como el primer Máster oficial sobre Derecho y Nuevas tecnologías en España.

Christian Courtis es coautor del apartado 8 (Argentina) del capítulo II.

Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ha sido profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor visitante en diversas Universidades de Estados Unidos, América latina y Europa. Dirigió el Programa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Comisión Internacional de Juristas. Su actividad investigadora se ha centrado en el estudio de los derechos sociales y de la metodología jurídica. Entre sus libros destacan *Los derechos sociales como derechos exigibles* (con V. ABRAMOVICH, 2002) y *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos* (2009) así como la coordinación de las obras colectivas *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (2006) y *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (2006).

María Díaz Crego es autora del capítulo XV (Niños y adolescentes).

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Desde 2006, profesora de Derecho constitucional en la Universidad de Alcalá. Profesora del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Ha impartido docencia en programas oficiales en la Universidades Carlos III de Madrid y Verona. Acreditada como profesora contratada doctora por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación. Ha participado en varios proyectos de investigación competitivos de ámbito nacional y en varios contratos de investigación y ha realizado diversas estancias de investigación en centros europeos y americanos. Entre sus publicaciones más relevantes destacan sus libros *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y sus Estados miembros* (2009) y *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado* (con P. Santolaya, 2008), así como la coordinación del libro *Transfuguismo político: Escenarios y respuestas* (2009).

Ricardo García Manrique es autor del apartado 2.2 (Libertad) del capítulo III.

Doctor en Derecho (1994). Desde 2003, profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona. Con anterioridad ha sido profesor de las Universidades de Alcalá, Carlos III y Ramon Llull. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona y secretario ejecutivo de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Su actividad investigadora se ha centrado en la historia de los derechos fundamentales, la axiología jurídica, la bioética y las relaciones entre el cine y el derecho. Además de varias decenas de artículos y capítulos

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en libros colectivos es autor de *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo* (1996); *Derechos humanos e injusticias cotidianas* (2004); *El valor de la seguridad jurídica* (2007); *La medida de lo humano: ensayos de bioética y cine* (2011); y *Eutanasia y cine* (con B. Rivaya y V. Méndez, 2008). Es el editor de los libros *Derechos sociales y ponderación* (2007); *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (2008); y *El derecho en el cine español contemporáneo* (2009). Actualmente trabaja en un ensayo sobre los derechos sociales cuyo título provisional es *Libertad y derechos sociales*.

José Luis Gil y Gil es autor de los capítulos VII (El derecho a un trabajo digno) y VIII (El derecho a la Seguridad Social).

Doctor en Derecho (1991). Premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Alcalá y premio del concurso *Trabajo y Seguridad Social 1990-1991*, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a las mejores tesis doctorales. Desde 2011, Catedrático de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá. Estancias de investigación prolongadas en la *Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*, la *Université Montesquieu-Bordeaux IV*, la *Katholieke Universiteit Leuven* y la *Goethe Universität, de Frankfurt am Main*. Profesor invitado en varias ocasiones en las Universidades Montesquieu-Bordeaux IV, Nantes y Panthéon-Assas Paris II. Su actividad investigadora se ha centrado en la dogmática del contrato de trabajo y en el Derecho internacional y europeo del trabajo. Ha publicado más de un centenar de artículos sobre estas y otras materias, en revistas jurídicas nacionales y extranjeras. De entre sus libros destacan *La prescripción de las faltas laborales* (1993); *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa* (1994); *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo* (2000); *Principio de la buena fe y poderes del empresario* (2003); y *La protección contra el despido disciplinario* (con I. SAGARDOY, 2007). Ha coordinado *Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales* (2008), y junto con J. M. DEL VALLE, *El despido disciplinario. Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengoechea* (2009).

Itziar Gómez Fernández es autora del capítulo XVIII (Inmigrantes).

Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (2003). Especialista en Justicia Constitucional titulada por la Universidad Carlos III de Madrid (2000). Diplomada en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2001). Desde 2010, profesora titular de Derecho constitucional de la Universidad Carlos III. Profesora del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Actualmente se encuentra en situación de servicios especiales desempeñando funciones como Letrada de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional. Sus últimos trabajos se

refieren a temas vinculados con la Justicia Constitucional, los sistemas internos e internacionales de protección de los derechos fundamentales y sus relaciones, y la extranjería, destacando los libros *Conflicto y Cooperación entre la Constitución y el Derecho Internacional* (2004); y *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional* (2006).

Beatriz González González es coautora del capítulo XI (El derecho a la vivienda).

Licenciada en Derecho y en Ciencias Políticas y de la Administración por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesora de Educación Secundaria. Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales. Colaboradora habitual del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica de la Universidad de Alcalá.

Rodrigo Gutiérrez Rivas es coautor del apartado 5 (México) del capítulo II.

Doctor en Derecho (1999). Desde 2000, Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II. De 2006 a 2008 coordinador del proyecto *El Derecho al Agua en México. Análisis desde la Exigibilidad e Interdependencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Su actividad como investigador se ha centrado en el contenido y construcción de los derechos fundamentales a partir de su relación con los movimientos sociales. Ha publicado más de treinta artículos y capítulos de libro en diversas revistas y textos especializados en Derecho constitucional. Ha sido coordinador de cuatro libros publicados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y coautor de cuatro libros sobre derechos fundamentales, igualdad y desarrollo. Los tres últimos son: *Los derechos sociales y el desarrollo rural* (2007); *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación* (2008); e *Igualdad, no discriminación y derechos sociales* (2010). Actualmente es coordinador del proyecto de investigación *El Derecho a la Consulta de los Pueblos Indígenas frente a los megaproyectos de inversión*, que se inscribe dentro de la línea institucional de investigación *Conflictos, derechos y política* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Carlos Miguel Herrera es autor del apartado 3 (Francia) del capítulo II.

Doctor en Filosofía política (1996). Desde 2003, catedrático de la Universidad de Cergy-Pontoise, donde dirige el *Centre de philosophie juridique et politique*. De 2001 a 2006, miembro del Instituto Universitario de Francia. Ha sido profesor invitado en Universidades de España, Colombia y Argentina. Sus áreas de investigación son la Filosofía del Derecho, la Historia de las

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

ideas políticas y jurídicas, los derechos sociales y el Derecho constitucional comparado. Ha publicado, como autor o coordinador, dieciocho libros en francés y español, entre ellos *Les droits sociaux* (2009) y *Los derechos sociales, entre Estado y doctrina jurídica* (2008).

Juan Manuel Herreros López es autor del capítulo XVII (Personas mayores).

Doctor en Derecho (2001). Desde 1994, profesor de Derecho constitucional en distintas Universidades (Alcalá, Europea de Madrid y UDIMA). Acreditado como profesor contratado doctor por la ANECA y la ACAP. Ha desempeñado diferentes cargos académicos, destacando los de Secretario del Departamento de Derecho público de la Universidad de Alcalá y Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Europea de Madrid. Su actividad investigadora se ha centrado en los derechos y libertades de la comunicación, el régimen jurídico de los medios de comunicación, los partidos políticos, el servicio público y los derechos sociales. Ha dirigido el proyecto de investigación *Efectos de la equiparación de las uniones de hecho al matrimonio en materia de inmigración*, financiado por la Comunidad de Madrid, y ha participado en otros siete proyectos de investigación y en dos contratos de investigación financiados por el Ministerio de Educación y Ciencia, la Comunidad de Madrid, la Universidad de Alcalá o el Ayuntamiento de Villaviciosa de Odón.

Luis Jimena Quesada es autor de los capítulos XII (El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad) y XIII (El derecho a los servicios sociales).

Doctor europeo en Derecho. Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (Consejo de Europa). Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Valencia. Diplomado por el Colegio Universitario de Estudios Federalistas (Aosta, Italia, 1990), la Academia Europea de Baviera (Gauting, Munich, RFA, 1992) y la Academia Internacional de Derecho Constitucional (Túnez, 1996). Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Desde 1993 imparte docencia en el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo, Francia), del cual es miembro. Ha pronunciado conferencias en muchos países de Europa, América y África. Desde 1997 es magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Autor de once libros: *La enseñanza de los derechos humanos* (1995); *La Europa social y democrática de Derecho* (1997); *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas* (2000); *Dirección política del Gobierno y técnica legislativa* (2003); Escritos sobre *Derecho europeo de los derechos sociales* (2004); *European Constitution and Competition Policy* (2005); *Sistema europeo de derechos fundamentales* (2006); *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*

(2006); *Dret de la Unió europea* (2006); *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales* (2007); y *Dignidad humana y justicia universal en España* (2008).

José Eduardo López Ahumada es autor del capítulo XIX (Emigrantes).

Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá (2003), con premio extraordinario. Actualmente, Profesor titular de Derecho del trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Alcalá y Director del Departamento de Derecho Privado. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. De 2005 a 2007, Secretario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Autor de los libros *Evolución normativa de los descansos laborales* (2004); *Descansos laborales y tiempo de trabajo* (2004); y *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral* (2010). Autor de más de cincuenta artículos de investigación publicados en revistas especializadas en materia de Derecho del trabajo y Seguridad Social. Estancias de investigación en las Universidades Montesquieu-Bordeaux IV, Bolonia, Libre de Bruselas y California-Los Ángeles (UCLA).

Manuel Lucas Durán es autor del apartado 5 (La constitución financiera) del capítulo III.

Doctor en Derecho (2000) por la Universidad Complutense. Desde 2000, profesor titular de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Alcalá. Director del Máster en Derecho de Inmigración, Extranjería y Asilo de la Universidad de Alcalá desde 2009, y desde 2010 Subdirector del Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Alcalá y Director de su Centro de Estudios Jurídicos. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Hamburgo, Cambridge y Columbia. En la actualidad coordina el Grupo de Investigación Derecho y Empresa de la Universidad de Alcalá. Su actividad investigadora se ha centrado en el ámbito de la fiscalidad internacional y europea, el acceso a los datos tributarios, la protección tributaria de las personas con discapacidad, la fiscalidad de la I+D+i y la igualdad de género desde una perspectiva fiscal. Ha publicado o coordinado trabajos en estas y otras materias, destacando los libros *El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria* (1997); *La tributación de los dividendos internacionales* (2000); *La fiscalidad internacional de las rentas financieras* (2001); *La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario* (2006); *La protección de las personas con discapacidad y en situación de dependencia en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario* (2009); y *Derecho de la I+D+i* (2010). Actualmente trabaja sobre temas relacionados

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

con la fiscalidad ambiental y el régimen jurídico y fiscalidad de las energías renovables.

María Macías Jara es autora del capítulo XVI (Mujeres).

Doctora en Derecho (2007). Ha desarrollado su actividad docente en las Universidades Europea de Madrid (2000-2005) y Pontificia de Salamanca (2005-2006). Desde 2007 hasta la actualidad imparte la asignatura de Derecho constitucional en la Universidad Pontificia de Comillas-ICADE (Madrid). Profesora del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. De 2000 a 2005, miembro y de 2002 a 2005, coordinadora del Grupo de Investigación *Igualdad y Género* de la Facultad de Derecho de la Universidad Europea de Madrid, donde organizó cinco ediciones consecutivas del *Seminario sobre Igualdad y Género: aspectos jurídicos*, subvencionado por el Instituto de la Mujer. Colaboró en la redacción del II Plan de Igualdad y en diversos Programas de sensibilización y difusión e Informes para la Igualdad. En los últimos años, ha centrado su investigación en la igualdad de género y las medidas de acción positiva en materia de representación política, tema central de su Tesis Doctoral y de varias de sus publicaciones, entre las que cabe destacar su libro *La Democracia paritaria al hilo de la LO 3/2007* (2009), Premio Leonor de Guzmán de la Universidad de Córdoba. En la actualidad, continúa investigando sobre el valor, el principio y el derecho de igualdad, la igualdad de género y el punto de inflexión entre los derechos fundamentales y los derechos sociales para su máxima garantía.

José Martínez Soria es autor del apartado 2.1 (Dignidad) del capítulo III.

Doctor en Derecho (1992). Segunda tesis doctoral (2004). Desde 2011, catedrático de Derecho público y de Derecho agrario de la Universidad de Göttingen (Alemania). Director del Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Göttingen. De 2004 a 2011, referente académico en el Instituto de Derecho Internacional Público en Göttingen. Catedrático invitado en las Universidades de Dresden, Constanza, Francfort y Potsdam. Delegado nacional en el *Comité Européen de Droit Rural*. Su actividad investigadora se ha centrado en los derechos fundamentales, el Derecho comunitario y comparado, el Derecho económico internacional y el Derecho agrario. Ha publicado numerosos artículos sobre estas materias. Actualmente trabaja en un manual sobre el Derecho comparado público, en un estudio sobre las subvenciones y ayudas estatales así como en una monografía sobre el Derecho del ámbito rural.

Elena Maza Zorrilla es autora del apartado 2 (Antecedentes) del capítulo I.

Catedrática de Historia contemporánea de la Universidad de Valladolid. Directora del Grupo de Investigación de Excelencia de la Junta de Castilla y León *El franquismo. Análisis comparativo e interdisciplinar de la sociabilidad* y del GIR de la Universidad de Valladolid *Asociacionismo y acción colectiva, 1931-1975*. Entre 1996 y 2007, Secretaria del Instituto Universitario de Historia Simancas. Especialista en Historia social, ha dedicado su atención al mundo de la pobreza y la marginación en España desde finales del Antiguo Régimen al siglo XX [*Valladolid: sus pobres y la respuesta institucional, 1750-1900*, 1985; *Pobreza y asistencia social en España, siglos XVI al XX. Aproximación histórica*, 1987; *Pobreza y beneficencia en la España contemporánea (1808-1936)*, 1999]. En las dos últimas décadas ha dirigido equipos de investigación centrados en el estudio de la sociabilidad contemporánea, con especial atención al asociacionismo decimonónico y la Dictadura franquista desde una perspectiva comparada (*Sociabilidad en la España contemporánea: historiografía y problemas metodológicos*, 2002; *Asociacionismo en la España contemporánea: vertientes y análisis interdisciplinar*, 2003; *Histoire et Sociétés*, 2005; *Asociacionismo en las Dictaduras de la Europa del Sur: Italia, Portugal y España*, 2009; *Asociacionismo en la España franquista*, 2011). También se ha ocupado de la utilización partidista de la historia y de la manipulación contemporánea de determinados modelos femeninos (*Miradas desde la historia. Isabel la Católica en la España contemporánea*, 2006).

Josu de Miguel Bárcena es autor del apartado 6 (La constitución integrada) del capítulo III.

Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco (2007). Profesor de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona. Licenciado en Ciencias Políticas. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Ha sido becario predoctoral del Gobierno Vasco e investigador postdoctoral en el *Center for Constitutional Studies and Democratic Development* de la Universidad de Bolonia-Johns Hopkins University (2008-2010). Su ámbito de trabajo se ha centrado en el Derecho público europeo, sin olvidar otros aspectos relativos al constitucionalismo nacional. En el primer campo destacan su monografía *El Consejo de la UE. Poder normativo y dimensión organizativa* (2009), y el trabajo colectivo, coordinado junto a J. Tajadura, *Justicia Constitucional y Unión Europea* (2008). En el segundo campo destacan numerosos artículos relacionados con los derechos fundamentales, el Derecho parlamentario y la gobernanza socioeconómica. Desde el año 2010 es colaborador y articulista del periódico *El Correo*.

Gastón Pierri Gonsabbat es coautor del apartado 8 (Argentina) del capítulo II.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Abogado especializado en Derecho internacional público y en Derecho administrativo por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Administración y Gerencia Pública por la Universidad de Alcalá. Desde 2009 dirige el Centro de Derecho y Desarrollo del Instituto OMG en la República Dominicana y coordina la Revista de Derecho y Desarrollo del mismo Centro. Ha participado en proyectos de investigación sobre integración económica, derecho al desarrollo, derechos sociales y Defensorías del Pueblo, habiendo publicado diversos trabajos sobre tales materias. Actualmente se encuentra realizando una estancia de investigación (*Research Fellow*) en Minnesota, Estados Unidos en el marco del Programa Atlas Corps y trabaja en una tesis doctoral sobre los modelos integración en América Latina desde un enfoque de Derecho y desarrollo.

Gerardo Pisarello es autor del apartado 6 (Garantías sociales) del capítulo V.

Doctor en Derecho (1998). Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Barcelona. Vicepresidente del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Barcelona. Miembro del Comité Científico del Doctorado en Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Ha sido profesor invitado en diferentes Universidades de Europa y América Latina y ha publicado numerosos artículos y libros sobre constitucionalismo, derechos fundamentales, democracia y mundialización. Es autor de *Vivienda para todos. Un derecho en (de)construcción* (2003); *La constitución furtiva* (con X. Pedrol, 2004), *Los derechos sociales y sus garantías* (2007); *No hay derecho(s). La ilegalidad del poder en tiempos de crisis* (con J. Asens, 2011); y *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático* (2011). Traductor, editor y coordinador de diferentes obras sobre constitucionalismo y derechos fundamentales, entre las que destacan, *Razones jurídicas del pacifismo* (2004) y *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2009), de Luigi Ferrajoli; *La renta básica como nuevo derecho ciudadano* (2006) y *Los derechos sociales como derechos justiciables. Potencialidades y límites* (2010).

Fernando Rey Martínez es autor de los apartados 2.3.1 a 2.3.8 (Igualdad) del capítulo III y autor de los capítulos XX (Homosexuales) y XXI (La minoría gitana).

Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, con premio extraordinario (1993). Desde 2007, catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Valladolid. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Director de Comunicación de la Universidad de Valladolid. Asesor del Gobierno español en materia de cooperación política con América Latina. Columnista y editorialista del periódico *El Norte de Castilla*. Premio de la revista

La Ley de estudios doctrinales (1996). Premio Tomás y Valiente del Tribunal Constitucional y del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por su libro *Eutanasia y derechos fundamentales* (2008). Especialista universitario en Bioética. Sus líneas de investigación principales han sido los derechos fundamentales, la Historia constitucional y la organización territorial. Es autor de una decena de libros y de más de un centenar de capítulos de libros y de artículos en revistas jurídicas especializadas. Consultor del Parlamento español y de las Cortes de Castilla y León. Asesor técnico de diversas normas, entre ellas el Estatuto de Autonomía de Castilla y León.

Aline Rivera Maldonado es coautora del apartado 5 (México) del capítulo II.

Maestra en derechos humanos (Lyon, Francia 2007). Doctoranda en el Programa de postgrado «Derechos humanos y desarrollo» de la Universidad Pablo de Olavide y en el Doctorado en Derecho público de la Universidad Paris-Nanterre La Défense, donde imparte Derecho constitucional como Profesora adjunta. Sus principales líneas de investigación han sido la efectividad de los derechos fundamentales, humanos y sociales; las interrelaciones de éstos con la pobreza; el Derecho antidiscriminatorio; la perspectiva de género y el análisis feminista del Derecho; y el derecho de resistencia. Entre sus publicaciones se encuentra el libro *La resistencia a la opresión, un derecho fundamental* (2009), así como diversas coautorías en materia de derechos sociales, entre las cuales figuran el libro *Los derechos sociales y el desarrollo rural en México* (2008). Su investigación actual intenta determinar el papel del Derecho en el proceso de empobrecimiento de las mujeres en América Latina.

Paolo Ronchi es coautor del capítulo X (El derecho a la cultura).

Licenciado en Derecho por la Universidad de Bolonia (2010), con premio extraordinario. En el año académico 2010/2011 obtuvo el título de *Magister Juris* en el *Balliol College* de la Universidad de Oxford. Actualmente es estudiante de doctorado en Derecho en el *Sain John's College* en la Universidad de Oxford y becario *Lamb and Flag* del mismo *College*. Primer premio «René Cassin» por la Región Emilia Romagna para la mejor tesis de posgrado en materia de derechos humanos. Su actividad investigadora se ha centrado en los derechos humanos y fundamentales, la democracia deliberativa y los aspectos constitucionales de la Unión Europea. Ha publicado varios artículos sobre estas y otras materias en inglés, italiano y español en revistas como *The Law Quarterly Review*, *European Human Rights Law Review*, *Ecclesiastical Law Journal*, *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado* y *Quaderni costituzionali*.

Ana M. Salado Osuna es autora del apartado 7 (Garantías internacionales) del capítulo V.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales de la Universidad de Sevilla. Profesora del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho internacional de los derechos humanos. Ponente en Congresos nacionales e internacionales, fundamentalmente sobre temas relacionados con los derechos humanos. Como investigadora, ha participado o participa en diversos Proyectos I+D con financiación pública, en temas de derechos humanos, globalización y orden internacional, refugiados, terrorismo internacional, Agencia Europea de Defensa y cambio climático. Autora de varios libros, así como de capítulos de libro en obras colectivas y revistas científicas. Miembro de la Comisión de Seguimiento del Plan (Nacional) de Derechos Humanos (Ministerio de la Presidencia). Ha participado en la Junta Directiva de ONGs dedicadas al estudio e investigación de los derechos humanos y colabora con la Federación de Asociaciones de Derechos Humanos de España.

Ingo Wolfgang Sarlet es autor del apartado 6 (Brasil) del capítulo II.

Doctor en Derecho por la Universidad de Múnich. Desde 2000, corresponsal científico y representante brasileño para el Instituto Max-Planck de Política Social (Múnich). Profesor titular de la Pontificia Universidad católica de Rio Grande do Sul. Profesor de Derecho constitucional de la Escuela Superior de la Magistratura de Rio Grande do Sul. Investigador visitante en las Universidades de Georgetown y Harvard y en el *Stellenbosch Institute for Advanced Studies*. Coordinador del Grupo de Investigación sobre Derechos Fundamentales del CNPQ. Su actividad investigadora se ha centrado en la eficacia de los derechos fundamentales, la dignidad de la persona y los derechos sociales. Conferenciante y ponente en eventos académicos celebrados en Brasil, África del Sur, Alemania, Argentina, Bélgica, Chile, España, Estados Unidos, Italia, México y Portugal. Entre sus libros destacan *A eficácia dos direitos fundamentais* (10ª ed., 2009); *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988* (9ª ed., 2011); y *Direito constitucional ambiental* (con T. Fensterseifer, 2011). Coordinador de más de quince obras colectivas, la última de las cuales es *Los derechos sociales como instrumento de emancipación* (con M. A. Presno, 2010).

Javier Tajadura Tejada es coautor del capítulo X (El derecho a la cultura).

Doctor en Derecho. Desde 1996, profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad del País Vasco. De 1994 a 2005, profesor tutor de Derecho internacional y relaciones internacionales de la UNED. De 2000 a 2005, magistrado suplente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Autor de los libros *La V República francesa* (1996); *El Preámbulo Constitucional* (1997); *El*

principio de cooperación en el Estado Autónomico (3ª ed., 2010); *La cláusula de supletoriedad del derecho estatal* (2000); *El Derecho Constitucional y su enseñanza* (2001); *Partidos políticos y Constitución* (2004); y *El futuro de Europa: luces y sombras del Tratado de Lisboa* (2010). Ha codirigido las siguientes obras colectivas: *Los Preámbulos Constitucionales en Iberoamérica* (2001); *Los principios rectores de la política social y económica* (2004); *La reforma constitucional* (2005); *La Constitución portuguesa de 1976: un estudio académico treinta años después* (2006); *Justicia Constitucional y Unión Europea* (2008). Autor de más de cien artículos en revistas científicas y capítulos de libros en obras colectivas de España, México, Argentina, Perú, Francia e Italia. Miembro del Grupo de Trabajo sobre la Reforma de la Constitución creado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Consejo de Estado durante la VIII Legislatura (2004-2008).

José Tudela Aranda es autor del apartado 4 (Control parlamentario) del capítulo V.

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Complutense de Madrid. Letrado de las Cortes de Aragón desde 1986. Letrado Mayor de las Cortes de Aragón de 1995 a 2003. Secretario de la Junta Electoral de Aragón de 1995 a 2003. Secretario General de la Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomico desde su creación en 2002. Profesor asociado de Derecho administrativo de la Universidad de Zaragoza desde 1989. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Ha publicado los libros *Derechos constitucionales y autonomía política* (1994); *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el Siglo XXI* (2008); y *El Estado desconcertado y la necesidad federal* (2009). Ha coordinado diversas obras colectivas y publicado numerosos trabajos sobre Derecho parlamentario, organización territorial del Estado y Derecho administrativo. Miembro del consejo de redacción de la *Revista Aragonesa de Administración Pública* y de los *Cuadernos Electrónicos: Derechos humanos y Democracia*. Ha realizado diversos proyectos de cooperación en Iberoamérica, entre los que destaca la dirección del área de reformas administrativas del Parlamento de Uruguay y del proyecto de apoyo al Parlamento de Uruguay en materia de descentralización política (2006-2008).

Catarina Sampaio Ventura es autora del apartado 4 (Portugal) del capítulo II.

Licenciada en Derecho por la Universidad de Coimbra (1995). Aprobada en la parte curricular del Máster en Ciencias Jurídico-Políticas de la Universidad de Coimbra (1999) y posgraduada en Derecho de la Medicina en la misma Universidad (2004). Desde 2006, asesora del Proveedor de Justi-

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria _____

cia de Portugal. De 2002 a 2006, adjunta del gabinete del Proveedor de Justicia de Portugal. De 1996 a 2001, profesora asistente de Derecho constitucional, Ciencia política y Derecho internacional público y europeo de la Universidad de Coimbra. De 1999 a 2000, consultora en derechos humanos en el Ministerio de los Asuntos Exteriores, para la Presidencia Portuguesa de la Unión Europea. De 2000 a 2001, subdirectora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Coimbra. Premio *Prince Bernhard Scholarship* (Países Bajos, 1998). Autora del libro *Direitos Humanos e Ombudsman: Paradigma para uma instituição secular* (2007). Ha publicado varios artículos, colaborado en libros, informes y cursos de posgrado y presentado comunicaciones en conferencias nacionales e internacionales, centrando su actividad investigadora en los derechos humanos y fundamentales y la institución del Ombudsman.

Carlos Vidal Prado es autor de los apartados 1 (Italia) y 2 (Alemania) del capítulo II.

Doctor en Derecho (1993). Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Ha sido Secretario General Adjunto y Vicerrector Adjunto de Espacio Europeo de la UNED y Director del Centro Asociado de la UNED de Madrid. Profesor del Máster «Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Iberoamérica» de la Universidad de Alcalá. Investigador visitante en distintas Universidades alemanas e italianas, así como en la *Corte Costituzionale*. Miembro del Consejo Científico del Doctorado en Derecho constitucional italiano y europeo de la Universidad de Verona. Secretario de la *Revista de Derecho Político*. Autor de numerosas publicaciones (más de treinta artículos en revistas científicas y más de treinta capítulos en libros colectivos) en diversos campos de estudio. Principalmente ha estudiado los sistemas electorales, los derechos fundamentales (en especial, los derechos educativos), las relaciones entre Derecho europeo y Derecho interno, las relaciones entre jurisdicciones nacionales y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Estado autonómico español. Autor de cinco libros: *El sistema electoral español. Una propuesta de reforma* (1995), *Guía electoral. Nociones básicas sobre partidos políticos y elecciones* (2ª ed., 1996), *La libertad de cátedra. Un estudio comparado* (2001), *El Fondo de Compensación Interterritorial como instrumento de solidaridad* (2001), y *El impacto del nuevo Derecho europeo en los Tribunales constitucionales* (2004).